

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**LA FIGURA DEL AMIABLE COMPOSITEUR EN EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL Y SU APLICABILIDAD EN COSTA RICA**

Valeria Coto García

Carné A72128

Luis Carlos Loaiza Barrantes

Carné A83481

Junio 2019



04 de junio de 2019
FD-1529-2019

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes Luis Carlos Loaiza Barrantes carné A83481 y Valeria Coto García A72128 denominado: "La figura del Amiable Compositeur en el Arbitraje Internacional y su aplicabilidad en Costa Rica" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Lic. Federico Torrealba Navas
Presidente	Dr. Álvaro Meza Lazarus
Secretaria	Licda. María José Yglesias Ramos
Miembro	MSc. Juan José Obando Peralta
Miembro	Lic. Esp. Pedro Chaves Corrales

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **26 de junio del 2019**, a las 7:00 p.m. en el cuarto piso de la Facultad.

Atentamente,


Dr. Andrei Cambronero Torres
Director a.i.



ACT/lcv
Cc: arch. Expediente



San José, 15 de mayo de 2019

Señores

Área de Investigación

Facultad de Derecho

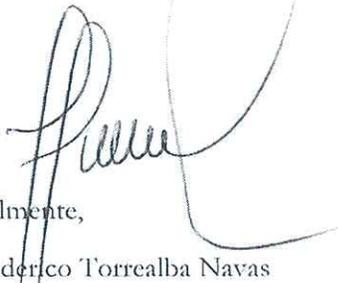
Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

El suscrito, Federico Torrealba Navas, en mi condición de Director, hago constar que he leído y aprobado el trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado "*La figura del Amigable Compositeur en el Arbitraje Internacional y su aplicabilidad en Costa Rica*" propuesto por los estudiantes Valeria Coto García, portadora del carné universitario número A72128 y Luis Carlos Loaiza Barrantes, portador del carné universitario A83481.

El trabajo propuesto por los estudiantes Coto y Loaiza es novedoso y valioso debido al escaso tratamiento de la figura de la Amigable Composición en la doctrina nacional. Los autores efectúan un estudio histórico de la figura del Amigable Compondor desde el arbitraje hasta su concepción actual como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y en adición, efectúan un estudio comparado de la Amigable Composición sobre su regulación y uso. Definen el concepto desarrollado, estudian la naturaleza jurídica del mismo, lo comparan con otros mecanismos de resolución alterna de conflictos regulados en el ordenamiento jurídico costarricense, determinando que la Amigable Composición es aplicable en Costa Rica; adicionalmente, evalúan los elementos esenciales de la Amigable Composición, para finalmente determinar cuáles son los contenidos fundamentales que deben ser regulados en evento de la adopción de este novedoso mecanismo en el ordenamiento jurídico nacional.

Asimismo, señalo que el presente trabajo final de graduación cuenta con los requisitos de forma y fondo exigidos por esta Facultad, y estipulados en el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.



Cordialmente,

Lic. Federico Torrealba Navas



Bufete Chaves Corrales & Asociados S.A., Abogados y Notarios. San José, Costa Rica

San José, 15 de mayo de 2019

Señores

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

El suscrito, Pedro Chaves Corrales, en mi condición de Lector, hago constar que he leído y aprobado el trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado *“La figura del Amiable Compositeur en el Arbitraje Internacional y su aplicabilidad en Costa Rica”* propuesto por los estudiantes Valeria Coto García, portadora del carné universitario número A72128 y Luis Carlos Loaiza Barrantes, portador del carné universitario A83481.

Hago constar que el presente Trabajo Final de Graduación cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, de conformidad con el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,

Lic. Pedro Chaves Corrales

San José, 15 de mayo de 2019

Señores

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimados señores:

El suscrito, **ÁLVARO JOSE MEZA LAZARUS**, en mi condición de Lector, hago constar que he leído y aprobado el trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho titulado "*La figura del Amiable Compositeur en el Arbitraje Internacional y su aplicabilidad en Costa Rica*" propuesto por los estudiantes **Valeria Coto García**, portadora del carné universitario número A72128 y **Luis Carlos Loaiza Barrantes**, portador del carné universitario A83481.

Hago constar que el presente Trabajo Final de Graduación cumple con los requisitos formales exigidos por el Área de Investigación, de conformidad con el Reglamento de Trabajos Finales de Graduación de la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,



Dr. Álvaro José Meza Lazarus



San José, 25 de mayo, 2019

Dr. Ricardo Salas Porras

Director del Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Leí y corregí el Trabajo Final de Graduación: "La figura del Amiable Compositeur en el Arbitraje Internacional y su aplicabilidad en Costa Rica", elaborado por la estudiante Valeria Coto García, carné A72128 y el estudiante Luis Carlos Loaiza Barrantes, carné A83481, para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho.

Corregí el trabajo en aspectos, tales como: construcción de párrafos, vicios del lenguaje que se trasladan a lo escrito, ortografía, puntuación y otros relacionados con el campo filológico, y desde ese punto de vista considero que está listo para ser presentado como Trabajo Final de Graduación, por cuanto cumple con los requisitos establecidos por la Universidad de Costa Rica.

Atentamente,



MSc. Edgar Rojas González

Carné 2443

Teléfono: 88822158

Correo: edgarrojasg27@gmail.com

Dedicatoria

A mi abuelo, quien siempre me apoyó para que estudiara Derecho

A mis tíos y mi prima.

A mis amigos y conocidos que me apoyaron a terminar el tema

Al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, especialmente a la Directora; y todos los mediadores, árbitros y litigantes que siempre me dieron espacio para hacerles preguntas sobre el tema y también me dieron aportes sumamente valiosos.

Valeria Coto García

Dedicatoria

A mi Madre, a mi hermano.

Y a los que ya no están.

Luis Carlos Loaiza Barrantes

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS.....	III
ABREVIATURAS.....	V
INTRODUCCIÓN.....	1
A. JUSTIFICACIÓN.....	1
B. HIPÓTESIS.....	1
C. OBJETIVO GENERAL.....	2
D. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	2
E. METODOLOGÍA.....	3
F. DESARROLLO CAPITULAR	5
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL AMIABLE COMPOSITEUR.....	7
SECCIÓN I: ESTUDIO HISTÓRICO DE LA RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS	7
i. <i>Desarrollo histórico desde la antigua Grecia hasta la resolución de conflictos moderna.</i>	7
ii. <i>Diferencias entre arbitraje, conciliación, mediación y transacción</i>	27
SECCIÓN II: EL AMIABLE COMPOSITEUR EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	32
i. <i>Tipos de arbitraje comercial internacional</i>	32
<i>Arbitraje Especializado:</i>	32
<i>Arbitraje institucional y Ad Hoc:</i>	32
<i>Arbitraje de Derecho:</i>	33
<i>Amiable Compositeur:</i>	34
<i>Arbitraje Ex aequo et bono:</i>	36
ii. <i>Definición y estudio histórico del ex aequo et bono</i>	37
iii. <i>Definición y estudio histórico de la figura del Amiable Compositeur</i>	40
iv. <i>Límites a la aplicación de Amiable Composition</i>	44
SECCIÓN III: GENERALIDADES DEL ARBITRAJE Y GENERALIDADES DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN.	49
I. GENERALIDADES DEL ARBITRAJE	49
i. <i>Elementos esenciales del arbitraje</i>	49
ii. <i>Estudio de la cláusula arbitral</i>	50
a. <i>Categorías de la cláusula arbitral</i>	51
b. <i>Validez de la cláusula arbitral</i>	52
c. <i>Capacidad de las partes en la cláusula arbitral</i>	54
d. <i>Establecimiento de un tribunal arbitral</i>	55
d.1 <i>Arbitraje Ad Hoc bajo la ley aplicable</i>	55
d.2 <i>Arbitraje bajo reglas institucionales</i>	56
d.3. <i>Selección del tribunal arbitral</i>	57
e. <i>Poderes y deberes y jurisdicción del tribunal arbitral</i>	57
II. GENERALIDADES DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN.	58

<i>i. Requisitos esenciales de la amigable composición (preexistencia de una relación jurídica, existencia de in conflicto)</i>	58
<i>ii. Sobre el contrato de amigable composición (clasificación, efectos, formalidades, cláusulas)</i>	60
SECCIÓN IV: CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO.....	62
CAPÍTULO II: EL AMIABLE COMPOSITEUR: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO	66
SECCIÓN I: LA FIGURA DEL AMIABLE COMPOSITEUR EN LA DOCTRINA INTERNACIONAL.....	66
<i>i. La figura del Amiable Compositeur en Canadá</i>	66
<i>ii. La figura del Amiable Compositeur en Colombia</i>	69
<i>iii. La figura del Amiable Compositeur en Alemania</i>	75
<i>iv. La Figura del Amigable Componedor en Hong Kong</i>	77
<i>v. La figura del Amiable Compositeur en España</i>	79
<i>vi. La Figura del Amigable Compositeur en otras jurisdicciones</i>	84
<i>vii. Estudio de Casos</i>	101
<i>a. La Reclamación de ALSOP y CIA</i>	101
<i>b. Asunto Coderre contra Coderre, Quebec, Canadá</i>	107
SECCIÓN II. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.....	121
CAPÍTULO III: APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL AMIABLE COMPOSITEUR EN COSTA RICA	124
SECCIÓN I: ESTUDIO HISTÓRICO.....	124
<i>i. Estudio Histórico de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos en Costa Rica y la Ley de Arbitraje Comercial Internacional</i>	124
SECCIÓN II: NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA EN COSTA RICA.....	139
<i>i. Aplicabilidad del Amiable Compositeur en la ley de Resolución Alternativa de Conflictos</i>	139
II. APLICABILIDAD DE LA AMIGABLE COMPOSICIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL.....	157
<i>iii. Aplicabilidad del Amigable Componedor y la Amigable Composición en los Reglamentos de los Centros de Conciliación y Arbitraje en Costa Rica</i>	171
SECCIÓN III: CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO.....	185
CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES	188
BIBLIOGRAFÍA	190
ANEXOS	205
ANEXO I: MODELO DE CLÁUSULA DE AMIGABLE COMPOSICIÓN.....	205
ANEXO II: INFOGRAFÍA DEL PROCEDIMIENTO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN, PUBLICADA POR LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ.....	206
ANEXO III: REGLAMENTO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN, CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ Y REGLAMENTO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN, CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN.....	208

Abreviaturas

Abreviación	Significado
Centros	Centros de Resolución Alternativa de Conflictos.
Componedor	Amigable Componedor
CAM	Centro de Arbitraje y Mediación- Colegio de Abogados y Abogadas
CCA	Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica
CFIA	Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos
CICA	Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje.
CLOUT	Caso del digesto de jurisprudencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
ICC	Cámara de Comercio Internacional
Ley RAC	Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social
Ley Modelo	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional Comercial o bien, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Internacional Comercial
UNCITRAL	Siglas en inglés para CNUDMI

Resumen

En diversas legislaciones existe la figura del amigable, no obstante, es definida de muy diversas maneras, en muchas ocasiones se le ve como un árbitro que decide no conforme al derecho, sino según a su conciencia: su buena fe y la equidad. Y por ende, se equipara al árbitro de equidad y al árbitro ex aequo et bono.

En la doctrina nacional hay poco desarrollo de la figura del amigable componedor por lo cual esta investigación es novedosa y puede ser relevante para las ciencias jurídicas costarricenses.

El propósito de esta investigación es comprobar que la figura del Amigable Componedor es distinta al Ex Aequo et Bono, y en segundo lugar, la hipótesis de este documento afirma que la Amigable Composición es un mecanismo de resolución alterna de conflictos, que el mismo no es equiparable a ninguna figura conocida, y que por ende, puede ser aplicado en Costa Rica. De lo dicho, el principal objetivo de esta investigación es determinar la aplicabilidad de la Amigable Composición en Costa Rica a la luz de la ley de Arbitraje Comercial Internacional y la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Esta es una investigación de tipo descriptiva pues estudia la figura del Amiable Compositeur tal y como aparece en el presente. Además, está orientada a la comprobación ya que su objetivo es contrastar teorías, empleando la metodología empírico-analítica, cuasi experimental o ex post facto. Su finalidad es explicar y predecir los fenómenos, y para esto se utilizarán técnicas de análisis cualitativas.

En esta investigación, se hace ver que la noción de amigable composición ha evolucionado, y que no se trata ya solamente de un amigable componedor que, autorizado por las partes, dentro de un arbitraje dicta un laudo fundamentado en lo justo y bueno y no en derecho.

Parte importante de esta pesquisa es conocer el alcance y aplicación de la amigable en diversas jurisdicciones y si la noción de este se ha alterado en el tiempo. Se determinó que en algunas legislaciones el amigable componedor aún es un árbitro, pero los alcances de su poder y atribuciones variaban notablemente de un estado a otro. Mientras que en otras jurisdicciones, se considera la amigable composición como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, y que presenta claras diferencias con figuras tales como la conciliación, el arbitraje o incluso la transacción.

Del estudio de legislaciones extranjeras se determina además que, en algunas jurisdicciones se adopta el instituto sin que se le defina y regule específicamente. Esto se debe a la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional Comercial, que en su artículo 28 hace referencia al Amigable Compositeur. Tal como ocurre en Costa Rica.

Tras el estudio del artículo segundo de la ley de RAC, es claro que esa disposición deja la puerta abierta a utilizar otros mecanismos de resolución de conflictos. Con lo anterior, y entendiendo la evolución de la figura de la amigable composición, que se estima es un mecanismo de resolución de conflictos, se determina que es un mecanismo aplicable en Costa Rica. Se propone entonces la regulación de la amigable composición como mecanismo de resolución alterna de conflictos dentro-del-ordenamiento-jurídico-costarricense.

Ficha Bibliográfica

Coto García, Valeria; Loaiza Barrantes, Luis Carlos. “La Figura del *Amiable Compositeur* en el arbitraje internacional y su aplicabilidad en Costa Rica”. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2019

Director: Federico Torrealba Navas

Palabras clave: Mecanismos de resolución alterna de conflictos, amigable composición, arbitraje, arbitraje comercial internacional, transacción, Ley de Arbitraje Comercial Internacional, Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, conciliación, Centros de Conciliación y Arbitraje.

Introducción

A. Justificación

A nivel doctrinario existen diversas definiciones para la figura de Amigable Componedor, y esa situación es reflejada en la regulación de esta figura en distintos países. En algunos ordenamientos jurídicos la figura se equipara al arbitraje de equidad, o *ex aequo et bono*; en otros ordenamientos se establecen algunas diferencias entre ellos.

En el ordenamiento jurídico costarricense, la ley de Arbitraje Comercial Internacional hace mención de la figura pero no la llega a regular; por otra parte, en la norma que trata el arbitraje nacional no se hace mención del Amigable Componedor, pero se regula la figura del arbitraje de Equidad, que implica decidir en conciencia “*ex-aequo et bono*”. La situación descrita implica entonces que en esta investigación se arribe a una definición de la figura del amigable compositor en nuestro país.

De igual manera, poco se ha tratado la figura del amigable componedor en la doctrina nacional, razón por la cual supone una investigación novedosa y por lo tanto, relevante para la ciencia jurídica costarricense.

Asimismo, supone dotar a los usuarios de los mecanismos alternos de resolución de conflictos una visión clara de una figura en cuestión, y por lo tanto, dotarles de más mecanismos para la solución de sus desavenencias.

B. Hipótesis

La figura del Amigable Componedor es distinta al *Ex Aequo et Bono* a pesar de que ambas tienen origen en el principio de equidad, por lo que la Amigable Composición

es aplicable como mecanismo de resolución alterna de conflictos en Costa Rica de manera autónoma e independiente del arbitraje.

C. Objetivo General

Determinar la aplicabilidad de la “Amiable Compositeur” a luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional y la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

D. Objetivos específicos

- ✓ Efectuar un estudio histórico de la resolución alterna de conflictos
- ✓ Describir las principales características y elementos del Arbitraje Internacional.
- ✓ Dar una definición de la figura “Amiable Compositeur” a la luz de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos.
- ✓ Realizar un estudio comparado del Amigable Componedor en diversos ordenamientos jurídicos.
- ✓ Determinar la naturaleza jurídica del Amiable Compositeur, y sus diferencias con la transacción, la conciliación y el arbitraje.
- ✓ Examinar la aplicación del Amigable Componedor conforme a la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz, el Código Procesal Civil, los Reglamentos de los Centros de Arbitraje.

E. Metodología¹

El presente estudio se puede clasificar como una investigación básica (pura) ya que está orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos y campos de investigación². Su objetivo es crear un cuerpo de conocimientos teóricos en algún campo de la ciencia jurídica. Según el alcance temporal del presente trabajo, éste se clasifica como un estudio transversal (o sincrónico) ya que estudia un aspecto del desarrollo de los sujetos y el fenómeno en un momento dado.

Además, se clasifica como descriptivo³ ya que dada su profundidad y objeto busca describir un fenómeno. Se sitúa en un primer nivel de conocimiento científico y usa la observación, estudios correlacionados y de desarrollo.

Asimismo, será cualitativo⁴ ya que se fundamentará en el análisis de los datos recopilados de la investigación. El enfoque cualitativo defiende el uso de métodos cualitativos, con el uso de técnicas de comprensión personal, de sentido común e introspección. Es usado especialmente en grupos pequeños, y posee una concepción fenomenológica.

También está interesado en comprender la conducta humana desde el propio marco de referencia de quien actúa, considera estudio de casos y ha sido desarrollado para generar y desarrollar teorías. Posee una perspectiva desde adentro, por lo cual, es válido gracias a datos reales y profundos. Así pues la finalidad de la investigación es

¹ Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación, un camino al conocimiento: un enfoque cuantitativo y cualitativo*. (EUNED. San José, Costa Rica, Cuarta Reimpresión. 2001).

² Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación, un camino al conocimiento: un enfoque cuantitativo y cualitativo*. (EUNED. San José, Costa Rica, Cuarta Reimpresión. 2001).

³ Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación, un camino al conocimiento: un enfoque cuantitativo y cualitativo*. (EUNED. San José, Costa Rica, Cuarta Reimpresión. 2001).

⁴ Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación, un camino al conocimiento: un enfoque cuantitativo y cualitativo*. (EUNED. San José, Costa Rica, Cuarta Reimpresión. 2001).

el descubrimiento y tiende a emplear conceptos que capten el significado de los acontecimientos. Además, utiliza la metodología empírico-analítica⁵ y se sirve de la estadística para el análisis de datos.

Esta pesquisa tendrá tres fases investigativas, ya que el estudio se realizará en situaciones naturales y permitirán una mayor libertad de generalizar los resultados a situaciones afines.

La primera fase será la preparatoria, en la que se dará la reflexión y el diseño del proyecto de investigación. La segunda fase será de trabajo de campo, en la cual se dará la recolección de datos (en éste caso será un estudio comparado). Y la tercera fase consistirá en la fase analítica que culminará con la obtención de resultados y la verificación de conclusiones (en este caso, la hipótesis).

Además dicha investigación posee un fenómeno ideográfico ya que enfatiza lo particular e individual de la aplicación en Costa Rica de la figura del amiable compositeur en sí⁶.

La investigación será de tipo descriptiva ya que estudiará la figura del amiable compositeur tal y como aparece en el presente, es decir en el momento de realizar la investigación. Además estará orientada a la comprobación ya que su objetivo es contrastar teorías, empleando la metodología empírico-analítica, cuasi experimental o ex post facto. Su finalidad es explicar y predecir los fenómenos, y para esto se utilizarán técnicas de análisis cualitativas.

⁵ Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación, un camino al conocimiento: un enfoque cuantitativo y cualitativo*. (EUNED. San José, Costa Rica, Cuarta Reimpresión. 2001).

⁶ Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación, un camino al conocimiento: un enfoque cuantitativo y cualitativo*. (EUNED. San José, Costa Rica, Cuarta Reimpresión. 2001).

El presente trabajo se dividirá a su vez en tres capítulos. El primero de ellos versará sobre el arbitraje internacional, dándole énfasis a la figura del amiable compositeur y logrando una extensiva definición del mismo, así como su aplicación y evolución histórica. El segundo sobre su aplicación a nivel internacional, por lo tanto, se desarrollará un análisis comparado de la legislación internacional así como casos importantes que servirán para ilustrar la postura internacional sobre el tema. Y en el tercer capítulo se hará un estudio de la naturaleza jurídica de la figura, se determinará su aplicabilidad en Costa Rica a la luz de las normas existentes.

F. Desarrollo Capítular

Esta investigación que tiene por efecto realizar un estudio extenso del Amigable Compondor se estructura de la manera siguiente: el primer capítulo corresponde a una exposición de la evolución historia de la resolución alterna de conflictos, donde se hacen definiciones, se revisa la evolución de diversos mecanismos y se les compara y se estudia el arbitraje; el segundo capítulo es un abordaje del Amigable Compondor desde otras jurisdicciones. Finalmente, el tercer capítulo se concentra la aplicabilidad de la amigable composición en Costa Rica, tras la comprensión de la evolución y transformación del concepto.

El capítulo primero se estructura en tres secciones. La primera sección corresponde a un estudio histórico de los mecanismos de resolución alterna de conflictos, se conoce su desarrollo a través de la historia y de les compara. La sección segunda parte de la definición del arbitraje y sus categorías, se parte de estas categorías para definir el arbitraje ex aequo et bono y la figura del Amiable Compositeur. La tercera sección es una pesquisa sobre las generalidades del arbitraje y de la amigable composición.

El capítulo segundo se compone de una única sección. La primera sección examina la doctrina internacional para reconocer la definición del Amigable Compositeur en diversas jurisdicciones y su aplicación, así como el estudio de casos en los que existió una decisión de un amigable componedor en su sentido clásico.

El capítulo tercero responde a que, se manifiesta en los capítulos anteriores, una evolución de la figura, por lo que, se estudia la ley de Resolución Alternativa de Conflictos, y en la sección segunda, se determina la naturaleza jurídica de esta figura y la manera en que es aplicable, según su evolución, en el ordenamiento jurídico nacional.

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL AMIABLE COMPOSITEUR

Sección I: Estudio histórico de la resolución alterna de conflictos

i. Desarrollo histórico desde la antigua Grecia hasta la resolución de conflictos moderna.

Con el surgimiento de la *polis*, y anteriormente en la *comunidad*, existían espacios públicos destinados a la reunión de personas, donde generalmente se levantaban santuarios destinados a los dioses, pero siendo que era un lugar de reunión, espacios llamados *agora*, también permitían la congregación de personas para resolver conflictos. Durante esta época, aún se estimaba que la solución de conflictos debía ser resulta de manera privada, fuera de la jurisdicción pública, pero sobretodo, auto-administrada. No obstante, debido a la organización social, *comunidad*, posteriormente, *polis*, como conjunto de individuos con necesidades en común, se requería una mejor convivencia, pues como se extrae de los textos de Homero, la *comunidad* estaba amenazada constantemente por conflictos externos, pero también internos, la auto-administración de la justicia implicaba una amenaza a la *comunidad*, pues alteraba el orden público y la sobrevivencia de la misma. Por lo anterior, la *comunidad* tendió a favorecer la solución de conflictos a través de la mediación-arbitraje⁷.

⁷Manley-Tannis, Richard Michael. "Greek Arbitration: Homer to Classical Athens". *Queen's University*. (1998.): 11-13.

https://www.academia.edu/12071132/Greek_Arbitration_Homer_to_Classical_Athens

La solución de los conflictos originalmente se daba en el ámbito privado, recurriendo a la fuerza, generalmente; sin embargo, el avance de las civilizaciones llevó a que las partes en conflicto recurrieran a un tercero, designado a dicho efecto por los interesados con propósito de regular su altercado. Así, el Arbitraje es anterior a la administración de la justicia por parte del Estado.⁸ La figura del arbitraje, como se conoce en la actualidad, se desarrolla en la Antigua Grecia, así como en Roma. Cabe destacar además que la inmersión de la figura de un tercero da cabida a métodos de resolución alterna más modernos como lo son la conciliación, mediación y transacción.

En Grecia fue tan importante el arbitraje, que se puede rastrear evidencia de su existencia hasta 500 años A.C.; inclusive, se encuentra plasmado en la *Ileada* de Homero, específicamente cuando dos partes deciden solucionar una deuda de sangre, la cual debe versar sobre la ley. Y es por esto que Homero preside el tribunal de sabios, los cuales deciden la discusión de una manera oral y fundamentada⁹.

Con lo cual queda en clara evidencia una figura similar, aunque primitiva, de lo que actualmente se le conoce como arbitraje. Cabe destacar que esta práctica griega era una forma común de resolver disputas entre las partes, aun cuando algunas de ellas eran resueltas por un árbitro, otras se presentaban ante un tribunal, el cual estaba constituido por tres a cinco árbitros. Es importante delimitar las similitudes y resabios

⁸Zappala, Francesco. “Universalismo Histórico del Arbitraje”. Universidad Javeriana de Cali. (2010): 208-209
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>

⁹Rivkin, David W. *The Impact of International Arbitration on the Rule of Law*. (Arbitration International. Vol. 29.No. 3.LCIA. 2013)

de esta figura del pasado, ya que, al igual que hoy, uno de dichos árbitros era el que presidía.

Otra similitud presente entre la Antigua Grecia y nuestros días es que las partes tenían la potestad de aplicar o no la ley griega, dejando así un margen de discreción en cuanto a la ley aplicable. De igual manera, las partes poseían la potestad de escoger a los árbitros, tal y como se continua haciendo hasta nuestros días en el arbitraje moderno.

Tan conveniente era el arbitraje, que Demóstenes dijo que: *“es legal para las partes que tenga disputas entre sí sobre sus obligaciones privadas, y quienes deseen escoger a un árbitro, seleccionen quien ellos deseen. Pero cuando las partes han escogido conjuntamente un árbitro, estas deben acatar su decisión y no puede ser apelada de ninguna manera, ni por ellos ni por algún otro tribunal: ¡la decisión del árbitro ha de ser final!”*¹⁰

Inclusive, el arbitraje era una práctica conocida en Esparta, sin embargo, carecía de la sofisticación que esta tenía en Atenas. Ya que según Plutarco, hay una historia de dos personas que decidieron someter sus controversias al Rey de Esparta, el cual los llevó a un templo, les hizo juramentar su consentimiento y luego les dijo que debían quedarse en el templo hasta lograr llegar a un acuerdo.¹¹

En Atenas se emitieron leyes para regular el "arbitraje" entre sus ciudadanos, se permitía que los sujetos en conflicto escogieran un tercero regulador según su deseo a raíz de un acuerdo mutuo, y de igual manera, esas decisiones se les daba carácter definitivo, sin existir posibilidad de acudir a recurso ulterior.

¹⁰ Roebuck, Derek. *A Short Story of Arbitration in Hong Kong and China* (Arbitration: Cases and Materials. Xxxiii-lxv,xxxvii. 1994)

¹¹ Roebuck, Derek. *A miscellany of Disputes*.2000

En Roma, la ley de las Doce Tablas, otorga a los acuerdos tomados por sujetos en conflicto firmeza y obligatoriedad. Más tarde, en Roma, debido al comercio y la afluencia de extranjeros, se le da gran importancia a prácticas, usos y costumbres del tráfico de mercancías, así como el *ius Gentium*¹².

Continuando con el Derecho Romano, la ley de las XII Tablas impone la intervención de un Magistrado que busca que las contiendas sean resueltas por medio de la justicia privada. Se instaura en el Derecho Romano dos procesos: uno público y otro privado; en el proceso privado el mismo da inicio por medio de un acto inicial del interesado, que elige o acepta a un órgano privado que tomará la decisión. Teniendo este decisor una acción limitada a la conducción y control del proceso, dejando a los interesados gran peso en el proceso¹³.

Ya en la Edad Media, la resolución de controversias era mayormente confiada en el arbitraje. En el arbitraje, la burguesía, los comerciantes y los gremios encontraron la forma más segura y rápida de resolver sus conflictos, en vista que la justicia impartida por la corona era tediosa y lenta¹⁴. En esta época se inicia una distinción entre los avenidores, quienes resuelven en derecho, y por otra parte, los arbitradores, quienes actúan como amigables componedores¹⁵.

¹²Zappala, Francesco. “Universalismo Histórico del Arbitraje”. Universidad Javeriana de Cali. (2010): 208-209
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>

¹³Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe. *El Arbitraje*. (Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998).

¹⁴Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe. *El Arbitraje*. (Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.)

¹⁵Ibíd.

En la Edad Media, el arbitraje era extensamente utilizado gracias al desarrollo del comercio, gremios y corporaciones, para los comerciantes la Justicia del Monarca no era el medio ideal para resolver sus problemas. Inclusive se conoce evidencia de la existencia y uso del arbitraje 500 años antes de la expansión del *CommonLaw*¹⁶.

Es por esto que se habla de la expansión europea del arbitraje, específicamente en la Edad Media, ya que se tiene registro de él como un método importante de resolución de conflictos, especialmente entre los anglosajones¹⁷. Mas ya para el Siglo XVII el arbitraje recibe detractores ya que hubo acuerdos que deslegitimaron la figura del arbitraje. Es por esto que en países como Francia y Estados Unidos el arbitraje encuentra cierto grado de oposición. Tan es así que en países como Inglaterra, las cortes y jueces del Common Law se oponían a dotar de legitimidad los acuerdos de arbitraje¹⁸. No obstante, la figura no desaparece del todo y sigue teniendo vigor hasta el siglo XX.

En España, en la Ley de las Siete Partidas de 1265, se regula la función arbitral, la cual hereda del Derecho Romano la eficacia del laudo, y para interés de esta investigación, en esta misma norma se diferencia al árbitro avenidor, aquel que decide según el

¹⁶Rivkin, David W. *The Impact of International Arbitration on the Rule of Law*. (Arbitration International.Vol 29.No. 3.LCIA. 2013)

¹⁷Ibíd.

¹⁸ Rivkin, David W. *The Impact of International Arbitration on the Rule of Law*. (Arbitration International. Vol 29. No. 3.pg.331. LCIA. 2013)

Derecho, y el árbitro arbitrador, el que decide según otros criterios¹⁹. Es al final de este período que el laudo empieza a ser homologado ante el juez²⁰.

En Francia, anterior a la Revolución Francesa, se emiten normas en las cuales el Arbitraje era obligatorio para mercaderes en algunas materias; de igual manera, para los que favorecían la revolución, el arbitraje era preferido sobre la justicia real, a fin de evitar los abusos de esta última²¹. En el código de procedimientos civiles de 1806, se incluye un capítulo sobre arbitraje, pero por diversas circunstancias, el arbitraje cayó en declive hasta que el país se adhiere al Protocolo de Ginebra de 1923²².

De la Revolución Francesa, con sus ideales de igualdad y libertad, se defiende el arbitraje, pues supone la posibilidad de elegir sobre la justicia del antiguo poder, aquella del Rey. Así, la Asamblea Constituyente ve en el arbitraje el mecanismo idóneo para resolver las disputas entre los ciudadanos, razón por la cual le da rango constitucional²³.

En el caso de España, el arbitraje adquiere rango constitucional con la Constitución de Cádiz de 1812; en 1830 con la Ley de Enjuiciamiento de los negocios, se determinó el uso del arbitraje para diversos asuntos en materia de comerciantes, y gracias al

¹⁹ Villalba Cuéllar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo. “Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje”. *Universidad Militar Nueva Granada*.(2008): 143-150
<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

²² Villalba Cuéllar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo. “Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje”. *Universidad Militar Nueva Granada*.(2008): 143-150
<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>

²³ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I*. (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 40-50.

código de enjuiciamiento civil, se hizo del arbitraje una herramienta para todo tipo de disputas.

En cuanto a Latinoamérica, la aplicación del arbitraje fue más restringida y es hasta los años de 1980 que se promulgan normas para modernizar el arbitraje y dotar de valor al acuerdo arbitral. En general, se dice que en la región existe un período de rechazo hacía el arbitraje internacional, esto anterior a 1980, pues los Estados tenían pocas relaciones comerciales internacional o estaban poco desarrolladas, lo que motiva al surgimiento de diversos instrumentos regionales para regular el arbitraje tales como el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial²⁴.

En el caso de Alemania, existían vestigios de arbitraje previo a las invasiones romanas, hasta dejar de existir. No obstante, fue a través del Código Bávaro de 1753 y el código de Prusia de 1794, que se restablece el arbitraje²⁵.

En el caso de la Gran Bretaña, el arbitraje es de data antigua pues se han encontrado referencias de su aplicación desde la edad Media, se estima que desde el 1280 DC²⁶.

Se dice que para 1648 cuando se aprueba el Tratado de Westfalia, inició lo que se considera la Era Moderna del Arbitraje. Asimismo, habla sobre un arbitraje, el cual versa especialmente sobre la controversia de Lorain y dice: *“Que la Controversia que toca*

²⁴ Villalba Cuéllar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo. “Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje”. *Universidad Militar Nueva Granada*.(2008): 143-150
<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>

²⁵ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I*. (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 40-50.

²⁶ *Ibíd.*

a Lorain será remitida a los Árbitros designados por ambas partes, o será terminada por un tratado entre Francia y España o por algún otro medio amistoso”.

Con lo cual queda en evidencia que se va abriendo la posibilidad, no sólo al arbitraje sino a otros “medios amistosos” para la resolución de los conflictos.

En cuanto a América Latina respecta, las normas vigentes en España eran aplicables a las Colonias, por lo que sobre esta materia existían en la época colonial la Ley V de las Ordenanzas reales de Castilla de 1485, la Ley V de la Recopilación de las Indias, 1680; así como la Novísima Recopilación que data del año 1805²⁷.

Como se indicó, el Arbitraje no es por tanto novedoso en la región, sin embargo, cambios en sus regulaciones sobre el arbitraje son de fecha reciente. En el caso de Argentina, el arbitraje pese a estar regulado en el Código Civil y Comercial, no existen normas relativas únicamente a su regulación. En el caso de Bolivia, en 1997 se crea la Ley de Arbitraje y conciliación; similar es el caso de Brasil con una ley sobre arbitraje del año 1996. En Colombia, el país ha hecho constantes reformas para regular el arbitraje, pero es hasta el año 2012 que se emite una ley sobre arbitraje, que además versa tanto sobre arbitraje doméstico como internacional. La ley Sobre la Corte de Arbitraje Comercial Internacional, ley de 2007 dotó a Cuba de una norma autónoma relativa a arbitraje. En México, en su código de comercio de 1889, tras una reforma del año 1988 y otra de 1993, se introducen cambios relativos a la Ley Modelo del

²⁷Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 40-50.

CNUDMI. En el Perú, la ley General de Arbitraje se formuló en 1996, y se introdujo una nueva ley en 2008 que se basa en el modelo CNUDMI²⁸.

Continuando con América Central²⁹, en Panamá desde 1999 se aprobó la normativa relativa al arbitraje, ley que fue modificada en 2006 inspirada en la ley modelo Uncitral. En el caso de Nicaragua, es hasta el año 2005 que se aprueba una ley de Arbitraje y Conciliación. En el Salvador, la ley de Conciliación y Arbitraje data del año 2002. Por su parte, en Guatemala, desde 1995 se emitió una ley sobre Arbitraje basada en la ley Modelo Uncitral 1985.

Creación de la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte Internacional de Justicia y la Convención de 1907 para la resolución pacífica de controversias internacionales.

A raíz de la Primera Reunión de la Paz, que tuvo lugar en el año 1899 en la Haya, se crea la Corte Permanente de Arbitraje. Previa a aquella Reunión, uno de los temas que se contemplaba en la agenda era el Arbitraje como mecanismo para prevenir los conflictos armados entre los estados. El avance más importante de la reunión indicada corresponde a la creación de la Corte Permanente de Arbitraje, que corresponde al primer organismo a nivel global creado con el propósito de dar solución a los conflictos entre los miembros de la comunidad internacional. La creación de este Organismo surge con el acuerdo de la "Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales", por medio de este instrumento internacional, los estados

²⁸Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 40-50.

²⁹Ibíd.

parte acordaron acudir al arreglo pacífico de sus conflictos así como acudir a los buenos oficios y a la medicación, antes de acudir a las armas³⁰.

Es menester reconocer que pese a que no fue posible establecer el mecanismo del arbitraje como obligatorio para los casos de disputas entre estados, fueron muchos sus avances. En la "Convención sobre el Arreglo pacífico de conflictos internacionales" se hace referencia al objeto del arbitraje, el cual corresponde al arreglo pacífico de conflictos entre los estados partes a través de la intervención de jueces de su elección y en aplicación del derecho. Sobarzo hace énfasis en la importancia del apego al derecho de los jueces, pues anteriormente los árbitros no se apegaban al derecho y los juzga como instrumentos para alcanzar transacciones o se convertían en amigables componedores³¹.

En la "Convención de 1907 para la resolución pacífica de controversias internacionales" en su artículo 44 se establece el mecanismo de integración los miembros de la Corte, tal como se indicó anteriormente, y es en el artículo siguiente donde se establece la manera en que se elige el Tribunal en caso de acudir ante la Corte. A partir del artículo 51, la Convención en cuestión establece el procedimiento arbitral, donde destaca la firma de un compromiso en que se define el propósito del litigio, así como otras condiciones de la controversia.

³⁰ Sobarzo, Alejandro. "El Centenario de la Corte Permanente de Justicia" *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/12/11> (último acceso: 11 de junio de 2017)

³¹ *Ibíd.*

Siguiendo con Alejandro Sobarzo³², la jurisdicción de la Corte tiene fundamento en el consentimiento de los estados en litigio, que a través de la suscripción de la Convención además, establecieron el compromiso de acudir a este mecanismo. Es decir, la sumisión de los estados signatarios a esta Corte es voluntaria, sin embargo, el laudo producto de esta sumisión si es de carácter obligatorio. Este acatamiento obligatorio del laudo es también conferido por medio de la suscripción del compromiso inicial, donde las partes establecen los objetivos del litigio y la competencia de los árbitros, pero de igual manera, se estipula la obligación de los estados de cumplir de buena fe el laudo arbitral³³.

Para Sobarzo³⁴, la Corte Permanente de Arbitraje ha sido de gran importancia a nivel de la comunidad internacional; cambios importantes se han dado desde los años de 1990, pues la Corte no sólo tiene competencia para conocer litigios entre los estados miembros, también puede conocer conflictos entre los estados y organismos internacionales, e incluso entre Estados no signatarios, si estos acceden a someterse a la Corte, también es competente para conocer conflictos donde intervengan organismos internacionales y estados, en conflictos entre organismos internacionales, o bien, entre personas físicas y estados u organismos internacionales.

Actualmente, la Corte está compuesta por 121 estados signatarios sea la Convención original de 1899, o bien, de la Convención de 1907. Actualmente, la Corte se ha convertido también en un foro para resolver conflictos relativos a recursos naturales

³² Sobarzo, Alejandro. “El Centenario de la Corte Permanente de Justicia” *Annuario Mexicano de Derecho Internacional*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/12/11> (último acceso: 11 de junio de 2017)

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

y el medio ambiente, así como reclamaciones colectivas³⁵. De igual manera, ofrece servicios de indagación de hechos, conciliación y otro tipo de arbitrajes.

En 1946 comienza el funcionamiento del órgano judicial de mayor importancia de la Organización de las Naciones Unidas, que sucede a la Corte Permanente de Justicia³⁶.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia se crea posterior a la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas del 2 de julio de 1945, siendo uno de los objetivos de dicho instrumento "*lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz*". La Corte Internacional de Justicia opera desde 1946, cuando reemplaza a la Corte Permanente de Justicia creada en 1920 y que se estableció tras la creación de la Sociedad de las Naciones. El funcionamiento de la Corte Internacional de Justicia tiene fundamento en la Carta de las Naciones Unidas, un Estatuto que forma parte de la Carta y está provista de un Reglamento propio para su funcionamiento³⁷.

En cuanto a las funciones de la Corte Internacional de Justicia, debe indicarse que tiene dos funciones principales. Una de ellas, es la de resolver conflictos presentados por los estados parte: la solución de estos conflictos se hace acorde con el Derecho Internacional. Por otra parte, esta Corte es responsable de emitir criterios, opiniones

³⁵ Corte Permanente de Arbitraje. <https://pca-cpa.org/> (último acceso: 10 de junio de 2017)

³⁶“Abstracto sobre la Corte Internacional de Justicia” Corte Internacional de Justicia. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/notice.pdf> (último acceso: 11 de junio de 2017)

³⁷“Corte Internacional de Justicia: Preguntas y Respuestas acerca del Principal órgano de Judicial de las Naciones Unidas.” Corte Internacional de Justicia. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/faq_sp.pdf (último acceso: 11 de junio de 2017)

consultivas, en temas jurídicos formulados así por otros órganos y organismos de Naciones Unidas y autorizados para este efecto.

Se considera que la creación de esta Corte es producto de un largo proceso histórico en el cual se fueron desarrollando de manera gradual mecanismos para la resolución pacífica de conflictos de carácter internacional. Se estima que el desarrollo de mecanismos en la antigüedad donde una controversia se encomendaba a una autoridad imparcial, da lugar a que en la actualidad existan organismos de este tipo.

Cabe recordar que previo a la existencia de la Corte Internacional de Justicia, existía la Corte Permanente de Justicia Internacional. Aquella Corte resolvió controversias surgidas a raíz de la Primera Guerra Mundial. La Corte Permanente de Justicia Internacional, sin embargo, no tenía el carácter obligatorio que tiene la Corte actualmente, pero un estado que reconociera como obligatoria la jurisdicción de la Corte Permanente con respecto a un conflicto que pudiera surgir en el futuro con un estado miembro, podría de manera unilateral someter el asunto a la Corte Permanente, que se citará posteriormente al otro estado, y que para ello no existiese un acuerdo previo entre dichos estados litigantes. De igual manera, tal como la actual Corte, la Corte Permanente estaba compuesta por un conjunto de Magistrados que representaban los distintos sistemas jurídicos del mundo³⁸.

Debido al estallido de la Segunda Guerra Mundial, las actividades de la Corte Permanente de Justicia fueron interrumpidas, para finalmente desaparecer en 1946. Con la firma de la Carta de las Naciones Unidas, se establece la Corte Internacional de Justicia, la cual tiene razón de su existir, pues había intereses de los suscriptores de

³⁸Corte Internacional de Justicia: Preguntas y Respuestas acerca del Principal órgano de Judicial de las Naciones Unidas.” Corte Internacional de Justicia. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/faq_sp.pdf (último acceso: 11 de junio de 2017)

que se creará un órgano principal de Justicia de la nueva Organización, por lo que la Corte Permanente de Justicia no era una opción, la misma estaba vinculada con la Sociedad de Naciones, ya disuelta. De igual manera, los estados miembros de las Naciones Unidas no correspondían a los mismos firmantes del estatuto de la Corte Permanente de Justicia³⁹, y finalmente, la nueva Organización integraba una variedad de estados de diversas latitudes, que no estaba representado en aquella Corte, cuyos estados miembros eran principalmente europeos.

Una de las razones de ser de la Corte Internacional de Justicia fue el interés de los estados signatarios de que se creara un tribunal de carácter permanente al cual se sometieran controversias entre estados, pero que las mismas se resolvieran en atención a procedimientos jurídicos y que además, que se agregara un elemento coercitivo mayor al arbitraje⁴⁰. Por lo anterior, la Corte Internacional de Justicia supone diferencias importantes con la Corte Permanente de Arbitraje. En primer lugar, la Corte Internacional de Justicia está ya constituida por decisores, denominados magistrados, los cuales son nombrados por la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Consejo de Seguridad, y que además, los interesados no pueden elegir un tribunal; en segundo lugar, existen dos lenguas oficiales para su operación y una sede, asimismo, los procedimientos son generalmente de carácter público y

³⁹ Corte Internacional de Justicia: Preguntas y Respuestas acerca del Principal órgano de Judicial de las Naciones Unidas.” Corte Internacional de Justicia. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/faq_sp.pdf (último acceso: 11 de junio de 2017)

⁴⁰ *Ibíd.*

finalmente, los procedimientos ya se encuentran regulados, y los mismos se estipulan sea en el Estatuto o bien, en el propio reglamento de la Corte⁴¹.

El arbitraje internacional comercial actual y sus convenciones y tratados

El arbitraje, en sí, se plantea como un concepto bastante sencillo, en donde las partes aceptan solventar sus diferencias ante una tercera persona (sea un árbitro o un individuo de carácter privado). Es por esto, que dichas partes aceptan depositar su confianza en este árbitro, el cual les escuchará, considerará los hechos y finalmente decidirá sobre las diferencias planteadas⁴².

Por lo tanto, Garza Canovas⁴³, indica que las pretensiones en el comercio internacional son distintas a la hora de buscar una solución a un conflicto, interesa más una armonización de intereses, según sus palabras, a una sanción *típicamente judicial*, además, para los comerciantes, encontrándose en una situación de relación internacional, debido a la diversidad jurídica existente, es preferible el arbitraje, pues este crea mayor seguridad jurídica, esto porque acogiéndose a un derecho, una parte extranjera siempre tendrá incertidumbre con respecto al resultado. Ciertamente, se puede hablar de manera muy simplista sobre el arbitraje ya que, a diferencia de otros modos de resolución de conflictos, este presupone una manera rápida y eficaz de

⁴¹ Corte Internacional de Justicia: Preguntas y Respuestas acerca del Principal órgano de Judicial de las Naciones Unidas.” Corte Internacional de Justicia. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/faq_sp.pdf (último acceso: 11 de junio de 2017)

⁴² Redfern, Allan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. (Fifth Edition. Oxford University Press. 2009). pp.1-2

⁴³Garza Canovas, Antonio. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/viewFile/20031/17972> (último acceso: 10 de marzo de 2019).

llegar a un acuerdo. Sin embargo, aun y cuando las partes y el árbitro creen su *universo privado*⁴⁴, lo cierto es que tanto las normas nacionales como los tratados internacionales entran en juego.

Pero el arbitraje puede ser entendido al estudiar su historia así como su desarrollo, ya que se dice que desde hace 2 500 años han existido los métodos de resolución pacífica de conflictos que incluyen a una tercera parte imparcial⁴⁵; por ejemplo se tienen registros en Inglaterra del Acta de Arbitraje de 1968, en la cual la corte ordenaba a una de las partes a pagar una penalidad por no haber cumplido con el acuerdo de arbitraje; o en Francia, se habla del edicto de Francisco II de 1560, en el cual se obliga a los mercaderes a formar parte de un arbitraje cuando se creen problemas comerciales entre ellos⁴⁶.

Antecedentes de la Medición y la Conciliación

La conciliación es un mecanismo de resolución de controversias a través del cual dos o más personas ponen fin a una diferencia por medio de un tercero que es el conciliador y dice Guzmán Barrón⁴⁷, que el conciliador como tercero es un facilitador del diálogo entre la partes, por lo que no es juez ni es árbitro.

⁴⁴ Redfern, Allan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. (Fifth Edition. Oxford University Press. 2009), p.3

⁴⁵ Mustill. *The History of International Commercial Arbitration: A Sketch*. (The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration. 2nd Edition. 2008).

⁴⁶ Redfern, Allan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. (Fifth Edition. Oxford University Press. 2009) p.6

⁴⁷ Guzmán Barrón, César. "Principales antecedentes y características." *Derecho PUCP. Revistas de la Facultad de Derecho*.

La conciliación como medio para remediar un conflicto es antiquísimo. En el caso de Roma, era una figura uso extendido, y en las XII Tablas “daba en uno de sus textos fuerza obligatoria lo que convinieran las partes al ir a juicio”⁴⁸. Dice Osorio que en Grecia existían los tesmotetes, quienes acercaban a las partes en conflicto para llegar a un acuerdo a través de una transacción. Así, la figura de la conciliación fue permeándose en las las instituciones religiosas, donde los seguidores de una religión, acudían ante un líder (rabino, sacerdote), para resolver sus problemas con el afán de mejorar su convivencia; dice Angélica Osorio que posteriormente la figura fue recogida por el derecho canónico, y se le da fundamento en preceptos bíblicos⁴⁹, y buscaba llegar a un acuerdo amistoso.

La mediación y la conciliación, pasa a regularse en España en la Carta Política en el siglo XIX; pero advierte Osorio que anteriormente, gracias a la Revolución Francesa se popularizó el mecanismo pues en los juicios debía obligatoriamente someterse a una conciliación previa; mecanismo que posteriormente se reflejó en el Código de Procedimiento Civil de 1806⁵⁰.

Puede asumirse que el mecanismo se extiende a otras jurisdicciones, por lo que cobra especial importancia en asuntos civiles y comerciales. El comercio internacional y su exigencia de soluciones prontas, llevó a la Comisión de las Naciones Unidas para el

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6239/6278>, (Último acceso 10 de mayo de 2018), 68.

⁴⁸ Osorio Villegas, Angélica. “Conciliación, mecanismo alternativo de solución de conflictos por excelencia.” *Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Procesal. Bogotá*, (2002.) 12

⁴⁹ *Ibíd.* 13.

⁵⁰ Osorio Villegas, Angélica. “Conciliación, mecanismo alternativo de solución de conflictos por excelencia.” *Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Procesal. Bogotá*, (2002.) 14.

Derecho Mercantil Internacional a desarrollar una serie de normas para la regularización de la figura y estandarización de uso.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, definió un reglamento de Conciliación el cual recomienda sea utilizado en evento de un conflicto en una relación comercial internacional, donde se busca en primer lugar llegar a una solución amistosa⁵¹.

Dicho reglamento, regula entre varios aspectos: su ámbito de aplicación, la designación de los conciliadores, la presentación de documentos al conciliador, las funciones del conciliador, se refiere sobre la confidencialidad del proceso, así como la conclusión del proceso, de igual manera, incluye un modelo de cláusula de conciliación⁵².

De igual manera, como ocurre con el Arbitraje Internacional Comercial, la CNUDMI emitió una ley modelo sobre conciliación comercial internacional. Ley Modelo que aplica para la conciliación comercial internacional, pero que con las adaptaciones

⁵¹ “Reglamento de Conciliación Comercial Internacional”. CNUDMI <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/conc-rules-s.pdf> (último acceso: 10 de mayo de 2018).

⁵² MODELO DE CLÁUSULA DE CONCILIACIÓN Cuando, en el caso de una controversia que se derive del presente contrato o se relacione con él, las partes deseen llegar a una transacción amistosa de esa controversia mediante la conciliación, ésta tendrá lugar de conformidad con el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI actualmente en vigor. (Las partes podrán convenir en otras cláusulas de conciliación.)

necesarias, puede ser utilizada por los estados, para regular otros tipos de conciliación. Ahora, bien define la ley modelo cuando la conciliación es internacional.

Según informa la Comisión, treinta y tres estados, de los 45 suscriptores han adoptado la ley modelo, o bien, cuentan con normas inspiradas en esta⁵³.

La Cámara de Comercio Internacional

La Cámara de Comercio Internacional, como una de las entidades más importantes a nivel mundial en la resolución de conflictos, cuenta con un Centro para la solución de conflictos y por lo tanto, con sus propias reglas para efectuar conciliaciones en él.

Para la Cámara la mediación es una técnica flexible y consensuada por medio de la cual un tercero neutral apoya a los interesados a alcanzar un acuerdo y poner término a su disputa⁵⁴. Sigue diciendo la Cámara que la mediación permite a las partes tener un mejor entendimiento de las necesidades de cada uno, en este caso, de sus negocios, por lo que es útil cuando las partes tienen una relación comercial que desean mantener.

La Cámara cuenta con un reglamento que regula las disposiciones previas a la conciliación, el comienzo del procedimiento cuando hay acuerdo sobre las reglas para conciliar, así como para cuando no existe acuerdo previo, se regula sobre la selección

⁵³ “Situación actual Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional”. CNUDMI. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status (último acceso: 12 de mayo de 2018)

⁵⁴ “Proceso de Mediación.” Cámara de Comercio Internacional. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/procedure/> (último acceso: 10 de mayo de 2018)

de idioma y lugar, el proceso de selección del mediador, los costos del procedimiento, la dirección de la mediación, la terminación del procedimiento, así como las estipulaciones para garantizar la confidencialidad del procedimiento⁵⁵, la mediación la confidencialidad es esencial, y permite que las partes puedan discutir con libertad a fin de negociar un acuerdo que termine con su conflicto.

La mediación inicia por petición efectuada ante el Centro, el Centro le da curso y procede a solicitar la documentación que estime necesaria a las partes; la selección del mediador puede darse por acuerdo de las partes, o por parte del Centro, así estipulado en el acuerdo. De manera que seleccionado el Mediador, este recibe el expediente y procede a contactar a las partes; en la primera reunión se discute sobre el procedimiento, podrán darse más reuniones. Posteriormente, escuchadas las partes, el mediador termina el procedimiento con un acuerdo⁵⁶.

La mediación en otras entidades

La Asociación Americana de Arbitraje y la Corte de Arbitraje de Londres son otras entidades que al igual que la Cámara de Comercio Internacional, proveen a los comerciantes el servicio mediación y conciliación.

En el caso de la Asociación Americana de Arbitraje, atiende mediaciones de diversas materias: comercial (local estadounidense), en la industria de la construcción, en lo internacional, ámbito salud y empleo. Para lo cual ofrece diversos modelos de

⁵⁵ Reglas de Mediación. Cámara de Comercio Internacional. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> (último acceso: 10 de mayo de 2018)

⁵⁶“Proceso de Mediación.” Cámara de Comercio Internacional. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/procedure/> (último acceso: 10 de mayo de 2018)

cláusulas compromisorias⁵⁷. Sin embargo, cuenta con normas básicas aplicables al Mediador de cualquier mediación por que las partes opten, éstas son estándares que garantizan la protección del principio de autodeterminación de las partes, la imparcialidad del tercero, la confidencialidad, regula los costos del procedimiento, y otros aspectos.

Por último, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres define la mediación como un acuerdo negociado entre partes que voluntariamente han solicitado la asistencia de un tercero neutral⁵⁸. La LCIA estima que la mediación para las disputas comerciales en razón de que, señala, no es necesario que las soluciones sean vinculantes y ejecutables⁵⁹; así como en los casos en los que se espera que tras la solución de la disputa la relación comercial continúe.

ii. Diferencias entre arbitraje, conciliación, mediación y transacción

Después de hacer un extenso estudio histórico de diversos métodos de resolución alterna de conflictos desde Grecia hasta nuestros días, es importante recalcar las diferencias y similitudes entre las figuras.

⁵⁷ “Cláusulas mediación.” Asociación Americana de Arbitraje <https://www.adr.org/Clauses> (Último acceso: 10 de mayo de 2018).

⁵⁸ “Mediación.” Corte de Arbitraje Internacional de Londres. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Mediation.aspx (último acceso: 10 de mayo de 2018)

⁵⁹ *Ibíd.*

Diferencias entre conciliación y arbitraje.

Aun y cuando el principal objetivo tanto de la conciliación como del arbitraje, es la búsqueda de la solución a un litigio, ambas figuras poseen características que las diferencian sustancialmente.

Por una parte, la “*diferencia sustancial entre el arbitraje y la conciliación consiste a que en aquel, el árbitro decide el conflicto de manera autónoma y soberana respecto a las partes, por medio un fallo denominado laudo arbitral, el cuándo constituye una verdadera sentencia judicial, en sentido formal y material.*

En la conciliación, lo sustancial es el autocomposición o arreglo amistoso procurado por las partes mismas”⁶⁰.

Inclusive, son tan diferentes en cuanto a la autocomposición y la hetero-composición, que la conciliación es a su vez una de las múltiples formas de terminación anormal del proceso, mientras que el arbitraje, presupone en sí mismo, un proceso para la resolución de conflictos.

Ahora bien, la conciliación puede o no terminar con un acuerdo conciliatorio, pero es importante destacar que la conciliación en sí misma no presupone un deber de terminar con el acuerdo. Es decir, que la conciliación puede terminar satisfactoriamente con un acuerdo que sea del agrado de las partes o bien puede no lograrse un acuerdo. Mientras que en el arbitraje hay una obligación de resultado, ya

⁶⁰ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Segunda Edición. TEMIS, 2011) p. 17

que el resultado de este proceso es el laudo arbitral, el cual debe darse independientemente de la satisfacción de las pretensiones de una o de ambas partes.

La última diferencia entre ambas figuras radica en la obligatoriedad. La conciliación tanto judicial como extrajudicial se caracteriza por su libertad y se basa en la libre selección de las partes de formar parte de la conciliación como forma de resolver sus conflictos; mientras que el arbitraje se presupone de carácter obligatorio, ya que, al existir una cláusula arbitral en un contrato, se presupone una renuncia a la vía jurisdiccional, con lo cual las partes, en caso de desavenencia, controversia o litigio, se ven obligadas a ejecutar los supuestos que hayan sido pactados en la cláusula arbitral.

Diferencias entre conciliación y mediación.

Actualmente, existe una confusión entre la conciliación y mediación, ya que existen legislaciones en las que se utilizan ambos términos indistintamente.

Según Carnelittu, se ha “*distinguido entre mediación y conciliación. La primera persigue una composición contractual cualquiera, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a una composición justa.*

En este sentido la conciliación está a mitad de camino entre la mediación y la decisión. La decisión del árbitro, en cuanto que aceptada, supone la justificación del arbitraje”⁶¹.

En otro sentido, se estipula que la diferencia entre la mediación y la conciliación radica en el rol del mediador y el conciliador, ya que el primero presenta un rol más proactivo

⁶¹ Chillón Medina, José María. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. (Madrid, Civitas. 1991) p. 90.

en busca de la resolución del conflicto, mientras que el conciliador es menos protagónico.

Sin embargo, las similitudes o falta de ellas para con estas dos figuras, radica en la jurisdicción en la que se apliquen, así como las leyes en las que se amparen.

Diferencias entre conciliación y transacción.

Entre todas las figuras de métodos alternos de resolución de conflictos, la conciliación y la transacción presenta bastantes similitudes, así como diferencias.

Entre sus similitudes se encuentran que *“en ambos procesos se requiere una serie de acercamientos o conversaciones previas entre las partes. Que tanto la conciliación como la transacción son mecanismos que sirven para terminar un litigio presente o preaver uno eventual. También, ambas figuras tienen operancia tanto en la etapa extraprocésal como en la procesal. Por otra parte, el pacto de conciliación y el contrato de transacción, producen efecto de cosa juzgada. Y en ambas instituciones el litigio o diferencia termina con un acuerdo que suscriben ambas partes, en forma directa”*⁶².

Sin embargo, en cuanto a sus diferencias, se dice que *“el acuerdo conciliatorio se logra con la participación activa de un tercero. Mientras que la transacción se puede llevar a cabo mediante un acuerdo directo entre las partes, sin la intervención de un tercero. Además, el acuerdo de conciliación es solemne, ya que requiere la formalización de un acta suscrita por las partes y el conciliador. Pero la transacción es meramente consensual, se perfecciona con el simple acuerdo de las partes.*

⁶² Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Segunda edición. TEMIS, 2011) p. 23

También, la conciliación se logra sin necesidad de renunciaciones mutuas de las partes, al paso, que la transacción, como elemento esencial, requiere la renuncia de mutuos derechos.

En cuanto al acta conciliatoria, esta puede estar afectada de nulidad tanto por su aspecto sustantivo como por el de procedimiento, pero la transacción está sujeta a la nulidad sustantiva propia de los contratos.

Se dice que la conciliación es un negocio jurídico que admite como fórmula compositiva el convenio de cualquier contrato. Pero la transacción en sí misma es un contrato.

Además, en cuanto a su origen, la conciliación tiene su origen en el derecho internacional público, pero la transacción lo tiene en el derecho de los contratos.

Respecto de la homologación, la conciliación siempre requiere la homologación de un juez mientras que la transacción no necesita aprobación ni homologación de un tercero.

Y finalmente, una vez suscrito el acuerdo conciliatorio, se debe proponer la excepción de cosa juzgada. Pero una vez firmada la transacción, se propone la excepción previa de transacción.⁶³

Tanto las diferencias como las similitudes de todas estas figuras, son interesantes ya que, al ser similares en ciertos aspectos, pero diferentes en otros, permiten la creación de nuevos y modernos métodos de resolución alterna de conflictos. Adicionalmente, y para objetivos de este trabajo investigativo, es importante delimitar cada figura ya que algunas presentan similitudes y diferencias con la figura de estudio, como lo es para el presente caso, el amigable componedor y la amigable composición.

⁶³ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Segunda Edición. TEMIS, 2011) p. 24.

Sección II: El *Amiable Compositeur* en el arbitraje internacional

i. Tipos de arbitraje comercial internacional

Esta sección propone estudiar los tipos de arbitraje comercial internacional, cuyas diferencias podrán justificarse de acuerdo a las necesidades de los comerciantes, las prácticas y usos, dentro de estos tipos de arbitraje se han incluido dos figuras: el *ex aequo et bono* y el amigable componedor.

Arbitraje Especializado:

El Arbitraje Especializado o experto corresponde a un procedimiento distinto a una pericia. Este se refiere a un proceso arbitral, el cual es regulado por las reglas del arbitraje; tiene la facultad de resolverse con carácter de cosa juzgada material disputas de carácter técnico o científico, y es posible que este árbitro conozca y resuelva la controversia bajo el entendido que este árbitro es experto en la materia que origina el conflicto⁶⁴.

Arbitraje institucional y Ad Hoc:

El primero, es decir, el Arbitraje institucional, denominado también administrado, se refiere al Arbitraje que se efectúa por medio de centros especializados, sean estos centros de arbitraje, cámaras, cortes arbitrales. Las partes se someten por lo tanto a una organización, así como a ciertas normas del centro de arbitraje que pueden versar

⁶⁴Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 125.

sobre procedimiento, ética, entre otras; no obstante, se considera que estas reglas suelen ser menos rígidas a fin de acoplarse mejor a las necesidades de las partes⁶⁵.

Por su parte, el arbitraje Ad Hoc, implica que los árbitros no se encuentran afiliados a ningún centro de arbitraje⁶⁶. De igual manera, en este tipo de arbitraje, conocido como libre, las partes no solo designan a los árbitros, sino que también convienen sobre el derecho aplicable así como el procedimiento del arbitraje⁶⁷.

Según Barrantes, que cita a O'Farrel, el arbitraje *Ad-hoc* puede ser lo así en sentido estricto o en sentido amplio. En el primero de los casos, las partes convienen y acuerdan una serie de reglas procesales propias; mientras que en un sentido amplio, las partes escogen entre normas de distintos centros de arbitraje⁶⁸.

Arbitraje de Derecho:

El artículo 28 de la Ley sobre Arbitraje Internacional, hace ver que la manera principal de resolver de los árbitros es conforme a derecho, es decir, conforme a las normas legales que las partes han decidido serán aplicables a proceso. Es entonces que el

⁶⁵ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 105, 111.

⁶⁶ Šlampa Lukáš. "International Arbitration. Procedure in Theory and Practice." *Faculty of Business and Economics, Mendel University in Brno. 2010.*
http://is.mendelu.cz/zp/portal_zp.pl?prehled=vyhledavani;podrobnosti=36678;download_prace=1. (último acceso: 12 de mayo de 2017).

⁶⁷ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 111.

⁶⁸ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 112.

arbitraje de Derecho implica que los árbitros resuelven fundamentándose en las reglas jurídicas materiales. Señala Barrantes que el árbitro *Iuris*, como se le puede denominar, corresponde al árbitro que debe *resolver de manera motivada y fundando su decisión –laudo en normas jurídicas*⁶⁹. Entendiendo además, que recurre a principios, así como a usos, pudiendo recurrir a la *lex mercatoria*, así como a la voluntad de las partes expresada en el contrato.

*Su característica es que resuelven tal y como resolverían un juez estatal, analizando e interpretando las normas jurídicas aplicables al caso. Tiene como característica la motivación de su decisión, pero esa motivación, no es cualquiera sino que es aquella que se exige en un examen adecuado de los hechos, las pruebas, la subsunción del hecho en presupuesto fáctico de la norma, además deberá estar fundamentado en normas jurídicas, las cuales deberán ser analizadas*⁷⁰.

Amiable Compositeur:

El diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales de Manuel Osorio define de la siguiente manera el término amigable componedor:

Amigable componedor: Se entiende por tal la persona a quien, sola o en unión de otra o varias, la ley o el compromiso de las partes confiere la facultad de procurar la avenencia entre éstas o, con más propiedad, dirimir amistosamente los conflictos que ellas sometan a su decisión en materia civil o comercial. Los amigables componedores pueden no ser letrados y no tienen que sujetarse a normas procesales. Deciden según su leal saber y

⁶⁹ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 111-112.

⁷⁰ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 111-112.

*entender, sin excederse de las cuestiones que les han sido sometidas y sin superar el plazo que se les haya concedido para dictar su fallo o laudo, pues, en caso contrario, las partes pueden solicitar judicialmente la nulidad de la sentencia. Los amigables componedores son también llamados, en algunas legislaciones, arbitradores*⁷¹.

A nivel doctrinario existen diversas definiciones para la figura de Amigable Componedor, y esa situación es reflejada en la regulación de esta figura en distintos países. En algunos ordenamientos jurídicos la figura se equipara al arbitraje de equidad, o ex aequo et bono; en otros ordenamientos se establecen algunas diferencias entre ellos.

Dajer Barguil expone que la Amigable Composición corresponde a un mecanismo de resolución alterna de conflictos que a través de un tercero, las partes delegan en este la precisión del estado y forma de un negocio jurídico particular, siendo que lo que resuelva este tercero tiene carácter vinculante para las partes⁷². Este autor señala además que la decisión que toma el Amigable Componedor tiene el mismo efecto que la transacción, sin embargo, hace la diferencia entre ambos conceptos.

⁷¹ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1ª Edición Electrónica. Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A. https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf (último acceso: 12 de mayo de 2017).

⁷² Dajer Barguil, Gustavo Antonio. “La Amigable Composición”. *Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá*, (2002), p.8. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-25.pdf>

Arbitraje Ex aequo et bono:

En cuanto al arbitraje *ex aequo et bono*, que suele denominarse arbitraje de equidad, este es aquel que se *opone al derecho*, estatuye Barrantes⁷³; el arbitraje de equidad implica que aquellos que sean nombrados como árbitros deberán decidir de acuerdo a equidad, que significa que fallan según su *leal saber y entender*, por lo tanto, en un arbitraje ex quo et bono la motivación de las resoluciones no se fundamentan principalmente en la ley o en su aplicación formal⁷⁴.

Según Bělohlávek⁷⁵, en la práctica internacional se le equipara a la toma de decisión *praeter legem*, haciéndose uso de los principios de moralidad y equidad. Así, el Arbitro en Equidad debe de establecer una escala de valores que son específicos al caso, escala que será creada por el mismo árbitro, por lo tanto, para el autor mencionado, el Árbitro no sólo es decisor, sino que en cierta medida es “cuasi-legislador” debido a que se ve en la obligación de crear reglas que serán únicamente aplicables al caso en particular. Lo anterior hace que en este tipo de arbitraje exista un alto nivel de flexibilidad.

⁷³ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 116.

⁷⁴ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 117.

⁷⁵ Bělohlávek, Alexander J. “Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur” *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration Volume III 2013*. https://www.academia.edu/9896164/Application_of_Law_in_Arbitration_ex_Aequo_et_Bono_and_Amiable_Compositeur (último acceso 12 de mayo de 2017)

ii. Definición y estudio histórico del *ex aequo et bono*

Como se ha indicado antes, la figura del arbitraje *ex aequo et bono*, implica la toma de decisiones a través de la equidad, por lo que no se basa en la aplicación formal del sistema jurídico.

Barrantes se acerca a discutir el concepto de equidad. Para ello, cita a Liborio Herio⁷⁶, quien expone que el concepto de equidad puede implicar cuatro sentidos. Uno de ellos, podría ser el derecho natural; también podría hacer referencia a la una forma de justicia basada en la igualdad. Hiero también hace ver que podría interpretarse como *equidad como moderación de la norma general para atender las circunstancias del caso en concreto, justicia del caso concreto frente a las exigencias del derecho estricto*⁷⁷. Finalmente, puede suponer el concepto de equidad la resolución de conflictos al margen del ordenamiento jurídico, según señala Barrantes, por lo que en lugar de hacerse uso de las normas para tomar la decisión arbitral, se recurre a valores y la moral⁷⁸.

Para Ioannidou, la decisión *ex aequo et bono* corresponde a la posibilidad del árbitro de apartarse del derecho positivo, y en su lugar, decidir a partir de la equidad⁷⁹.

⁷⁶ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 118.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014.), 118.

⁷⁹ Ioannidou, Theodora-María. « Arbitrators *ex aequo et bono* (amiable compositeur) under international commercial arbitration schemes. » *International Hellenic University School of Economics and Business Administration.* (2013.)
<https://repository.ihu.edu.gr/xmlui/bitstream/handle/11544/273/Theodora%20Maria%20Ioan>

A lo anterior, Maniruzzaman⁸⁰ señala que actuar como *ex aequo et bono* permite al árbitro apartarse de las reglas legales, incluso de las que son obligatorias, y por lo tanto, sujeto únicamente al orden público, el *ex aequo et bono* utiliza en palabras el autor "*estándares extra-legales*", pese a eso, el árbitro está cometido a ser objetivo, teniendo siempre como propósito alcanzar un resultado justo.

Señala Leon Trakman⁸¹ que se suele evitar el *ex aequo et bono*, pues se considera que se actúa fuera de la ley o que incluso puede ser contrario a la ley, sin embargo, para Trakman el concepto tiene gran importancia en el derecho moderno; puede ser de gran utilidad en los casos en los que las partes se encuentran ante un negocio que exige una relación a largo plazo y compleja, o bien, cuando las partes entablan relaciones relativas a áreas comerciales o profesionales emergentes, cuyas relaciones se encuentran poco reguladas, las normas existentes no son adecuadas o bien desarrolladas, o resultan inaplicables para resolver los conflictos que surjan entre las partes. El resurgimiento de la figura, según el Jurista, también se debe al cambio

nidou_3799_assignsubmission_file_Dissertation%20Ioannidou%20Theodora%20-maria%20.pdf?sequence=1 (último acceso 12 de mayo de 2017)

⁸⁰A F M Maniruzzaman, PhD (Cambridge), FRSA. "The Arbitrator's Prudence In Lex Mercatoria: Amiable Composition And Ex Aequo Et Bono In Decision Making" *MEALEY'S International Arbitration Report*. (2013.) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1342336 (último acceso: 12 de mayo de 2017).

⁸¹ Trakman, Leon. "Ex Aequo et Bono. Desmythifying an Ancient Concept. Chicago Journal of International Law. Volumen 8, número 2. Artículo (2008) 11. <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1669&context=cjil> (último acceso: 12 de mayo de 2017).

constante y dinamismo de las relaciones internacionales, especialmente en las áreas de tecnología y propiedad intelectual⁸².

El uso del *ex aequo et bono* únicamente puede ocurrir en el tanto exista el consentimiento expreso de las partes, y es que en la actualidad las decisiones tomadas bajo los principios de equidad, suelen ser la excepción. Algunas críticas en torno a este es que daría lugar a que al decir como en equidad, las decisiones se realicen de conformidad con aspectos morales, sociales y políticos⁸³. Sin embargo, la toma de decisiones *ex aequo et bono* es antiguo. En la Edad Media, como se ha hecho ver antes, los decisores mercantiles recurrían a este, esto pues era más informal que la justicia real, tomaba menos tiempo lográndose un resultado que las partes estimaran conveniente, esto según los usos comerciales vigentes; y señala Trackman que para estos decisores mercantiles, quienes se basaban en la *lex mercatoria*, las decisiones no eran únicamente tomadas en razón de un concepto del bien, este visto de manera abstracta, sino que este *bien* estaba en concordancia con la ley del mercader, y por ende, cumple con las expectativas del comerciante⁸⁴, así las decisiones eran congruentes con la informalidad exigida por los comerciantes, eran acorde con el

⁸² Trackman, León. “Ex Aequo et Bono. Desmytifying an Ancient Concept. Chicago Journal of International” *Law. Volumen 8, número 2. Artículo* (2008)
11.<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1669&context=cjil>

(último acceso: 12 de mayo de 2017).

⁸³ Trackman, León. “Ex Aequo et Bono. Desmytifying an Ancient Concept. Chicago Journal of International” *Law. Volumen 8, número 2. Artículo* (2008)
11.<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1669&context=cjil>

(último acceso: 12 de mayo de 2017).

⁸⁴ Ibid.-

mercado y dirigidas a responder las necesidades del mercado y el dinamismo de cada relación comercial, de acuerdo con el mercado, localidad y las partes⁸⁵. Su discreción, se basaba entonces en la aplicación de los usos, costumbres y prácticas de los mercaderes.

En la actualidad, como se ha indicado anteriormente, el concepto de ex aequo et bono ha sido incluido en las reglas de arbitraje de la CNUDMI, en su artículo 33 donde señala que los árbitros pueden decidir cómo ex aequo et bono.

iii. Definición y estudio histórico de la figura del *Amiable Compositeur*

El amigable componedor es visto por algunos juristas como una institución distinta al arbitraje, Bělohávek se refiere a Rubino-Sammartano, quien hace ver que la amigable composición corresponde a un acuerdo en el que los involucrados nombran un tercero para que actúe como amigable componedor, el cual, no actuará decidiendo, como lo hace un árbitro; y es que el autor indica que al ser componedor, que deriva de la composición, su propósito fundamental es la de acordar, resolver o *arreglar*⁸⁶.

⁸⁵ Trackman, León. “Ex Aequo et Bono. Desmytifying an Ancient Concept. Chicago Journal of International” *Law. Volumen 8, número 2. Artículo* (2008)
11.<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1669&context=cjil>

(último acceso: 12 de mayo de 2017).

⁸⁶ Bělohávek ,Alexander J. “Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur” *Czech (Central European) Yearbook of Arbitration Volume III 2013*.
https://www.academia.edu/9896164/Application_of_Law_in_Arbitration_ex_Aequo_et_Bono_and_Amiable_Compositeur (último acceso 12 de mayo de 2017)

Continuando con Bělohlávek, en Francia, lugar donde se origina el concepto, según la norma francesa, la amigable composición es un procedimiento mediante el cual los decisores basan sus resoluciones de conformidad con las normas y principios legales del estado francés, no obstante, *"tienen la potestad de modificar los efectos de la aplicación de normas específicas (limitación, daños, entre otros)"*⁸⁷. Por lo anterior, señala el jurista que el proceso de amigable composición podría ser definido como un proceso que tiene como intención recurrir a la ley y a la equidad, efectuar un balance de las mismas, a fin de encontrar una solución lo más equitativa posible.

En algunos marcos jurídicos, la amigable composición corresponde a un mecanismo de resolución alterna de conflictos que se separa del arbitraje. En el caso de Colombia, Dajer Barguil⁸⁸ menciona un fallo de la Corte Constitucional, en el cual se equipara la Amigable Composición a una transacción, y de la cual señala que es una transacción efectuada a través de un tercero, teniendo este tercero, facultades para que las partes involucradas se comprometan contractualmente. Esto es, que produce de igual manera efectos vinculantes, siendo que las mismas partes son las que le otorgan inicialmente ese carácter.

Dajer cita al tratadista colombiano Azula Camacho, quien hace ver que el Amigable Compondedor es una persona a quien se le *"otorga la facultad de precisar el estado y forma de cumplir con una relación jurídica sustancial"*, es decir, busca precisar las condiciones de esa relación y cuáles son las maneras para satisfacer esas condiciones, no obstante,

⁸⁷ Bělohlávek ,Alexander J. "Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur" *Czech (č) Central European Yearbook of Arbitration Volume III 2013*.
https://www.academia.edu/9896164/Application_of_Law_in_Arbitration_ex_Aequo_et_Bono_and_Amiable_Compositeur (último acceso 12 de mayo de 2017)

⁸⁸ Dajer Barguil, Gustavo Antonio. "La Amigable Composición". *Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá*, (2002), 19
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-25.pdf>

continúa citando a Azula Camacho, quien rescata que "*la facultad de los Amigables Compondores no se limita a la expresada función, sino que también implica, proponer fórmulas que eliminen las diferencias existentes entre las partes*"⁸⁹. Es más, explica el autor que en Colombia, según lo exponen los tratadistas que han estudiado esta figura, la *decisión* de los Amigables Compondores no se equipara a una resolución jurisdiccional, por lo que carece de cosa juzga y esto la diferencia del laudo arbitral. Ahora bien, lo que se origina de este proceso, es un contrato, que cuenta con ejecutividad.

Siendo así, Dajer Barguil propone definir, de conformidad con la norma colombiana, al amigable compondor como "*un mecanismo de resolución alterna de conflictos por medio del cual dos o más partes delegan en un tercero denominado Amigable Compondor, la facultad de precisar en corto tiempo, con fuerza vinculante para ellas, las partes y la forma de un negocio jurídico particular*"⁹⁰.

Retomando a Bělohávek, el concepto francés del *Amiable Compositeur*, evoluciono de la figura del *amicabilis compositor*, existente en el derecho canónico, siendo que el decisor tomaba el papel de *amicabilis compositor* cuando actuaba como conciliador o mediador; además, hace ver que el termino también proviene de mediados del siglo XVII, ya que en aquel momento los árbitros no estaban obligados a basar sus decisiones en normas sustanciales o procedimentales⁹¹. En Francia, el concepto aparecerá por

⁸⁹ Dajer Barguil, Gustavo Antonio. "La Amigable Composición". *Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá*, (2002), 19
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-25.pdf>

⁹⁰Dajer Barguil, Gustavo Antonio. "La Amigable Composición". *Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá*, (2002), 23
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-25.pdf>

⁹¹ Dajer Barguil, Gustavo Antonio. "La Amigable Composición". *Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá*, (2002), 23
<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-25.pdf>

primera vez en el Código Napoleónico, y el concepto se retomará en el Código de Procedimientos de 1806.

Hace ver el autor checo que el concepto de amigable componedor tradicional, implica que en alguna medida, la modificación de la aplicación estricta de las normas, de acuerdo a una situación contractual particular, esto a favor de la equidad. No obstante, la manera en que se utiliza esta figura, y la manera en que se ha regulado, ha configurado que la toma de decisiones como amigable componedor sea más cercana y equiparable al *ex aequo et bono*, decidiéndose exclusivamente a la luz de los principios de la equidad⁹².

Si bien, en esta investigación se parte del arbitraje para arribar al entendimiento de amigable componedor, algunos juristas entienden al amigable componedor como una figura distinta al arbitraje: el propósito del amigable componedor es arreglar. El amigable componedor toma sus decisiones de acuerdo con la norma y principios legales, pero puede el Componedor, modificar el efecto de una norma recurriendo a su propósito de generar un balance entre la norma y la equidad, generando un acuerdo más amigable para las partes.

El problema que se presenta con la figura en cuestión es que en diversas latitudes su definición cambia, para algunos, el *Amiable Compositeur* es un Árbitro de Equidad, para otros, es un procedimiento similar equiparable a la transacción, pero con la particularidad que se recurre a un tercero.

⁹²Bělohávek, Alexander J. "Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur" *Czech (Central European) Yearbook of Arbitration Volume III 2013*.
https://www.academia.edu/9896164/Application_of_Law_in_Arbitration_ex_Aequo_et_Bono_and_Amiable_Compositeur (último acceso 12 de mayo de 2017)

iv. Límites a la aplicación de Amiable Composition

Se ha dicho, y más adelante se reforzará la idea que la noción del Amiable Compositeur no es uniforme y la misma varía con respecto a los diversos sistemas legales de los estados. Ahora bien, existe consenso en términos muy amplios con respecto a las restricciones y límites que debe tener el árbitro que decide como amiable compositeur, e incluso el árbitro que decide en términos de equidad como Ex Aequo et bono.

Las críticas hacia esta figura se establecen entorno a los límites y restricciones de esta figura, en cuanto al alcance de su poder para decidir, en el tanto que no existe uniformidad del concepto.

Procedimiento:

Decidir cómo amigable componedor implica que las decisiones sobre el fondo del asunto se toman de acuerdo a la equidad, o bien, de acuerdo a lo que se estima justo; no obstante, el Amigable Componedor aplicará siempre normas legales o reglas⁹³ y principios legales cuando se trate de aspectos procedimentales.

Entonces, en el entendido que el Amigable Compositor se aleja de la aplicación estricta de las normas legales para dar énfasis en aspectos más psicológicos o técnicos, el procedimiento del arbitraje debe respetar normas procedimentales, a fin de dar

⁹³ Kalyon, Arzu. *Arbitrators acting as an amiable Compositeur under international commercial law*. (Law & Justice Review, Year: 8, Issue:14, June 2017), 97.

seguridad a las partes sobre cómo se resolverá y para garantizar la ejecución del laudo arbitral.

Estipulaciones contractuales:

Sobre el contrato como un límite al poder arbitral deben entenderse dos aspectos distintos: en primer lugar, por la voluntad expresa de las partes que la diferencia entre estas sea resuelta por medio de la amigable composición; y el segundo escenario, es entender el contrato como norma entre las partes y que por ende, el Amigable Compondor debe sujetarse a este.

En primer lugar, tal como lo indica el artículo 28, inciso tercero de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, los árbitros únicamente podrán actuar como Amigable Compondor si las partes expresamente lo estipulan así en el contrato, o bien, en el acuerdo arbitral que suscriben las partes a fin de someter sus diferencias ante un tribunal arbitral.

Por otra parte, se estima que el Árbitro debe basar sus decisiones conforme con el sistema legal que las partes han determinado y las provisiones contractuales entre ellas. Deja ver el profesor Kalyon⁹⁴ que es aceptado que un Árbitro constituido como amigable compondor no tiene autoridad para reescribir las provisiones de un contrato o ignorarlas, al resolver en equidad; a menos que las partes también concedan en el contrato ese poder al Árbitro; hace el señor Kalyon referencia a la decisión de la Cámara de Comercio Internacional caso 3267, en el cual el Tribunal concluye que si bien, algunos juristas estiman que los amigables compondores

⁹⁴ Kalyon, Arzu. *Arbitrators acting as an amiable Compositeur under international commercial law*. (Law & Justice Review, Year:8, Issue:14, June 2017),101-102.

pueden ignorar las estipulaciones contractuales, dicho Tribunal estima que esa perspectiva no es recibo para el Arbitraje Internacional; estima el Tribunal que un principio generalmente aceptado en el Arbitraje Internacional Comercial es que es deber superior, o primordial, del árbitro, incluso del Amigable Componedor, de aplicar el contrato suscrito entre las partes⁹⁵.

La cuestión sobre la facultad del Amiable Compositeur de alterar los términos del contrato firmado entre las partes ha sido planteada por la literatura judicial, no obstante, parece que existe claro consenso en que, sin violar el mandato, el Tribunal Arbitral podrá atenuar el efecto negativo de una cláusula suscrita entre las partes si la misma es injusta, e incluso podrá ignorarla cuando la misma conduzca a una manifiesta inequidad entre las partes⁹⁶. Dice Ioannidou que el Amigable Componedor está en el derecho de corregir aquellas distorsiones que puedan surgir de la aplicación estricta de la ley y el contrato; y esta potestad le confiera autoridad para lograr dar una respuesta equitativa y justa bajo los lineamientos del contrato.⁹⁷

Continuando con Kalyon, en la aplicación al principio de aplicación del contrato, existe una excepción la cual se presenta cuando se tiene por demostrado que las estipulaciones están en contra de la verdadera intención de las partes o bien, la

⁹⁵ Kalyon, Arzu. *Arbitrators acting as an amiable Compositeur under international commercial law*. (Law & Justice Review, Year:8, Issue:14, June 2017), 101-102.

⁹⁶ Ioannidou, Theodora-María. « Arbitrators ex aequo et bono (amiable compositeur) under international commercial arbitration schemes. » *International Hellenic University School of Economics and Business Administration*. (2013)
https://repository.ihu.edu.gr/xmlui/bitstream/handle/11544/273/Theodora%20Maria%20Ioannidou_3799_assignsubmission_file_Dissertation%20Ioannidou%20Theodora%20maria%20.pdf?sequence=1 (ultimo acceso 2 de marzo de 2019)

⁹⁷ *Ibíd.*

estipulación es contraria a un principio comúnmente aceptado de orden público⁹⁸; entendido así, este principio lo que busca es la seguridad de comercio internacional, y hace referencia al artículo 21 de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, en el que se establece que el árbitro debe de tomar en consideración lo pactado entre las partes. Dice así el tribunal, cita Kaylon⁹⁹: *“It is generally accepted principle of international arbitration that the first duty of arbitrator, even if he is amiable compositeur, is to apply the contract entered into between the parties, unless it is established that clauses which are quoted to him are manifestly contrary to the real intention of the parties or that they break a principle of public policy which is generally accepted”*.

Así, entendido y si el Amigable Compondor toma sus decisiones en observancia de principios comúnmente aceptados, el Árbitro encontrara limitaciones a su poder de acuerdo a los principios “Pacta sunt servanda” y el principio de autonomía de las partes.

El Orden Público:

Una de los límites principales de la Amigable Composición corresponde al Orden Público. En los sistemas legales más permisivos, donde se podrá indicar que el Amigable Compositeur tiene menores limites en cuanto el alcance de su autoridad,

⁹⁸ Kalyon, Arzu. *Arbitrators acting as an amiable Compositeur under international commercial law*. (Law & Justice Review, Year: 8, Issue:14, June 2017), 101-102.

⁹⁹ *Ibíd.*

sin embargo, si concuerdan muchos sistemas legales en que la amigable composición se encuentra obligado por las reglas del orden público¹⁰⁰.

Dice Ioannidou que un laudo que se apega a las normas de cumplimiento imperativo de un estado encuentra mayor ejecutabilidad en el laudo y a la vez garantiza mayor confianza en el arbitraje¹⁰¹. A lo que continúa Iannidou:

“Vale la pena indicar que la importancia de las normas de cumplimiento imperativo y el orden público internacional se resalta principalmente en la etapa de ejecución, cuando el impacto de no respetarlas podría conducir la impugnación por invalidez o irregularidad procedimental, bajo los motivos provistos en la Convención de las Naciones Unidas del 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York)”¹⁰².

¹⁰⁰ Kalyon, Arzu. *Arbitrators acting as an amiable Compositeur under international commercial law*. (Law & Justice Review, Year: 8, Issue:14, June 2017), 101.

¹⁰¹ Ioannidou, Theodora-María. « Arbitrators ex aequo et bono (amiable compositeur) under international commercial arbitration schemes. »*International Hellenic University School of Economics and Business Administration*. (2013)
https://repository.ihu.edu.gr/xmlui/bitstream/handle/11544/273/Theodora%20Maria%20Ioannidou_3799_assignsubmission_file_Dissertation%20Ioannidou%20Theodora%20maria%20.pdf?sequence=1 (último acceso 2 de marzo de 2019)

¹⁰² Ioannidou, Theodora-María. « Arbitrators ex aequo et bono (amiable compositeur) under international commercial arbitration schemes. »*International Hellenic University School of Economics and Business Administration*.(2013.)
https://repository.ihu.edu.gr/xmlui/bitstream/handle/11544/273/Theodora%20Maria%20Ioannidou_3799_assignsubmission_file_Dissertation%20Ioannidou%20Theodora%20maria%20.pdf?sequence=1 (último acceso 2 de marzo de 2019)

Sección III: Generalidades del arbitraje y generalidades de la amigable composición.

I. Generalidades del arbitraje

i. Elementos esenciales del arbitraje

Elementos claves del arbitraje internacional comercial

- a. Adjudicación Se habla de adjudicación a la capacidad que tienen las partes de presentar pruebas y argumentos y permitir que una tercera parte imparcial decida sobre el conflicto. Logrando así un acuerdo vinculante para las partes, dejando en evidencia que el acuerdo mismo ha sido tomado con base en criterios de carácter objetivo. Cabe destacar que existen dos tipos de adjudicación: a) el litigio, el cual posee una adjudicación pública y b) el arbitraje, el cual tiene un carácter de adjudicación privado¹⁰³.

- b. Privatización En cuanto a la privatización, se dice que el arbitraje posee un inminente carácter privado por diversas razones: primeramente se habla de un formato privado ya que es un acuerdo privado; segundo, la decisión es emitida por un ente privado e individual; y tercero, las entidades involucradas pueden ser públicas pero que para el caso del arbitraje, actúan en su carácter privado. Se dice también que, a *strictu sensu*, aun y cuando se hable de la privatización del arbitraje, este posee un carácter híbrido, ya que necesita del aparato estatal

¹⁰³ Buhring-Uhle, Christian. *Arbitration and Mediation in International* (Business.Kluwer Law International. 2006) p. 33.

o público para lograr su efectividad y además se basa en un sistema legal que es un conglomerado de leyes de carácter público¹⁰⁴.

- c. Comercialización En lo que se refiere de comercialización, se habla de la importancia del término “comercial” en lo referente al arbitraje ya que existen lugares en los cuales solo los arbitrajes de tipo comercial pueden ser disputados¹⁰⁵. Además la idea de un arbitraje comercial empieza a reconocerse en la Convención de Nueva York de 1958
- d. Internacionalización En cuanto a la internacionalización, este rubro depende de “la naturaleza de la disputa” o “la nacionalidad o residencia de las partes”¹⁰⁶. Es decir, que el carácter internacional de una disputa se define por su naturaleza o por la nacionalidad o residencia de las partes, tal y como lo explica el artículo primero de la Convención Europea de 1961

ii. Estudio de la cláusula arbitral

El arbitraje fundamenta su importancia en la cláusula arbitral, ya que es esta en la cual se plasma el consentimiento de ambas partes a someterse a un proceso de resolución alternativa de conflictos. Su importancia radica en *l'autonomie de la volonté*, entendida como la expresa voluntad de la partes para consentir a un proceso que posee un grupo

¹⁰⁴ Buhning-Uhle, Christian. *Arbitration and Mediation in International* (Business. Kluwer Law International. 2006.) p. 33.

¹⁰⁵ Buring-Ulhe, pp. 33-34

¹⁰⁶ Buring-Ulhe, p. 34

específico de normas (bien de carácter internacional) y el cual es autónomo, ya que es de carácter internacional. ¹⁰⁷Dicha voluntad de las partes se puede expresar de dos formas: por medio de la cláusula arbitral o bien un acuerdo arbitral.

Se entiende la cláusula arbitral como: *“El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”*¹⁰⁸.

a. Categorías de la cláusula arbitral

La ley Modelo, en su capítulo segundo relativo al Acuerdo de Arbitraje, Opción I, artículo 7, hace ver que el acuerdo arbitral podrá ser adoptado por las partes sea por medio de una cláusula compromisoria la cual es parte de un contrato, o bien, a través de la firma de un acuerdo arbitral independiente.

Artículo II 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un

¹⁰⁷Buhring-Uhle, Christian. *Arbitration and Mediation in International* (Business.Kluwer Law International. 2006) p. 85

¹⁰⁸ Ley Modelo de la CNUDMI Comercial Internacional. Artículo 7. Opción 1, inciso 1.

contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

b. Validez de la cláusula arbitral

En cuanto a la validez de la cláusula arbitral, debe partirse de su requerimiento más básico, es decir que la cláusula esté por escrito, tal y como lo estipula la Ley Modelo en su artículo 7, inciso 2 que dice que *“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito”*.

Sin embargo esta convención define la forma escrita en tres maneras. La primera, es descrita como la constancia escrita de un acuerdo verbal, tal y como lo describe el inciso 3 del citado artículo 7, opción 1:

“Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente”.

La segunda, habla del requisito de que exista el acuerdo de arbitraje por escrito, y de ahí continua a describir la comunicación electrónica como: *“(…) toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”*¹⁰⁹.

La tercera, define un acuerdo escrito de arbitraje como un intercambio de documentación entre las partes y explica que: *“que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando*

¹⁰⁹ Ley Modelo de la CNUDMI Comercial Internacional. Artículo 7. Opción 1, inciso 4.

*esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra*¹¹⁰.

Y por último, contempla: *“la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”*¹¹¹.

Con lo cual queda al descubierto que la Ley Modelo, solamente se refiere a la escritura como único elemento de validez de la cláusula arbitral. Sin embargo, la Convención de Nueva York extiende su definición y decide que para que el acuerdo arbitral tenga validez, debe tener cuatro presupuestos: que el acuerdo se dé por escrito; que tenga por objeto disputas presentes o futuras; que dichas disputas hayan surgido de una relación legalmente definida, independientemente de que sea contractual o no, y de que la resolución del conflicto se puede hacer por vía del arbitraje¹¹².

En el artículo 2, inciso 2 de la Convención de Nueva York se describe el acuerdo por escrito, como *una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*

¹¹⁰ Ley Modelo de la CNUDMI Comercial Internacional. Artículo 7. Opción 1, inciso 5.

¹¹¹ Ley Modelo de la CNUDMI Comercial Internacional. Artículo 7, Opción 1 inciso 6.

¹¹²Buhring-Uhle, Christian. *Arbitration and Mediation in International* (Business.Kluwer Law International. 2006) pp. 88-89.

c. Capacidad de las partes en la cláusula arbitral

Al igual que en un contrato, las partes deben tener capacidad legal para poder ser sujetas al acuerdo de arbitraje. Es por esto que en tesis de principio, una persona física o jurídica debe poseer capacidad para ser parte del acuerdo de arbitraje; en caso de no darse este supuesto, se habla de la ineficiencia o nulidad del acuerdo. Tal y como lo dice el artículo 2, inciso 3 de la Convención de Nueva York:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

Por lo tanto, si las partes entran al acuerdo de arbitraje sin poseer la capacidad para hacerlo, se habla de incapacidad. Al existir dicha incapacidad “se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) *Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II (de la Convención de Nueva York) estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”¹¹³.*

¹¹³ Convención de Nueva York. Artículo 5. Inciso 1

Sin embargo, la Ley Modelo se refiere a la incapacidad en su artículo 36 inciso 1 que dice:

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

Por lo cual, la capacidad de las partes, es fundamental para el reconocimiento de un laudo arbitral. Sin embargo, no se debe olvidar que en el arbitraje en general, las empresas y los Estados también son sujetos de capacidad para poder ser parte de un arbitraje, principalmente cuando se habla de arbitrajes comerciales o de inversión.

d. Establecimiento de un tribunal arbitral

El establecimiento del tribunal arbitral puede darse de alguna de las maneras que ahora se describen:

d.1 Arbitraje Ad Hoc bajo la ley aplicable

La ley Modelo en su artículo décimo dispone que la composición del Tribunal puede darse a conveniencia de las partes, según lo hayan definido, no obstante, en el

caso que no se haya acordado sobre este respecto, el mismo será compuesto por tres árbitros.

d.2 Arbitraje bajo reglas institucionales

En este caso, el centro de Arbitraje que las partes escogen para que se resuelva la disputa dispone de unas reglas específicas de aspectos procesales para el trámite de arbitrajes en su sede, reglas que las partes deberán acoger, y por ende, establecidas por cada centro de arbitraje.

Un ejemplo de ello, es el Centro de Arbitraje y mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en la guía de Arbitraje¹¹⁴, se informa que la composición y establecimiento del tribunal es decidido por las partes en cuando al número de árbitros que lo conformará, y que en caso de que no se decida sobre el mismo, entonces el Centro designará un árbitro único, o un grupo de tres. Siendo que las reglas relativas a la selección y nombramiento de los árbitros se estatuyen en el reglamento de la OMPI en los artículos del 14 al 36¹¹⁵.

¹¹⁴ “Guía de Arbitraje de la OMPI” Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/arbitration/919/wipo_pub_919.pdf (último acceso: 20 de mayo de 2018).

¹¹⁵ “Guía de Arbitraje de la OMPI” Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/arbitration/919/wipo_pub_919.pdf (último acceso: 20 de mayo de 2018).

d.3. Selección del tribunal arbitral

La selección del tribunal arbitral es de gran importancia en el tanto que cada parte está en la posibilidad de seleccionar cada árbitro, según González de Cossio, la cual se da según diversos criterios o condiciones, uno de ellos se basa en *las cualidades morales e intelectuales* del árbitro, así, continuando con González, existen dos criterios para constituir y seleccionar un tribunal a saber, uno, la identidad del árbitro. Esto se refiere la posibilidad de las partes de elegir un árbitro, pues las partes depositan en estos la confianza para resolver la disputa. El segundo criterio corresponde al número de árbitros, según las disposiciones de las partes¹¹⁶.

e. Poderes y deberes y jurisdicción del tribunal arbitral

Entre los deberes del árbitro se encuentra su deber de independencia y parcialidad, que según la doctrina corresponde a la no existencia de vínculos entre el decisor y las partes¹¹⁷.

De igual manera, el árbitro debe ser imparcial. Que de igual manera, la doctrina hace referencia a la imparcialidad como requisito para componer un tribunal arbitral., que corresponde a un estado mental, y es relativo la imposibilidad del árbitro de inclinarse hacia alguna de las partes, o bien, una apariencia de imparcialidad.

¹¹⁶ González de Cossio, Francisco. “El Árbitro.” (Editorial Porrúa) S.A.<http://208.56.169.136/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>

¹¹⁷ González de Cossio, Francisco. “El Árbitro.” (Editorial Porrúa) S.A.<http://208.56.169.136/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf>

Asimismo, otro de los deberes del árbitro es la neutralidad, en los casos donde existe la internacionalidad de las partes, pues supone un distanciamiento cultural entre el árbitro y las partes.

II. Generalidades de la amigable composición.

Para la siguiente sección, se estudiarán las generalidades del contrato de amigable composición, especialmente comparándolo con la cláusula arbitral, ya que ambos son los requisitos previos para el inicio del proceso. Por otra parte, también es fundamental estudiar los requisitos y responsabilidades de los amigables componedores en comparación con los requisitos y responsabilidades de la figura del árbitro. Este estudio se hace bajo el entendido de que aun y cuando ambas figuras son distintas, a nivel procesal y de requisitos, ambas figuras poseen similitudes dignas de ser parte de este trabajo investigativo.

i. Requisitos esenciales de la amigable composición (preexistencia de una relación jurídica, existencia de un conflicto).

En cuanto a las características básicas de la amigable composición, se encuentra “i) la delegación que hacen uno o más particulares, ii) en un tercero denominado amigable componedor, iii) de la facultad de precisar con fuerza vinculante para ellas y con los efectos legales de la transacción, iv) el estado, las partes, y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular. Las partes v)

pueden hacer la designación del amigable componedor directamente o delegarla en un tercero, que puede ser persona natural o jurídica”¹¹⁸.

Sin embargo, en cuanto a los elementos esenciales de la amigable composición, se encuentran requisitos importantes: la preexistencia de una relación jurídica, un conflicto, la figura del amigable componedor y la solución al conflicto.

En lo referente a la preexistencia de una relación jurídica, esta encuentra su importancia en que ambas partes deben constituir un negocio jurídico de una relación jurídica, con lo cual, al vincular a las partes, se abre paso a la existencia del contrato de amigable composición.

Ahora bien, al hablar del conflicto, debe hablarse a su vez del amigable componedor, ya que la existencia de ambas figuras es intrínseca. El conflicto debe ser resuelto por el amigable componedor, con las potestades otorgadas por las partes para hacerlo, por lo cual, sin conflicto, el componedor no tendría nada por resolver. Es importante recalcar que el conflicto no necesariamente debe existir una vez que las partes pactan el contrato de amigable composición, pero si presupone un requisito indispensable para que componedor pueda cumplir con su labor asignada.

Lo cual nos lleva al último elemento, el cual es la solución del conflicto, la composición. Lo cual presupone el fin del conflicto y el fin del rol del amigable componedor una vez que entrega el encargo para el que fue nombrado. Por lo cual el acuerdo de composición supone el último elemento de este proceso. *“En todo caso para que pueda hablarse de amigable composición, es necesario que se hayan agotado todas las etapas legales, a saber: acuerdo inicial o contrato de amigable composición, ejecución del encargo, procediendo*

¹¹⁸ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Segunda Edición. TEMIS, 2011) p. 379

al recaudo de las pruebas o documentos pertinentes; y finalmente, la elaboración del acuerdo final o acuerdo de composición. Solamente agotadas las instancias anteriores, se formaliza la amigable composición como un método alternativo de solución de conflictos según su definición legal”¹¹⁹.

ii. Sobre el contrato de amigable composición (clasificación, efectos, formalidades, cláusulas).

En cuanto a la noción del contrato de amigable composición, se dice que: *“el contrato de amigable composición es aquel convenio bilateral o plurilateral, mediante el cual las partes participantes en una misma relación jurídica sustantiva delegan la solución de sus diferencias en uno o más terceros, llamados amigables componedores.*

Este contrato de amigable composición puede incorporarse en otro contrato principal al cual accede, con el fin de solucionar amigablemente las controversias futuras que puedan surgir entre los contratantes”. Esto es sumamente importante, en cuanto a la diferenciación entre el contrato de amigable composición y el compromiso o cláusula arbitral, ya que el primero puede ser un contrato en sí mismo, el cual puede ser accesorio a un contrato principal o bien, un contrato principal; mientras que el segundo es una cláusula que se encuentra dentro de un contrato. Por lo cual, aunque ambas pueden contener información similar sobre cómo llevar a cabo el proceso, sobre nombramientos y especificaciones del proceso; pueden poseer características jurídicas distintas.

Ahora con esta definición, podemos hacer dos distinciones de la figura de la amigable composición. Si es por la anatomía, podemos dividirla entre contrato principal o

¹¹⁹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Segunda Edición. TEMIS, 2011) p. 381

contrato accesorio; y si hacemos la división por las facultades del componedor, lo podemos dividir en: composición en derecho y composición en conciencia.

Primeramente, se debe estudiar la amigable composición como un contrato principal, el cual *“es aquel contrato de amigable composición que se celebra de manera independiente y autónoma, a fin de resolver disputas o desacuerdos presentes y determinados referentes a un negocio jurídico en particular”*¹²⁰.

Mientras que el contrato de amigable composición accesorio *“es aquel que forma parte de otro contrato (a título de cláusula generalmente) mediante el cual se acuerda que las diferencias futuras surgidas entre los contratantes que se relacionen con el contrato referido, serán resueltas por uno o más amigables componedores en la forma señalada”*¹²¹.

Por lo tanto, al estudiar estas diferencias, es evidente que la amigable composición puede ser tanto de naturaleza contractual como de naturaleza convencional.

Por otra parte, en cuanto a las facultades del amigable componedor, este puede componer en derecho o en equidad. Cuando se habla de composición en derecho, quiere decir que en el acuerdo de amigable composición se estipula que la disputa se debe componer de acuerdo con el derecho sustantivo, o bien en los principios, costumbres, normas, y leyes.

Mientras que la composición en equidad presupone que el amigable componedor, compondrá el desacuerdo de acuerdo con su saber y entender, así como de acuerdo con sus propios principios y convicciones.

¹²⁰ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Segunda Edición. TEMIS, 2011) p. 391

¹²¹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Segunda Edición. TEMIS, 2011) p. 391

Entonces, se denota todavía más la flexibilidad de la composición en su forma y hasta en las obligaciones de fondo que le impone al amigable componedor, ya que el contrato o cláusula de amigable composición, puede ser tan amplio como las partes deseen o tan específico, como las partes lo requieran. Eso sí, *“si en el contrato de amigable composición se guarda silencio, no puede presumirse que las partes quisieron una amigable composición en derecho, siendo totalmente libres los componedores para basarse en derecho, la técnica o su propia conciencia”*¹²².

Sección IV: Conclusión del Capítulo

A través de la historia, debido a la necesidad de la sobrevivencia de las culturas y con objeto de mantener el orden social imperante, ocurrieron entre las personas mecanismos de solución de conflictos caracterizados por la intervención de tercero, por lo que la justicia sale del ámbito privado, pero de igual manera, la decisión a la que se arribaba era de cumplimiento obligatorio pues las partes habían previamente aceptado someter su conflicto ante este tercero.

Dichos métodos de resolución alterna de conflictos, producen soluciones más expeditas, razón por la cual cobran muchísima importancia y por lo tanto, continúan en constante evolución.

¹²² Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Segunda Edición). TEMIS, 2011) 395

Importan en esta materia, los diversos tratados que a lo largo de la historia se han suscrito entre los estados. Garantizan estos tratados que el arbitraje, la mediación y la conciliación, así como todos los otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos, puedan ocurrir entre personas, o entre estados; además de los propósitos que tuviesen en su momento, uno de las características que más relevancia tiene en nuestros días es que los tratados como tal, vienen a unificar las normas relativas al arbitraje, lo que facilita que el instrumento pueda ser utilizado en cualquier localidad, con la garantía que su procedimiento sea el mismo.

En apego a lo anterior, la misma Organización de las Naciones Unidas, de la mano de uno de sus organismos, preparó una ley modelo de arbitraje la cual tuvo gran valor en América Latina, toda vez que las normas aprobadas por los estados americanos relativas a arbitraje están si bien inspiradas en la ley modelo o son reproducidas íntegramente. De igual manera, la misma Comisión de Organización de Naciones Unidas confeccionó una ley modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, sin embargo, la misma ha tenido menos resonancia en las Américas.

En adición, se reconoce la importancia de la Corte Permanente de Arbitraje y la Corte Internacional de Justicia, ambas dirigidas a componer las diferencias entre estados, previo consentimiento de estos. No obstante, el laudo que surge de esta sumisión es de carácter obligatorio. Continuando con esta idea, existen entidades a nivel global que, si bien no son de Derecho Público, si tienen vocación para resolver disputas comerciales entre sujetos internacionales privados, tal como lo hace la Cámara de Comercio Internacional.

El arbitraje en nuestros días es de gran interés para la comunidad internacional, interés que se ve traducido en la suscripción de gran variedad de convenciones. Uno de los nichos más importantes del arbitraje corresponde al comercio internacional. Las convenciones más destacadas son: el Protocolo de Ginebra de 1923, la Convención de Ginebra de 1927, la Convención de Nueva York, las Reglas UNCITRAL, la Convención de Washington de 1965, la Ley Modelo UNCITRAL y las revisiones a la Ley Modelo del 2006.

El arbitraje hoy día cuenta con gran desarrollo, distinguiéndose diversos tipos de arbitraje, no obstante, es patente que el mismo tiene como punto de partida la voluntad de las partes, la cual es expresa y escrita, de someter sus diferencias a un tribunal arbitral. Es decir, la razón de ser del arbitraje no es más que un ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Sobre el Amigable Composedor, si bien, en muchas legislaciones existe, se le confiere diversos significados. Muchas de esas definiciones aún adscritas a la figura del arbitraje. Queda claro sí, que existe una diferencia importante entre la Amigable Composición y el arbitraje de equidad. Se entiende que en el arbitraje comercial, sea nacional o internacional, las decisiones pueden ser tomadas de conformidad con un conjunto de normas jurídicas, o bien, la decisión puede ser tomada de acuerdo a criterios morales, sociales y políticos, y este último escenario es el arbitraje en equidad.

Se entiende que la Amigable Composición ha evolucionado en el tiempo, y como se indicó, en la literatura algunos la catalogan como un tipo de arbitraje, para otros, la figura ha evolucionado como un mecanismo autónomo para la resolución de desavenencias.

Como mecanismo de resolución de controversias, la figura de la Amigable Composición requiere de requisitos específicos, con particularidades muy específicas que la distinguen no solo de la conciliación, o el arbitraje, sino también de la transacción. Donde un tercero, un Amigable Componedor, cumple con funciones muy singulares no presentes ninguna otra figura.

CAPÍTULO II: EL *AMIABLE COMPOSITEUR*: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Sección I: La figura del *amiable compositeur* en la doctrina internacional

i. La figura del Amiable Compositeur en Canadá¹²³

Canadá presenta una particularidad en cuanto a su sistema legal, ya que posee dos, tanto el Common Law como el Derecho Civil. Es en las provincias de British Columbia, Alberta, Ontario que se aplica el denominado Common Law y es el Quebec, por su amplia influencia francesa, que se aplica el Derecho Civil. Esta particularidad ha creado un caldo de cultivo interesante para lograr una visión dual en cuanto al arbitraje en este país, especialmente al haberse incorporado la Ley Modelo a su cuerpo normativo.

Es por esto que esta visión dual se puede dividir en dos regímenes, uno que utiliza nociones básicas del arbitraje, tal y como lo hace el arbitraje inglés. Este tipo de régimen, se utiliza especialmente en el arbitraje nacional o regional. Por otra parte, está el régimen que incorpora a la Ley Modelo, la cual engloba conceptos más internacionales y globales del arbitraje.

En cuanto a la cláusula de equidad, esta también puede ser comparada en dos vertientes; ya que en la aplicación del Common Law Canadiense, a esta cláusula de equidad se le llama *ex aquo et bono*, tal y como lo permite el artículo 28 (3) de la Ley Modelo.

¹²³ Brierley, John E. C. *Equity and Good Conscience and Amiable Composition in Canadian* (Arbitration Law, Can. Bus. L.J. 1991), 461

Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

Cuando se habla del aquo et bono, se habla sobre un arbitraje que versará sobre “la equidad y la buena consciencia”, apartándose así de la ley sustantiva, y dejando un portillo abierto a los árbitros. Tan es así, que las partes le pueden otorgar la potestad a los árbitros de decidir basándose en la equidad, según el Common Law Canadiense, alejándose así el arbitraje tradicional en el que las partes utilizan la ley sustantiva en para solventar sus conflictos.

Por ejemplo en la nueva Acta de Arbitraje Comercial Internacional de British Columbia, se habla de la equidad de la siguiente manera:

“Un árbitro deberá adjudicar el asunto en su competencia, refiriéndose a la ley, a menos que las partes, según el acuerdo de la sección 34, hayan acordado que el objeto de la disputa sea decidido en términos de equidad, en términos de consciencia, o alguna otra base”¹²⁴.

Mientras que la visión civilista basada en la doctrina francesa, no se refiere tanto al ex aquo et bono, como si lo hace con la figura del amiable compositeur como tal; brindándole a las partes más posibilidad de nombrar a un amigable componedor y no verse necesariamente obligados a aplicar la ley positiva.

¹²⁴ “An arbitrator shall adjudicate the matter before him by reference to law unless the parties, as a term of an agreement referred to in section 34, agree that the matter in dispute may be decided on equitable grounds, grounds of conscience or on some other basis”

Por ejemplo en el Nouveau Code de Procidence Civile francés, en su artículo 1474¹²⁵,

“Los árbitros deciden la disputa de acuerdo con el rule of law a menos que, en el acuerdo arbitral, las partes les hayan encomendado decidir como amiables compositeurs”.

Queda plasmada la figura del amigable componedor, y es por esto que Quebec, con su amplia influencia francesa, logra basar su legislación en las tendencias europeas del arbitraje y se separa del Common Law anglosajón.

Por otra parte, cabe destacar que este ambos términos de equidad, ex aquo et bono y amiable compositeur, se utilizan indistintamente en la legislación canadiense, ya que si bien es cierto que existe una discusión doctrinaria en cuando a su diferenciación; se ha llegado a creer que uno pertenece a la legislación del Common Law (ex aquo et bono) mientras que el otro pertenece a la legislación civilista con influencia francesa (amiable composietur).

Lo importante aquí radica que más allá del término de equidad que decida utilizarse, ya que la legislación civilista canadiense le permite a las partes otorgar la posibilidad a los árbitros de apartarse de la ley aplicable y utilizar como crean necesario, la equidad y buena consciencia.

¹²⁵ "The arbitrators decide the dispute according to the rules of law unless, in the arbitration agreement, the parties have given them the mission to decide as amiables compositeurs".

ii. La figura del Amiable Compositeur en Colombia

De acuerdo con la Constitución Política de Colombia, en su artículo 116, existen diversos métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales solo la conciliación y el arbitraje tienen reconocimiento constitucional explícito:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar. El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos. 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 los términos que determine la ley”¹²⁶.

Inclusive, en la sentencia C-222/13 de la Corte Constitucional de Colombia, se habla de la importancia de los mecanismos de resolución de conflictos “*puede resumirse así: (i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus*

¹²⁶ “Constitución Política de Colombia” <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-5/capitulo-1/articulo-116> (último acceso 10 de febrero de 2019).

*conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial*¹²⁷.

Sin embargo, existen métodos de resolución alterna de conflictos como la transacción, la amigable composición y la mediación que también existen en lo que se le llama “categoría de justicia informal” la cual no busca eliminar la aplicación de la justicia por medio de los entes gubernamentales, sino más bien busca complementarlos.

En el caso de la amigable composición, se habla de ella a manera de “*ser un contrato complejo que involucra el contrato de mandato entre los suscriptores y el amigable componedor, su finalidad adjudicativa de derechos y obligaciones, y la posibilidad de que se traten aspectos de responsabilidad*”¹²⁸. Al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, el derecho civil colombiano encuentra sus raíces en el derecho romano, en donde existía la figura del árbitro (arbiter), la cual era diferente a la figura del juez (iudex). Por ejemplo, la figura del árbitro se remonta al siglo V antes de Cristo, y luego se extiende a los siglos III-II antes de Cristo, al iniciarse con los arbitrajes de buena fe, conocido como arbitria bonæ fidei. Es importante destacar que estos arbitrajes poseían una mayor discrecionalidad, comparado con las potestades que para ese momento poseía el juez. Se dice que inclusive, los procedimientos más antiguos en materia civil fueron los de fiducia “(actio fiducia), dote (actio rei uxoriæ) y sociedad (actio pro socio)”¹²⁹.

¹²⁷ “Sentencia C-222-13,” Corte Constitucional, 17 de abril de 2013, tomado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-222-13.htm> (último acceso 10 de febrero de 2019).

¹²⁸ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Universitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

¹²⁹ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Universitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

Ahora bien, en cuanto a la evolución del derecho civil, hay una tercera modalidad que fue la del arbitraje compromisario, entendiéndose este como una parte *del ius honorarium*, es decir, que en este tipo de arbitrajes no se aplicaban las normas que usualmente eran necesarias durante los juicios ordinarios, por lo cual se les despojaba de su carácter público¹³⁰.

Es por esto, que con el pasar de los años se logra el fortalecimiento de métodos extraprocesales de resolución alterna de conflictos, logrando a su vez, un auge del *ius gentium* en cuanto a las controversias de extranjeros y también la creación de diversos métodos cuyo norte era la equidad y la razón, sin dejar de lado la justicia.

Más adelante, en la historia, en las Siete Partidas, también se habla de un arbitrador o amigable componedor, entendiéndose este como un árbitro en consciencia o equidad; quedando así la figura como una categoría específica de árbitro¹³¹.

Ahora bien, en el caso colombiano, y al igual que en muchas legislaciones, la figura de la amigable composición, no se encontraba taxativamente regulada como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Es hasta el Código Judicial, aprobado en la Ley 105 de 1931, y la Ley 2 de 1938, que se refiriere a los árbitros y sus funciones, de la siguiente manera:

“Artículo 1167. Son atribuciones de los árbitros: (...) 3. Conciliar, y si esto no fuere posible, decidir las opuestas pretensiones de los comuneros, y emplear los medios

¹³⁰ Paricio, Javier. *Los arbitrajes privados en la Roma Clásica*. (Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2014) p. 42

¹³¹ Gil Chaverri, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición*. (Editorial Temis. 2011) p. 370

que, a su juicio, puedan dar por resultado una transacción o composición amigable, caso de que entre estos y los colindantes se susciten cuestiones sobre límites”¹³².

Este artículo expresa la posibilidad de conciliar o bien, de que los árbitros puedan acudir a la composición amigable como opción para solucionar sus diferencias. Sin embargo, es en el Código de Comercio colombiano y en el Código de Procedimiento Civil colombiano, que se logra hacer una diferenciación entre el arbitraje y la amigable composición como dos métodos de resolución alterna de conflictos distintos. Por ejemplo, en el Código de Comercio de Colombia, en su artículo 2025, se habla de los amigables componedores de la siguiente manera:

“Artículo 2025. Sometimiento de diferencias a amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo (2011 / 663), podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de estos tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos del laudo arbitral”¹³³.

Mientras que en el Código de Procedimientos Civiles de Colombia, se definen los amigables componedores como:

“Artículo 677. Amigables componedores. En los casos previstos en el inciso primero del artículo 663¹³⁴, podrán los interesados someter sus diferencias a amigables componedores; la declaración de estos tiene valor contractual entre aquellos, pero no producirá efectos del laudo arbitral”¹³⁵.

¹³² “Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil,” 21.823 Diario Oficial, 24 de octubre de 1931. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0105_1931.htm.

¹³³ “Código de Comercio, Colombia, Decreto 410 del 16 de junio de 1971, artículo 2025.” <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>.

¹³⁴ Dicho artículo se encuentra derogado. D. 2279/89.

¹³⁵ Código de Procedimiento Civil de Colombia, Decreto 1400 del 21 de septiembre de 1970. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6923>

Ahora bien, estos artículos no logran definir taxativamente la figura del amigable componedor o la amigable composición, en su defecto; al contrario, la definen en negativo, en tanto los acuerdos “no producen efectos de laudo arbitral”. En cambio, el decreto 2279 de 1989 en su capítulo II, sección I, estipula que “*las controversias susceptibles de transacción, que surjan entre personas capaces de transigir, podrán ser sometidas a conciliación o amigable composición*”¹³⁶, haciendo así, una sucinta diferenciación entre conciliación y amigable composición. Sin embargo, es en ese mismo decreto que se dice que “*la amigable composición (se) otorga a los componedores la facultad de precisar, con fuerza vinculante para las partes, el estado y la forma de cumplimiento de una relación jurídica sustancial susceptible de transacción*”¹³⁷, quedando así, constancia de la autonomía de la amigable composición como método de resolución alterna de conflictos; sin embargo, se le equipara ciertamente con la conciliación, ya que a nivel de código, ambas figuras se encuentran en el mismo capítulo.

Posteriormente, se implementa la Ley 23 de 1991, la cual elimina los artículos del decreto 2279 de 1989. En esta Ley número 23, se incorporan elementos de la conciliación laboral, de familia, contencioso administrativa, así como de la conciliación en equidad; también se amplía la independencia de la conciliación especialmente en los capítulos III, IV, V, VI y VII pero se mantiene la amigable composición como se explicaba en el Decreto 2279 de 1989.

Ya para el año 1998, entra en vigencia la Ley 446, la cual sustenta la creación de la figura del amigable componedor en Colombia, al otorgarle informalidad y ampliar su ámbito de aplicación a los regímenes contractuales. También le otorga una categoría

¹³⁶ Decreto 2279 de 1989, Colombia del 7 de octubre de 1989. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2279_1989.htm

¹³⁷ Decreto 2279 de 1989, Colombia del 7 de octubre de 1989. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2279_1989.htm

distinta, de contrato complejo¹³⁸ caracterizado por la informalidad; se habla de que es un contrato complejo, al ser un mandato que fortalece la relación contractual, y al mismo tiempo busca delimitar su campo de acción en caso de existir un incumplimiento contractual, se dice que *“en materia procedimental, el legislador entendió que un mecanismo eminentemente contractual, en el que sus operadores —a diferencia de la conciliación y el arbitraje— estaban desprovistos de función jurisdiccional, se constituía en una de sus principales ventajas y fortalezas a la hora de optar por un mecanismo ágil, eficiente y apartado del rigor de las instituciones procesales que se aplican en el ámbito judicial”*¹³⁹. Por otra parte se logra incorporar la figura en regímenes contractuales y en el ámbito empresarial¹⁴⁰.

Ya para el 2012, con la Ley 1563¹⁴¹ se logran agregar cambios propios de la figura, sin necesidad de un cambio por medios legislativos, logrando que Colombia se posicione como un referente en la materia de amigable componedor al tener una larga trayectoria de desarrollo tanto jurisprudencial como legislativo de esta figura. Y queda evidenciado en el artículo 59 de dicha ley que dice:

“«Artículo 59. Definición. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable

¹³⁸ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Vniversitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

¹³⁹ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Vniversitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, 48.489 Diario Oficial, 12 de julio de 2012. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.»

Es por este estudio de la legislación colombiana, nos damos cuenta de que la aplicación del amigable componedor y de la amigable composición permea tanto la resolución de conflictos en lo privado como en lo público; logrando así un amplio uso de la figura. Y logrando también diferenciar de manera tajante y clara, la amigable composición de la figura del arbitraje y de la figura de la conciliación.

iii. La figura del Amiable Compositeur en Alemania

Conocido es que en la Edad Media, los comerciantes recurrieron al Arbitraje para resolver sus conflictos, una de las razones se debe a la falta de gobiernos centralizados, así como las necesidades que de los comerciantes de diversas nacionales. En jurista de inicios del siglo XX quien estudió la historia del arbitraje en Alemania, el Arbitraje siempre ha tenido un lugar importante en la legislación alemana, los tribunales arbitrales en Alemania han sido considerados como una necesidad urgente de los comerciantes¹⁴²; lo anterior no es exclusivo de Alemania, sino que en Europa surgieron diversos estatutos específicos a fin de proteger y regular el arbitraje, normas que confirman el papel del arbitraje en Europa y su importancia para la clase comerciante. Debido esa diversidad normativa, donde se les concedía a los árbitros ciertos grados de libertad en cuanto al procedimiento y la forma de decidir sobre el

¹⁴² Walter Haeger, *Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt*, 2 (1910), citado por Klaus Peter Berger & Catherine Kessedjian, *Forum Internationale, The New German Arbitration Law in International Perspective: The Draft Convention Proposed by The Hague Conference on Private International Law*, 1 (Kluwer International, Dordrecht, 2000).

fondo; se observa en Europa una posterior tendencia a regular más la figura al ser incluía en diversas leyes procedimentales de lo civil.

Es el caso de Alemania, que en su Código de Procedimiento Civil de 1877¹⁴³, en dicho código se introdujeron disposiciones en las que se autorizó a los árbitros a decidir conforme a criterios distintos a la aplicación estricta de normas legales, y concurrentemente, se les liberó de la revisión judicial del fondo de sus laudos.

El jurista Gary B. Born menciona en una de sus obras la explicación de los redactores del código de procedimiento civil alemán, quienes indicaron:

“Las partes al someterse al arbitraje buscan eludir las dificultades y complejidades que surgen con la aplicación de la ley. Ellas –las partes- intentan que la norma entre ellas sea la que los árbitros, según su convicción consiente determine (ex aequo et bono). Por lo tanto, como regla general, las partes considerarán a los árbitros como mediadores amistosos (amigables componedores, como lo dice el borrador belga), y es obvio que Ellas lo harán así toda vez que designen como árbitros personas que no son conocedoras del derecho.

*Por lo tanto, como regla, el objetivo del arbitraje se alcanza únicamente cuando los árbitros no están obligados a seguir las normas de derecho a la hora de dictar sus laudo”*¹⁴⁴.

La definición de esta figura en el derecho alemán proviene del arbitraje francés; en Francia, las decisiones que se toman basadas en correcto y lo bueno se califican como amigable componedor (entendido como sinónimo del ex aequo et bono). El árbitro se convierte en un tercero que cuenta con la confianza de las partes, quienes lo

¹⁴³ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Universitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

¹⁴⁴ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Universitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

invisten de las facultades suficientes para resolver sus diferencias fuera del sistema judicial¹⁴⁵.

iv. La Figura del Amigable Componedor en Hong Kong

En un intento de modernizar su ordenamiento jurídico, Hong Kong aprobó una serie de reformas relativas al arbitraje, entre las cuales se encuentra la adopción de la ley Modelo sobre Arbitraje Internacional Comercial¹⁴⁶; la introducción de esta implicó la adopción de reglas aplicables a la toma de decisiones en la disputa, mismas que se regulan en el artículo 28 de la Ley Modelo, específicamente en la posibilidad que existe que las partes confieran al tribunal la autorización para decidir cómo *ex aquo et bono* o bien como amigable componedor.

Anterior al año 2011 en Hong Kong se encontraba vigente la Ordenanza Arbitral 341, donde se hacía distinción entre el arbitraje doméstico y el internacional, siendo que el último se encontraba regulado por la Ley Modelo de la Uncitral; no obstante, dicha ordenanza fue reemplazada por la Ordenanza de Arbitraje Cap. 609, la cual hace poca distinción entre ambos, se regula conforme a la Ley Modelo, a la cual se le hicieron algunos cambios o bien, se le adicionaron normas¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Gary B. Born. *International Arbitration: Cases and Materials* (Aspen Casebook Series, Wolters Kluwer Law International, New York, 2015), 8.

¹⁴⁶ McInnis, J. Arthur. “Amiable Composition: Whither the Direction of Hong Kong Arbitration Law” *Hong Kong Law Journal* 343 (1991) <https://www.law.hku.hk/hklj/1991-Vol-21.php> (último acceso: 4 de febrero de 2019).

¹⁴⁷ “A Simple Guide to Arbitration in Hong Kong” Deacons. https://www.deacons.com.hk/assets/Images/News%20and%20Insights/Publication/2014/2014_05_GuidetoArbitrationInHK_newVI.pdf (último acceso: 04 de febrero de 2019).

La Ordenanza sobre arbitraje capítulo 609, en su apartado 8¹⁴⁸, integra totalmente el artículo 28 de la ley modelo relativa a las reglas aplicables al fondo de la disputa, en la que se ha hecho ver, es en su inciso tercero en el que, a petición de las partes, el tribunal arbitral puede decidir cómo amigable componedor.

El artículo en cuestión, señalan los juristas asiáticos establece un principio muy importante en el arbitraje que es la autonomía de las partes de escoger las normas con las que se decidirá sobre el fondo de su disputa, principio que no es completamente desconocido para la ley hongkonesa¹⁴⁹; ahora bien, entendiendo que Hong Kong tiene tradición jurídica influenciada por Inglaterra, donde el concepto del amigable componedor es extraño, no es raro entender que en Hong Kong esta figura sea percibida de una manera más restrictiva¹⁵⁰. No obstante, interpretan los juristas de Hong Kong, que si el propósito de la adopción de la ley modelo es hacer del territorio nacional más accesible a la comunidad internacional como sede de arbitraje, entonces, no basta con la adopción de la norma, también debe de adoptarse su espíritu, y por lo tanto, entender la autonomía de las partes en un sentido más amplio, como lo interpreta la comunidad internacional, y desligarse de la tradición inglesa con un punto de vista más limitado.

¹⁴⁸ Artículo 609, Ordenanza de Arbitraje, <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>

¹⁴⁹ McInnis, J. Arthur. “Amiable Composition: Whither the Direction of Hong Kong Arbitration Law” *Hong Kong Law Journal* 343 (1991) <https://www.law.hku.hk/hklj/1991-Vol-21.php> (último acceso: 4 de febrero de 2019).

¹⁵⁰ McInnis, J. Arthur. “Amiable Composition: Whither the Direction of Hong Kong Arbitration Law” *Hong Kong Law Journal* 343 (1991) <https://www.law.hku.hk/hklj/1991-Vol-21.php> (último acceso: 4 de febrero de 2019).

v. La figura del Amiable Compositeur en España

En España existen tres figuras similares a la amigable composición, sin embargo no son figuras tan extensas como la desarrollada anteriormente en la legislación colombiana y sin tampoco incluir plazos taxativos y un procedimiento ordenado como lo hace el Código Civil Boliviano. Sin embargo, en este caso, las tres figuras españolas son: arbitraje informal o impropio, arbitrio de tercero o pericia técnica.

En cuanto al arbitraje informal, en el artículo 3 de la ley de 1953 se habla de la intervención de un tercero y dice *“cuando, en cualquier otra forma, dos o más personas hubieran pactado la intervención dirimente de un tercero y hubieren aceptado expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos generales para la eficacia de un convenio”*; quedando así regulado, de una manera bastante laxa al usar terminología como *“y hubieren aceptado expresa su decisión”* con lo cual no se le da ni el rigor jurídico a la decisión entre las partes, ni tampoco la ejecutabilidad que tiene un laudo, por ejemplo.

Aun así, siendo una figura un tanto informal, se basa en el bien conocido principio de la voluntad de las partes. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de Sala Primera del 31 de marzo de 1989, se utilizó la figura de la siguiente manera:

“Mediante documento privado, de fecha 20 de octubre de 1978, el recurrente Jorge V.G y los recurridos Rosa G.T y don Pedro V.G convinieron encargar al letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, don José María V.V, la tramitación de la declaración de herederos abintestato de los bienes relictos por su padre y esposo respectivo don Miguel V.B; así también encargar al

susodicho letrado, con base en las premisas que constan en dicho documento, la regularidad de todas las cuestiones, adjudicación de bienes y responsabilidades, y cualesquiera otras que, por ser convenientes o imprescindibles, deberán realizarse, llegando a la mayor clarificación posible, facultando al referido letrado, para que, conforme a su leal saber y entender, sin limitación legal alguna sobre cuantas cuestiones se mencionan en el expresado documento, Como si de árbitro o albacea testamentario se tratara, pudiendo incluso determinar el valor de todos y cada uno de los bienes, si lo estimare conveniente o necesario, usando para ello de los medios que desee, y a la adjudicación de los mismos, y haciendo expresa manifestación los indicados firmantes del relacionado documento que, individual y conjuntamente, tienen depositada su confianza en la persona que nombraron, como la tenía el difunto señor V. y, por tanto, sea cualquiera la decisión que adopte el nombrado, se obligan a aceptarla y cumplirla, pudiendo ser publicado por el otro y otros quién así no lo hiciera, como si de un convenio se tratara”.

Posteriormente, en la ley española de 1953 (la cual se encuentra derogada) específicamente en su artículo 2, habla de arbitrio de tercero y dice: “no se considera árbitro la intervención que para resolver conflicto pendiente, sino para completar integrar una relación jurídica no definida totalmente. En este caso, los efectos jurídicos de la intervención del tercero continuarán sometidos al régimen particular que hoy en cada supuesto se establece”.

Es en este capítulo que se evidencia una diferenciación entre arbitraje y arbitrio de tercero; en cuanto “tradicionalmente, la doctrina ha señalado como ejemplo de arbitrio de tercero los casos recogidos en los artículos 1447 y 1690 del código civil. En el primero se contempla la posibilidad de que quede perfeccionada una compraventa gracias a la determinación del precio, que

ha sido encomendada al arbitrio de persona determinada, con la consecuencia de que, si esa persona no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato.

La actuación del tercero viene en este caso a contemplar el contrato, aporta elemento al mismo, sin él, si el precio cierto que ha de señalar el tercero, no hay contrato. Para la actuación de ese tercero no hace falta forma alguna (tampoco, por supuesto, para el contrato de compraventa inicialmente incompleto), ese arbitrio no tiene el valor de una sentencia firme)¹⁵¹.

En cuanto al artículo 1690 del Código Civil se establece “*la posibilidad de encomendar a un tercero cómo se repartirán las ganancias y pérdidas de una sociedad. El efecto de la actuación del tercero es el previsto de la determinación de las ganancias y las pérdidas. El tenor literal del texto legal indica, sin lugar a dudas, que las partes no quedan previamente obligadas a cumplir la voluntad del tercero dirimente del conflicto existente entre ellas, sino que únicamente quedan obligadas cuando acepten su decisión después de que está haya sido emitida*”¹⁵².

Por otra parte, es hasta la nueva ley española de 1988 sobre arbitraje que se habla de la intervención de un tercero, por ejemplo dice: “*1.El arbitraje para hacer válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta ley. 2. Cuando en forma distinta de la prescrita en esta ley, dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes sí en él concurren los requisitos para la validez de un contrato*”.

¹⁵¹ Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. (Bosch. 1956). p. 73

Bercovitz, Rodrigo. *Comentarios a la ley española de arbitraje*. (Editorial Tecnos. 1991), p. 25

¹⁵²Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. (Bosch. 1956). pag. 73

Bercovitz, Rodrigo. *Comentarios a la ley española de arbitraje*. (Editorial Tecnos. 1991), p. 25

Entonces queda evidenciado que en la nueva ley, al igual que en la ley de 1953 que fue derogada, se acepta la intervención de un tercero en un ámbito distinto al arbitral, más bien, tiene un parecido con la figura de la transacción. En el presente caso, se habla de transacción ya que existe una aceptación previa de las partes para someterse a la decisión de un tercero y, además, dicha decisión es vinculante.

Y finalmente, en cuanto a la pericia técnica, también denominada pericia dirimente, esta se asemeja al “sistema de regulación por expertos o peritos” regulada en el Código de Comercio Español, especialmente en el artículo 2026 y siguientes. En cuanto a la doctrina española, esta *“ha distinguido también del árbitro de tercero el dictamen pericial o arbitral. a través de él se pretende la fijación de determinados hechos con carácter vinculante para las partes y en su caso, para los tribunales. Tampoco en este caso se pretende una declaración de derechos, sino una declaración de hechos con la eficacia que se determine en cada caso”*¹⁵³. En cuanto a esta figura, se habla de su aplicación en el artículo 402 del código civil español que los define como “interesados nombrados a voluntad de los partícipes” y logra hacer una distinción entre ellos y los amigables componedores. Dicho artículo dice:

“La división de la cosa común podrá hacerse por los interesados, o por árbitros o amigables componedores, nombrados a voluntad de los partícipes. En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico”.

Ahora bien, el artículo 1598 del Código Civil Español, también introduce la figura de un tercer perito ya que explica el papel de este tercero, como quien decidirá sobre el asunto, al estipular que *“cuando se conviniera que la obra se ha de hacer a satisfacción del*

¹⁵³ Bercovitz, Rodrigo. *Comentarios a la ley española de arbitraje*. (Editorial Tecnos. 1991), p. 26

propietario, se entiende reservada la aprobación, a falta de conformidad, al juicio pericial correspondiente. Si la persona que ha de aprobar la obra es un tercero, se estará a lo que éste decida”.

Es en este código civil donde queda plasmada la intención del legislador de utilizar esta figura de tercero especialmente en asuntos relacionados con derechos reales o asuntos que versan sobre la propiedad como es el caso del artículo 590, especialmente dónde dice: “a falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos”. Adicionalmente, en el artículo 603 del mismo cuerpo normativo se habla de la tasación pericial, “el dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor a los que tengan derecho a la servidumbre. A falta de convenio, se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación pericial”.

Y finalmente en material comercial, se utiliza la figura del perito en el artículo 327¹⁵⁴ del Código de Comercio que le otorga la potestad de decidir sobre la recepción de los géneros aún y cuando el comprador se niegue a recibirlos.

Es por medio de estos artículos, que quedan evidenciadas las potestades otorgadas por la legislación española a terceros que en diversas ocasiones se hacen llamar peritos mientras que en otros supuestos se les ha otorgado potestades para dirimir conflictos, simple y sencillamente como terceros intervinientes.

¹⁵⁴ Artículo 327. Si la venta se hiciere sobre muestras o determinando calidad conocida en el comercio, el comprador no podrá rehusar el recibo de los géneros contratados, si fueren conformes a las muestras o a la calidad prefijada en el contrato. En el caso de que el comprador se negare a recibirlos se nombrarán peritos por ambas partes que decidirán si los géneros son o no de recibo. Si los peritos declarasen ser de recibo se estimará consumada la venta, y en el caso contrario, se rescindirá el contrato, sin perjuicio de la indemnización a que tenga derecho el comprador.

vi. La Figura del Amigable Compositeur en otras jurisdicciones

a. La Figura del Amigable Compositeur en Bolivia

En Bolivia, el Código de Procedimiento Civil vigente regula la figura del amigable componedor. El Capítulo segundo del título quinto sobre Procesos arbitrales, en su artículo 739 estipula la procedencia del juicio de arbitradores o amigables componedores.

“Art. 739. (PROCEDENCIA). I. Podrán someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores las cuestiones que pudieren ser objeto del proceso de árbitros de derecho. II. Si nada se hubiere estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje será de derecho o de amigables componedores, o si se hubiere autorizado a los árbitros a decidir la controversia según la equidad, se entenderá haberse optado por el de amigables componedores”.

De esto, se puede deducir que en Bolivia, el juicio de Amigables Componedores es sinónimo del arbitraje ex aequo et bono. De los artículos 740 en adelante se establece el procedimiento del proceso arbitral bajo la modalidad de Arbitradores: en primer lugar, se establece que este arbitraje se procede sin sujeción a formas legales, y se limita a antecedentes y documentación de las partes; establece el plazo el cual no puede ser mayor de cuarenta días a fin de emitir el laudo; añade que el laudo de los amigables componedores no es recurrible.

“Art. 743.- (PROCEDIMIENTO. CARÁCTER DE LA ACTUACIÓN). 138 Los amigables componedores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentaren, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes y a dictar el laudo según su leal saber y entender. (Art. 725)

Art. 744.- (PLAZO). Si las partes no hubieren fijado plazo, los amigables componedores deberán pronunciar el laudo dentro de cuarenta días a contar de la última aceptación”¹⁵⁵.

b. La Figura del Amigable Compositeur en Argentina

En materia de arbitraje internacional, cabe resaltar que hasta el año 2018 la Argentina cuenta con una ley de Arbitraje Comercial Internacional, que corresponde a una adopción de la ley modelo de la CNUDMI¹⁵⁶. En dicha ley, únicamente en el artículo 81 se menciona la figura de la amigable composición, y la misma, no la define, sino que, tal como ocurre en la ley modelo, únicamente menciona el tribunal arbitral puede constituirse como Amigable Componedor si así las partes lo disponen. No obstante, pese a una tardía adopción de la ley modelo, Argentina es suscritora de varios tratados internacionales relativos al arbitraje, tales como la Convención de Montevideo de 1979, la Convención de Nueva York de 1988, y la ratificación de la Convención de Panamá (Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional).

Ahora bien, previo a la aprobación de la ley Modelo, la figura del amigable componedor se encontraba ya regulada en el Código Procesal Civil y Comercial de la República Argentina. Se denomina juicio de amigables componedores o composición amigable, y aparece a partir del ordinal 766 de dicho cuerpo normativo; estipula que se pueden someter al juicio de amigables componedores aquellas cuestiones que la norma designa pueden ser sometidas al juicio de árbitros.

¹⁵⁵ Código de Procedimiento Civil Boliviano.

¹⁵⁶ “Ley de Arbitraje Comercial Internacional, ley 27499.” Información Legislativa, Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>

“Artículo 766: Objeto. Clase de arbitraje. Podrán someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que puedan ser objeto del juicio de árbitros. Si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables componedores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es de amigables componedores”.

Este cuerpo normativo establece normas procedimentales de este proceso: normas comunes al arbitraje, tales como la capacidad de las partes; sobre el compromiso arbitral: su contenido y forma; la responsabilidad y aceptación del cargo; manera de reemplazar a los amigables componedores; así como la manera de dictar el laudo. Establece las causales de recusación de los componedores; así como el procedimiento, en el cual se sustrae la obligación a sujetarse a las formas legales; el plazo para dictar el laudo arbitral. De igual manera, establece las causales de nulidad del laudo arbitral y estatuye sobre las costas.

“Artículo 769: Procedimiento. Carácter de la actuación. Los amigables componedores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes, y a dictar sentencia según su saber y entender.

Artículo 770: Plazo. Si las partes no hubiesen fijado plazo, los amigables componedores deberán pronunciar el laudo dentro de los tres meses de la última aceptación.

Artículo 771: Nulidad. El laudo de los amigables componedores no será recurrible, pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de cinco días de notificado. Presentada la demanda, el juez dará traslado a la otra

parte por cinco días. Vencido este plazo, contestado o no el traslado, el juez resolverá acerca de la validez o nulidad del laudo, sin recurso alguno.

Artículo 772: Costas. Honorarios. Los árbitros y amigables componedores se pronunciarán acerca de la imposición de las costas, en la forma prescripta en los arts. 68 y siguientes.

La parte que no realizare los actos indispensables para la realización del compromiso, además de la multa prevista en el art. 740, inc. 4, si hubiese sido estipulado, deberá pagar las costas. Los honorarios de los árbitros, secretario del tribunal, abogados, procuradores y demás profesionales, serán regulados por el juez. Los árbitros podrán solicitar al juez que ordene el depósito o embargo de la suma que pudiere corresponderles por honorarios, si los bienes objeto del juicio no constituyesen garantía suficiente”¹⁵⁷.

Cabe señalar, que Argentina corresponde a un estado federado, razón por la cual, los árbitros de Derecho están sujetos a normas procesales específicas de cada jurisdicción argentina, es decir según la provincia, y a la supervisión judicial de esa jurisdicción¹⁵⁸.

Con la adopción de la ley de Arbitraje Comercial Internacional, se crea una entre el arbitraje doméstico y el internacional, y es que antes de esto, no existía dicha diferencia, y para todos existían tres tipos de arbitraje, a saber, el arbitraje experto, de uso limitado a casos específicos determinados por la ley; el amigable componedor, que se limita a la revisión de documentos suministrados por las partes y a la solicitud

¹⁵⁷ Código procesal civil y comercial de la nación ley nacional 17454, Argentina.

¹⁵⁸ Le Pera, Sergio. *International Comercial Arbitration in Argentina, International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 6-9.

de explicaciones sobre los mismos, las decisiones se basan en la buena fe y no requieren razonamiento legal, y por último el arbitraje de ley¹⁵⁹.

c. La figura del Amigable compositeur en Guatemala

El artículo 37 de la Ley de Arbitraje (Decreto 67-95) regula la Amigable Composición en Guatemala, dicha regulación asimila la Amigable Composición con el Arbitraje “Ex Aequo et Bono”, donde establece que las decisiones no requieren basarse en derecho, si no que las mismas puede hacerse “en conciencia” o bien, “según su leal saber y entender”; de igual manera, expresamente hace ver que un tribunal arbitral solo puede comportarse como amigable componedor únicamente cuando las partes así lo han autorizado.

Artículo 37. “Amigable composición (arbitraje "ex aequo et bono"). 1) En el arbitraje de equidad ("ex aequo et bono"), también llamado amigable composición, los árbitros no se encuentran obligados a decidir en base a las normas de derecho, sino que pueden hacerlo "en conciencia" o "según su leal saber y entender". 2) Con excepción de lo dispuesto en el párrafo anterior, el arbitraje "de derecho" y el arbitraje "de equidad" (ex aequo et bono), se encuentran sujetos a la misma regulación contemplada en esta ley. 3) El tribunal arbitral compuesto de amigables componedores o árbitros arbitradores decidirá conforme a la equidad (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente a hacerlo así”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Le Pera, Sergio. *International Comercial Arbitration in Argentina, International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 6-9.

¹⁶⁰ Ley de Arbitraje de la República de Guatemala, artículo 37.

d. La figura del Amigable Compositeur en México

México es una República Federal, se conforma por treinta y un estados y un Distrito Federal (hoy Ciudad de México), lo cual, implica que tenga un sistema de cortes y normas federal y otro estatal; sin embargo, el Congreso Federal es el que tiene jurisdicción exclusiva en la regulación de asuntos comerciales, entre los cuales se encuentra el arbitraje comercial; así, esta tiene aplicación en toda la República, y solamente, y bajo algunas circunstancias, aplicará de manera supletoria la ley local. De igual manera, la Constitución Mexicana prevé que los tratados prevalecen sobre la ley federal, por lo que también se incorporan como instrumentos que regulan el arbitraje¹⁶¹.

Es necesario señalar que en México desde 1993 se adoptó la Ley Modelo de 1985. En la legislación de 1993 se enmienda el Código Federal Comercial en el que se incorporan elementos de la ley modelo para regular el arbitraje. Parece ser que no se hace gran distinción entre el arbitraje doméstico y el internacional comercial, en cuanto a la norma aplicable; en cuanto a la norma sustantiva aplicable, si las partes no se refieren a esta, el árbitro podrá decidir cuál será según las características del caso, y por último, las disposiciones federales hacen ver que, en caso de un acuerdo, la ley opta por un árbitro, a diferencia de la ley modelo, que prevé un panel de tres árbitros¹⁶².

En el sistema normativo mexicano, la figura se regula por el Código de Comercio, y se rige por las normas del arbitraje. El artículo 1445 de dicho Código establece que el tribunal arbitral únicamente puede constituirse en amigable componedor si así las

¹⁶¹ Treviño, Julio. *International Comercial Arbitration in México. International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 54-57.

¹⁶² Treviño, Julio. *International Comercial Arbitration in México. International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 54-57.

partes lo expresan, y en su artículo 1448 que trata sobre el laudo, hace ver de manera estricta que el laudo debe ser motivado, y únicamente se permitirá cuando las partes pacten sobre de manera distinta, esto es cuando exista el juicio de amigables componedores. No obstante, no queda claro con dicha regulación que se entiende por Amigable Composición en México.

“Artículo 1445.- El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”¹⁶³.

En cuanto a las materias que pueden ser sometidas a Arbitraje (donde la ley no hace diferencia sobre el tipo de arbitraje), el título IV del libro V del Código de Comercio no contempla cuales materias se sustraen de arbitraje; de igual manera, la ley de Propiedad Industrial de 1991, permite someter asuntos de licencias a arbitraje internacional.

¹⁶³ Código de Comercio Mexicano, artículo 1445.

Asimismo, las partes podrán a través de una cláusula arbitral o bien, por medio de un acuerdo separado, un acuerdo arbitral, expresar su voluntad para resolver sus desavenencias por medio del arbitraje, y en la misma, deberán hacer referencia al artículo 1445, sobre el tipo de arbitraje por el que optaran.

El artículo 1426 del Código Federal de Comercio prevé que las partes deciden sobre el número de árbitros, pero como se señaló ya, en caso de no encontrarse de acuerdo, la ley fija que se trate de un solo árbitro, e incluso, si no existe acuerdo en su nombramiento, se puede someter ante un juez. La ley tampoco hace mención en cuanto a que personas no mexicanas funjan como árbitros¹⁶⁴.

Finalmente, en cuanto al procedimiento, en ausencia de acuerdo, y en cualquier tipo de arbitraje, o si se opta por normas institucionales, y éstas no contemplan algún aspecto del procedimiento, de manera supletoria aplicarán las disposiciones del título cuarto de la ley dicha. En cuanto al amigable componedor, es necesario señalar que los árbitros pueden decidir como tal, por autorización expresa de las partes, pero en todo caso, deben aplicar los árbitros los usos de comercio aplicables y tienen como límite el orden público, pues no será ejecutable el laudo contrario a este; y es que la norma mexicana, contempla el orden público como una limitación a la autonomía de las partes en aras de proteger el interés público¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Treviño, Julio. *International Comercial Arbitration in México. International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 54-57.

¹⁶⁵ Treviño, Julio. *International Comercial Arbitration in México. International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 54-57.

f. La figura del Amigable Compositeur en Italia

Existe en Italia una figura que subsiste paralela al Arbitraje Tradicional, es equiparable a la Amiable composición y es denominada Arbitraje Irritual¹⁶⁶. Este arbitraje se basa en los usos y prácticas mercantiles; difiere del arbitraje tradicional o ritual, pues el arbitraje irrital donde el Amigable compositor despliega una actividad puramente contractual, quien ostenta una condición de mandatario a quien las partes le ha habilitado para resolver una controversia¹⁶⁷.

De lo descrito, este Amigable componedor es considerado una forma primitiva de arbitraje pues se aleja de las formalidades del arbitraje moderno; constituye una forma de transacción, con límites tales como el principio de defensa y el principio de contradicción entre las partes. Esta particularidad, donde se exime al árbitro de la estricta aplicación de la norma y formalidades, le mantiene vigente como figura para resolver conflictos del carácter mercantil.

Los laudos que se toman por estos árbitros gozan de carácter vinculante, conformidad con numeral 1372 del Código Civil italiano¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Universitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

¹⁶⁷ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Universitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

¹⁶⁸ Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *133 Universitas*, (2016), 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

g. La figura del Amigable Compositeur en el Perú

La ley 26572996, que es Ley General de Arbitraje, del 3 de enero de 1996 regula en aquel país el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional; gran parte de esta norma adopta las disposiciones de la ley modelo. De igual manera, la Constitución Política de 1993 reconoce el arbitraje e incluso, autoriza la sumisión a arbitraje de asuntos donde figura el estado e inversionistas extranjeros¹⁶⁹.

En Perú se distingue entre el arbitraje de Jure y el arbitraje ex aequo et bono; donde resulta interesante destacar que en caso de escogencia de norma por parte de las partes, se presume que el arbitraje nacional es ex aequo et bono, o de conciencia, y que equipara a la amigable composición. Sin embargo, si se tratara de un arbitraje internacional, se presume siempre, ante la falta de disposición de las partes, que se trata de un arbitraje de jure. Ahora bien, en cualquiera de los casos, el tribunal arbitral está compelido a decidir según los términos del contrato y los usos comerciales aplicables al caso en estudio.

Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia. Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.

¹⁶⁹ Montoya A. Ulises. *International Comercial Arbitration in Perú. International Comercial Arbitration in Latin America.* (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 74-76.

Artículo 117.- Normas aplicables al fondo del litigio El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime conveniente. El tribunal arbitral decidirá en conciencia y equidad sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta, de tratarse de un asunto de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.

La Ley General de Arbitraje extrae materias de competencia exclusiva judicial o de la jurisdicción militar, así como aquellos temas que son puramente de orden público internacional¹⁷⁰.

En cuanto a la formación del tribunal arbitral: en arbitrajes internacionales la ley permite conformarles según la voluntad de las partes y en caso de no existir acuerdo será de tres miembros; debe agregarse que no existen requisitos específicos para ser árbitro. No existen restricciones a extranjeros para actuar como árbitros ni en arbitraje doméstico ni arbitraje internacional. Las partes tienen libertad para decidir sobre el proceso de nombramiento de los árbitros¹⁷¹.

En el ámbito de la contratación pública, en los contratos de concesión –asociaciones público privadas, se recurría al arbitraje aquellos casos que pudieren solucionarse de manera amigable, debido a ese uso de la figura, en una modificación a la “Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas, para generación de empleo productivo, y dicta

¹⁷⁰ Montoya A. Ulises. *International Comercial Arbitration in Perú. International Comercial Arbitration in Latin America.* (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 74-76.

¹⁷¹ *Ibíd.*

normas para la agilización de los proceso de promoción de la inversión privada” se procede a su regulación¹⁷². Dicha reforma concede a las partes la facultad de someter sus controversias por medio de la Amigable Composición. No obstante, dicha reforma no establecía un procedimiento para este mecanismo de resolución de conflictos. Es por medio del Decreto Supremo No. 127-2014-EF, que le dotó de un procedimiento especial a la Amigable Composición: así, es posible recurrir a este mecanismo por las partes de las Asociaciones Público-Privadas previo a la etapa de solución de controversias; las partes selección de común acuerdo el Componedor¹⁷³. Según este mismo reglamento, el proceso consta de dos únicas audiencias, por lo que es muy expedito. Así, la primera audiencia pretende escuchar las posiciones de las partes; la segunda audiencia corresponde a la presentación de un informe por parte del Amigable Componedor en la que además indica su solución; esta solución presentada por el Árbitro debe ser aprobada por las partes, pues solo así la misma será vinculante¹⁷⁴. Lo particular es que dicha solución aceptada por las partes no corresponde a un laudo, sino a una transacción, la cual contará con valor de cosa juzgada¹⁷⁵.

¹⁷² Talavera Cano, Andrés. “¿El sistema del amigable componedor podría ser el respaldo que necesita el procurador para poder transar las controversias y no someterlas a arbitraje?” (Derecho y sociedad, 2015)
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14410/15024>
(último acceso: 06 de febrero de 2019).

¹⁷³ Talavera Cano, Andrés. “¿El sistema del amigable componedor podría ser el respaldo que necesita el procurador para poder transar las controversias y no someterlas a arbitraje?” (Derecho y sociedad, 2015)
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14410/15024>
(último acceso: 06 de febrero de 2019).

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

h. La figura del Amiable Compositeur en Etiopia.

En la ley etíope no existe referencia sobre el Amigable Componedor, no obstante, el Código Civil Etíope cuenta con normas sobre arbitraje muy liberales en cuanto a la autonomía de las partes con respecto a la escogencia de las normas relativas a la discusión sobre el fondo de la disputa¹⁷⁶. Las disputas pueden resolverse ya sea de acuerdo con la ley, o bien, si las partes así lo acuerdan, de conformidad con principios, o la equidad; en su artículo “*The Normative Basis for Decision on the Merits in Commercial Arbitration: The Extent of Party Autonomy*” Yohannes Tesfay hace ver que su país, los árbitros pueden decidir sobre el fondo según principios de derecho y que además, la misma ley les permite a los árbitros decidir de conformidad con principios de derecho sin la necesidad expresa de que exista autorización de las partes¹⁷⁷.

Ahora bien, los juristas Etíopes estiman que si bien, el Código Civil prohíbe a los a las Cortes modificar los contratos basados en la equidad; no obstante, debido a que los árbitros no deciden en nombre del estado, consideran que tienen poderes más amplios a los de los jueces, y que por dicha razón pueden decidir conforme a la equidad, siendo que además tiene capacidad de revisar contratos, siendo su limitación única las impuestas por políticas públicas¹⁷⁸. Así, los juristas interpretan que ante la

¹⁷⁶Yahannes Tesfay, Seyoum. “The Normative Basis for Decision on the Merits in Commercial Arbitration: The Extent of Party Autonomy” (Mizan Law Review, volume 10, 2016) <https://www.ajol.info/index.php/mlr/article/view/153595> (último acceso: 20 de febrero de 2019).

¹⁷⁷Yahannes Tesfay, Seyoum. “The Normative Basis for Decision on the Merits in Commercial Arbitration: The Extent of Party Autonomy” (Mizan Law Review, volume 10, 2016) <https://www.ajol.info/index.php/mlr/article/view/153595> (último acceso: 20 de febrero de 2019)

¹⁷⁸ Ibid.

falta de prohibición con respecto a las partes para escoger las normas para resolver sobre el fondo, se traduce en libertad para decir sobre este aspecto¹⁷⁹.

i. La Figura del Amigable Compositeur en Chile

En este país sudamericano antes de la aprobación de la ley de Arbitraje Comercial Internacional, el arbitraje se regulada en tres normas distintas: la civil, la comercial y la laboral. Así, las normas aplicables para el arbitraje, sin importar la materia, provenían del Código Orgánico de Tribunales. En estas materias, el arbitraje puede ser de derecho, con árbitros apegados a la ley y principios; puede ser amigable composición, o bien, un árbitro mixto¹⁸⁰. El artículo 223 del Código dicho dice:

“El árbitro puede ser nombrado, o con la calidad de árbitro derecho, o con la de árbitro arbitrador o amigable componedor (...)

El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictare, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieran expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse el pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley”.

¹⁷⁹ Yahannes Tesfay, Seyoum. “The Normative Basis for Decision on the Merits in Commercial Arbitration: The Extent of Party Autonomy” (Mizan Law Review, volume 10, 2016) <https://www.ajol.info/index.php/mlr/article/view/153595> (último acceso: 20 de febrero de 2019)

¹⁸⁰ Somerville, Hernán. *International Comercial Arbitration in Chile. International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 15-18.

En cuanto a las formalidades para el Amigable Componedor, en sus laudos este debe hacer mención de los principios de justicia que fundamentan su decisión, el lugar donde se tomó la decisión, y la decisión como tal, e incluso, y existiesen opiniones distintas en el Tribunal, deben consignarse.¹⁸¹

Señala Somerville, que en el caso de arbitraje-amigable composición, la apelación no procede en cuanto al fondo del asunto, únicamente en cuanto a la forma, y solamente si las partes no se renunciaron a ese derecho¹⁸².

En cuanto a la ley de Arbitraje Comercial Internacional, poco dice sobre la figura del Amigable Componedor, pues hace mención de este únicamente en el artículo 28, que es muy similar a la ley modelo, en el cual, únicamente expresa que, con autorización expresa de las partes, el tribunal puede decidir cómo ex aequo et bono o como amigable componedor.

j. La figura del Amigable Compositeur en Nicaragua:

En 2005¹⁸³ Nicaragua adopta la ley modelo, y por lo tanto, reproduce en la ley de Mediación y Arbitraje, lo dispuesto en esa Última. En el caso de la Amigable

¹⁸¹ Somerville, Hernán. *International Comercial Arbitration in Chile. International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 15-18.

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ Ley de Mediación y Arbitraje Nicaragua, 2005.

<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/NicaraguaLey%20de%20Mediaci%C3%B3n%20y%20Arbitraje.pdf>

composición, la Ley de Mediación Nicaragüense no hace denominar la figura, no obstante no define que es la amigable composición.

Anteriormente, en el Código de Procedimiento Civil, se hacía mención de la amigable composición, el artículo 959¹⁸⁴ del Código anterior, establecía que el árbitro podía tomar decisiones obedeciendo a la prudencia y la equidad, cuando decidía de esa manera se denominaba Amigable Componedor. No obstante, con la entrada en vigencia en 2015 de un nuevo Código Procesal Civil, se deja por fuera el *amiable compositeur*.

Bajo el Código de Procedimiento Civil, el laudo arbitral del amigable componedor, no podía ser recurrido en apelación, pero sí podía ser objeto casación, siendo que este último se estima de orden público. La casación se fundamentaba en las razones siguientes: cuando la sentencia se emite fuera del plazo, cuando la sentencia se decide o decide sobre aspectos no incluidos en el acuerdo arbitral¹⁸⁵.

k. La figura del Amigable Compositeur en Paraguay:

Es en 2002 que Paraguay adopta la ley Modelo, y se incluye en la nueva ley de Arbitraje y Mediación la figura del componedor. No obstante, como ocurre en muchas otras legislaciones, no se define la figura. A pesar de ello, la Amigable Composición sí se encontraba ya regulada en el Código Procesal Civil paraguayo. Se

¹⁸⁴ Dajer Barguil, Gustavo Antonio. “La Amigable Composición”. *Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá*, (2002), 31.

<https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-25.pdf>

¹⁸⁵ Brendaña-Guerrero, Guy José. *International Commercial Arbitration in Nicaragua.. International Commercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 61-64.

regula en el libro V que corresponde al proceso arbitral. Así, se determina que mediante instrumento público, o documento privado las partes pueden establecer su voluntad para recurrir al arbitraje¹⁸⁶. Este Código procedimental hace diferencia entre el árbitro Juris, que es el árbitro que aplica la ley, y los arbitradores, que denomina también amigables componedores, quienes no requieren resolver según las normas, si no que puede decidir reinterpreándolas según lo que considera más justo¹⁸⁷. En el ordenamiento paraguayo parece ser que el Amiable Compositeur corresponde al arbitrador y al árbitro en equidad, pues no hace distinción, las utiliza indiferentemente estimando que cuando las partes autorizan al tribunal actuar de tal manera, este decidirá en equidad.

Según la norma si hay duda correspondiente a los poderes del árbitro se entiende que fue sometido a un amigable componedor¹⁸⁸. En cuanto al nombramiento de los árbitros, en primer lugar las partes designan los árbitros, pero no de existir acuerdo, la institución que seleccione procederá con el nombramiento; es en muy pocas ocasiones, que un juez decidirá el nombramiento¹⁸⁹.

El laudo arbitral del Amigable componedor debe dictarse conforme a la equidad y se le dispensa de seguir la forma de las decisiones de las cortes, el cual debe emitirse en el plazo de sesenta días posterior a escuchar a las partes¹⁹⁰. Establece la regla procesal que existen dos tipos de recursos contra la sentencia arbitral. Una corresponde a la

¹⁸⁶ Mersan, Carlos. *International Comercial Arbitration in Argentina. International Comercial Arbitration in Latin America.* (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 71-74.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ Mersan, Carlos. *International Comercial Arbitration in Argentina. International Comercial Arbitration in Latin America.* (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 71-74.

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ *Ibíd.*

apelación, que permite revisar el laudo arbitral, cuando a criterio de las partes no cumple con las expectativas contractuales; únicamente son objeto de apelación los laudos emitidos tras un arbitraje de derecho. El otro recurso disponible corresponde al incidente de nulidad. Este permite revisar el laudo arbitral con base en violaciones al procedimiento cometidos por el tribunal arbitral. . Las partes pueden renunciar a la apelación pero no pueden renunciar a la nulidad, debido a que este se considera de orden público¹⁹¹.

vii. Estudio de Casos

a. La Reclamación de ALSOP y CIA

El litigio de ALSOP and CO data del año 1911¹⁹², en el cual intervienen los estados chileno y estadounidense. En este conflicto los Estados Unidos de América representa los intereses de un colectivo de sus ciudadanos quienes conforman una sociedad bajo las leyes chilenas. El conflicto surge, al coger Chile, posterior a la guerra del Pacífico, los Territorios de Arica, que a pesar de no tratarse de propiedad boliviana, Bolivia gozaba ahí de derechos, y que en pago de obligaciones, había hecho concesiones importantes a la sociedad ALSOP para satisfacer las dichas obligaciones.

¹⁹¹ Mersan, Carlos. *International Comercial Arbitration in Argentina. International Comercial Arbitration in Latin America*. (The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997), 71-74.

¹⁹² CLOUT. *Reports of International Arbitral Awards. The Alsop Claim (Chile, United States) 5 July 1911 VOLUME XI pp. 349-375*. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/349-375.pdf (último acceso: 16 de agosto de 2018).

A fin de comprender el conflicto, debe señalarse que en 1876, el Gobierno de Bolivia llegó a un acuerdo con la empresa ALSOP que corresponde a arreglo de una deuda de previas transacciones entre el Gobierno de Bolivia y un ciudadano brasileño de apellidos López Gama, y que dicha deuda fue asignada a la empresa ALSOP.

El Gobierno de Bolivia en aquel acuerdo reconoció que adeudaba 835.000 bolivianos, y que por esa razón, a fin de liquidar la obligación, asignaba a su acreedora el derecho a las sumas de ingresos aduaneros del puerto peruano de Arica (ingresos que se habían fijado en acuerdo con el estado Peruano), así como el derecho de explotar las minas de plata situadas en el departamento costero.

La ocupación del departamento costero y del puerto de Arica por parte de Chile supuso la pérdida de las fuentes de las que disponía Bolivia para hacer frente a la deuda. Argumentando los Estados Unidos que Chile se apropió de los ingresos de las aduanas para su uso propio, impidiendo que Bolivia tuviera acceso a esos dineros para cumplir con lo pactado para ALSOP.

Posteriormente, en 1904, los Chile y Bolivia firman acuerdo en el que entre varios asuntos, Chile asume en una extensión limitada la responsabilidad de Bolivia para con ALSOP.

Así, Chile ofrece pagar la obligación con una suma de dinero que la Compañía rechazó al no considerar satisfecho su reclamo. El reclamo es posteriormente

asumido por los Estados Unidos, quien estima que Chile ha actuado contrario al derecho internacional, y estando en desacuerdo con los pagos ofrecidos, se recurre al arbitraje, donde estima (Los Estados Unidos) que la suma reclamada es de 2.803.370,36 dólares.

Estando las partes de acuerdo en que se decida sobre la responsabilidad de Chile y a cuánto asciende la misma, se opta por someter la disputa a arbitraje, por decisor, se designa al Rey de Inglaterra. Para esta decisión, se constituyó su Majestad en Amigable Compositor.

La decisión, constituido el árbitro como amigable componedor, no se basa entonces en los aspectos técnicos, que fueron ampliamente esbozados, por los disputantes:

“Your Majesty has been pleased at request of the parties to the reference to consent to act as arbitrator in place of His late Majesty. The duty which your Majesty has been pleased to undertake is one of pronouncing and award which shall do substantial justice between the parties without attaching too great an importance to the technical points which may be raised on either side. This is what we conceive to be the function of an “amiable Compositeur”¹⁹³.

¹⁹³ CLOUT. *Reports of International Arbitral Awards. The Alsop Claim (Chile, United States) 5 July 1911 VOLUME XI pp. 349-375.* http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/349-375.pdf (último acceso: 16 de agosto de 2018).

Continuando con el laudo, se hacen consideraciones con respecto a las fuentes, a las que Bolivia puso a disposición a su Acreedor para cancelar su obligación y su naturaleza. En cuanto a los aranceles, los mismos eran producto de un acuerdo con el soberano del puerto de Arica, Perú. La ocupación chilena, por lo tanto, sí bien afectó los intereses de la compañía, no implicaba que los acuerdos de Bolivia con su Acreedor le fueran vinculantes. Siendo Chile el nuevo poseedor de estos territorios, el sustento del acuerdo dejó de existir, pero el Árbitro consideró que Bolivia debió buscar otra fuente para asegurar el pago. De igual manera, al no haberse *hipotecado* los ingresos aduaneros de Arica, Chile no estaba infringiendo los derechos de la empresa litigante.

En cuanto a las minas de plata del Gobierno de Bolivia, se planteó una discusión con respecto a la posesión de las mismas, pues para los Estados Unidos, constituía un arrendamiento absoluto por el período de 25 años donde se configuraba un derecho de posesión sobre estas, y por ende, el Estado Chileno debía respetar esta posesión. No obstante, la posición del estado Chileno es que el contrato de concesión de las minas se trataba únicamente de una anticresis, y una opción para el pago de lo adeudado. Este argumento con relativo a la naturaleza de las minas con respecto a la Firma únicamente es importante en cuanto a que el árbitro determinara si Chile debía respetar el derecho real que ahí se configuraba. Quedando claro que no se trataba más que de una opción. Ahora bien, los argumentos de las partes en cuanto a este aspecto resultan muy técnicos, por lo que el laudo arbitral recuerda la naturaleza de este arbitraje:

“This matter may be regarded from another point of view. Your Majesty is acting as “amiable compositeur”, and is free to look at the essence of things without too strict a regard to technicalities,

and from that point of view also it appears to us that the claim put forward on this head is not one which should be approved by Your Majesty”¹⁹⁴.

El alegato más importante de esta discusión corresponde al de la Responsabilidad que Chile asumió mediante la firma diversos acuerdos en los cuales asume como suya la obligación a favor de la firma ALSOP.

El acuerdo que estatuye esa responsabilidad proviene de la promesa de pago realizada por el Agente de Chile ante la “Comisión de Reclamaciones Americanas y Chilenas” de 1901. Donde Estados Unidos presentó su reclamo por parte de ALSOP y CIA, y el Agente chileno denunció que la Comisión no podía atender dicho reclamo pues según el Tratado que la creó, dejaba fuera de su jurisdicción aquellos reclamos de los ciudadanos chilenos contra el Estado Chileno (siendo que la Firma fue constituía en Chile). La Comisión dio razón al Agente Representante de Chile, no obstante, La Comisión hizo alusión a una declaración que en su petición el Agente mencionó. Dicha petición hace ver que Chile estimaba que la reclamación de ALSOP era responsabilidad de Bolivia, sin embargo, con el propósito de que Bolivia firmase el tratado de paz, Chile ofreció pagar aquel reclamo de la Firma litigante así como cualquier otra obligación que concluyera en la firma del acuerdo. Y así, de acuerdo con esas afirmaciones, asumiendo Chile dichas responsabilidades, la Comisión dicha remite al demandante a la Justicia chilena.

¹⁹⁴CLOUT. *Reports of International Arbitral Awards. The Alsop Claim (Chile, United States) 5 July 1911 VOLUME XI pp. 349-375.* http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/349-375.pdf (último acceso: 16 de agosto de 2018).

Así, con lo dicho, El Rey Jorge V de Inglaterra, establece la responsabilidad basado en las ofertas de Chile para con Bolivia, basado en los arreglos de paz que se pretendían suscribir, siendo además el Chile conoedor de la incapacidad de Bolivia para responder al pago de dicha deuda. Señalando el laudo que la responsabilidad que Chile asumió lo hizo a fin de que asegurar la posesión de los territorios que obtuvo por las armas. De manera tal que Su Majestad el Rey Jorge V condena al estado Chileno al pago de 2.275.375 bolivianos a favor de la sociedad ALSOP y CÍA.

La reclamación de ALSOP & Compañía contra Chile corresponde si bien a un arbitraje en el que intervienen dos estados, en el fondo, el asunto atañe a un interés patrimonial de una Sociedad Empresarial. Parece ser que en Estados Unidos, Chile y el Reino Unido, se entendía la amigable composición en aquel momento como un tipo de arbitraje, y que el mismo es equiparable en todos esos estados con la equidad. El Rey Jorge V en este conflicto entiende su papel de Amigable Componedor como un árbitro de equidad: quien contando con el consentimiento de las partes de se constituye en *Amigable Compositeur*, y que para ello zanjaría la desavenencia entre ambos estados sin tomar en consideración aspectos técnicos del conflicto.

Es importante señalar de este caso el consentimiento de las partes para que el Rey Jorge V tome la decisión como amigable compositeur, pues las partes de manera previa acuerdan someter el asunto a arbitraje-amigable composición. Y es que en eso coinciden casi todas las legislaciones, con algunas excepciones, donde el arbitraje solamente es en amigable composición si las partes expresamente así lo estipulan, y

que a falta de manifestación sobre este punto, se entiende que el mismo es arbitraje de derecho. Es esta voluntad expresa, el primer límite a la Amigable Composición.

Cabe destacar además el papel de Componedor, pues existen pocos requisitos para fungir como tal. El Rey no tiene capacidad para resolver el asunto desde aspectos técnicos y lo reconoce; ninguna de las legislaciones revisadas antes en este estudio dispone de una formación específica por parte del Amiable Compositeur para constituirse como tal. Así, entre los pocos requisitos en este caso para el único Árbitro-Componedor son: la mayoría de edad, la reputación de este y su imparcialidad.

b. Asunto Coderre contra Coderre, Quebec, Canadá

El Reclamo Coderre contra Coderre¹⁹⁵ constituye un caso de gran importancia tanto en Canadá como en la literatura del Arbitraje pues en este se determinan los alcances de la figura del amigable componedor, quizá en su sentido más clásico.

La disputa surge a raíz de las aparentes diferencias entre dos grupos familiares que se designaran como Grupo Roger (señor Roger Coderre y empresa St-Germain Transport Ltée) y Grupo Denis (Denis Coderre y empresa S.G.T. 2000 inc.). Las partes habían efectuado una transacción en el cual Grupo Denis compra a Grupo Roger su negocio. El compromiso producto de esa transacción era el pago de 2.565.500 dólares canadienses a Grupo Roger por parte de Grupo Denis; las

¹⁹⁵ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

condiciones de dicho pago se establecen según fórmula prevista en la dicha transacción.

La fórmula acordada era determinada según la rentabilidad del negocio en aquel momento. El pago debía estimarse según los fondos disponibles del primero; siendo que los fondos disponibles eran el resultado de los fondos generados por la operación menos las deducciones siguientes: pagos de capital a deudas de largo plazo, montos asignados a la compra de activos fijos necesarios para la operación del negocio, y montos transferidos a entidades bancarias para el reembolso líneas de crédito operativas. Por lo que el pago correspondía al cincuenta por ciento de los fondos disponibles por una base anual. Con excepción de los primeros ocho meses, en los que mensualmente debería desembolsar la suma de diez mil dólares.

Más adelante se verá que la disputa por la falta de pago del Grupo Denis Correde proviene de la estricta aplicación de la fórmula de pagos pactada, y de la imposibilidad de las partes de prever que la fórmula traería dichos resultados, pues en general el negocio de Grupo Denis era muy rentable. La fórmula no integraba adecuadamente la partida de “nuevas adquisiciones” a la hora de estimar los fondos disponibles para efectuar los pagos de la compra del negocio.

De igual manera, en lo transado entre las partes, se acordó resolver cualquier desacuerdo, por incumplimiento, en sede arbitral, y se estipuló que el árbitro podía actuar como *amiable compositeur*.

Al año 2003 Grupo Roger no había recibido pago alguno con excepción del pago previsto para los primeros ocho meses. Se señaló por parte del equipo contable que

para los años 1998, 1999, 2000, 2001 y 2003, la fórmula acordada no liberó fondos disponibles. En el caso del 2002, si bien, existían fondos disponibles, el Prestamista de la sociedad S.G.T. 2000 inc., prohibió hacer el pago ese año.

Ante este escenario, Grupo Roger presenta demanda ante el Árbitro designado en el contrato, pues estima que la situación no es conforme con lo acordado en la transacción; en dicho reclamo solicita se anule la transacción o bien, que se modifique la fórmula y modalidad de pago. Grupo Denis trató de rebatir pidiendo que se declarara improcedente la demanda en el tanto que no existía disputa entre las partes y haciendo ver que el árbitro no tenía competencia para modificar la transacción.

El Árbitro decide rechazar la demanda pues considera que no hay evidencia de disputa con respecto a la transacción o la incapacidad de Grupo Denis de efectuar los pagos; hace ver que una modificación del acuerdo podría poner en duda el consentimiento de las partes. De igual manera, hace ver que ni la ley ni el acuerdo de las partes, le daba potestad de anular la transacción basada en los alegatos de la demandante.

Debido al resultado anterior, Grupo Roger solicita a la Corte Superior anular la decisión del Árbitro, alegando que violó el principio de *audi alteram partem*. El Juez acoge lo solicitado y señala que el árbitro no debió de pronunciarse sobre el fondo del litigio sin antes escuchar a las partes, pues al decidir que no había disputa, decidió sobre el fondo. Por esta razón, el Juez reenvía a las partes a arbitraje.

Grupo Roger ante resultado a su favor presenta una vez más reclamo ante árbitro. Por su parte Grupo Denis presenta solicitud para que se rechace dicho reclamo. Ante

esto, el Árbitro rechaza la solicitud de Grupo Denis por no haber interpuesto apelación por lo resuelto por el Juez Superior, considerando entonces, que existía ya cosa juzgada y que por lo tanto, se tenía por aceptado que en efecto existía disputa entre las partes.

Posterior a audiencia, concluyó el Árbitro que la disputa es producto de la aplicación de la fórmula pactada, y que esta es injusta y debe ser corregida; asimismo, hizo ver que la fórmula de pago prevista subestimó la importancia de las futuras adquisiciones.

Por lo anterior, el árbitro dijo que la solución a la disputa era modificar la fórmula de pagos y que su poder de Amigable Componedor así se lo permitía, pese a que Grupo Denis defendía que el árbitro no tenía dicho poder. Su propósito era compensar el defecto de la fórmula no previsto por las partes, a fin de alcanzar las intenciones originales de las partes. El árbitro-amigable componedor defendía que su posición no ignoraba la norma contractual, sino que más bien, los cambios efectuados se dirigían a cumplir con las verdaderas intenciones de las partes.

Finalmente, el Árbitro determina que tiene poderes suficientes para modificar el contrato en cuanto a la fórmula de pago, por lo que anula dos cláusulas en las que se estipulaba el método de pago.

Así, con dicho resultado Grupo Denis pide a la Corte Superior anular dicho laudo ya aprecia que el Árbitro decidió sobre el fondo sin antes oír a las partes y que además, el árbitro irrespeta las estipulaciones del contrato. En primera instancia (Corte Superior-Corte de Quebec), se concluyó que el árbitro sobrepasó los límites de su

competencia, pues eliminó algunas estipulaciones de la transacción; indicó que el árbitro no se apegó a su obligación de respetar los términos del contrato:

“Il est clair qu’en l’espèce l’application rigoureuse des disposition de l’entente convenue par les parties ne conduit pas nécessairement à une solution juste et qu’elles risquent de demeurer dans une impasse. Mais vaut-il mieux risquer de créer une insécurité dans les relations contractuelles en permettant à l’amiable compositeur d’aller à l’encontre de la force obligatoire du contrat? Le législateur québécois a clairement écarté cette avenue en édictant l’article 944.10 al. 3 C.p.c. alors qu’une telle approche aurait sans doute été possible selon l’ancien article 948”.

“Le Tribunal est donc d’avis qu’en modifiant la transaction pour en “supprimer de la formule comptable, la clause 1.3. b)” et pour en “radier la clause 11” l’arbitre a rendu des sentences qui contiennent des décisions qui dépassent les termes de la convention d’arbitrage (article 946.4 (4) C.p.c.) et qu’en conséquence, il se doit d’intervenir pour les annuler et en refuser l’homologation”¹⁹⁶. El artículo en cuestión, numeral 944,10 del Código de Procedimiento Civil Quebequense señala:

“944,10. Les arbitres tranchent le différend conformément aux règles de droit qu’ils estiment appropriées et, s’il y a lieu, déterminent les dommages-intérêts. Ils ne peuvent agir en qualité d’aimables compositeurs que si les parties en ont convenu. Dans tous les cas, ils décident conformément aux stipulations du contrat et tiennent compte des usages applicables”:

El Tribunal Superior, es decir la Corte de Apelaciones de Quebec, efectuando un análisis del caso en cuestión y valorando las posiciones del juez de primera instancia

¹⁹⁶ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

y las del árbitro-amigable componedor, se acerca a dar una interpretación al artículo 944,10 dicho.

Según el Tribunal, algunos juristas darían razón al árbitro; según esta postura el árbitro, a quien las partes expresamente le han conferido la capacidad de actuar como Amigable Componedor, se encuentra habilitado para modificar la fórmula pactada por las partes en transacción, y esto conlleva a ignorar las estipulaciones del contrato, y que corresponde más bien a dar efecto a la voluntad e intenciones de las partes, pues considera que la modificación de la fórmula de pago es la única manera a través de la cual las partes pueden zanjar su diferencia. Por otra parte, el razonamiento del juez de primera instancia, en cuanto la tercera línea del artículo citado, es que el árbitro no está habilitado para suprimir la fórmula acordada por las partes, pues esto equivale a tomar decisiones sin apego a la norma contractual; el Superior es más favorable a esta última posición, pero añade que la línea tercera de este artículo no es imperativa, pudieron las partes expresamente haber derogado dicha disposición, no obstante, no lo hicieron, y por esa razón, al no haberse investido al Árbitro-amigable componedor de la potestad de no regirse por el contrato, el mismo no podía modificarlo.

Continúa señalando el Superior que si bien, el Árbitro debió respetar los términos del contrato, hace ver que el artículo 940 del mismo cuerpo normativo citado establece que en caso de que las partes no hayan hecho estipulaciones con respecto a las reglas de arbitraje, aplican las normas del Código de Procedimiento Civil y enlista cuales artículos son de cumplimiento obligatorio, dejando fuera las disposiciones del numeral 944 antes mencionado.

Si bien, el artículo 944 no se encuentra entre aquellas reglas que no pueden ser “derogadas” por el árbitro, este si es de aplicación supletoria cuando las partes no estipulan de manera expresa sobre el tipo de arbitraje (sea decidir cómo amigable componedor) y sobre el apego estricto a los términos del contrato a la hora de decidir. Por lo tanto, si las partes, previamente en su acuerdo arbitral, no le confieren al Amigable Componedor la capacidad revisar y reescribir el contrato, la ausencia de esa habilitación expresa, hace aplicable de manera supletoria el artículo 944,10. Dice,

“[58] En l'espèce, la convention d'arbitrage que contient la transaction de 1998 ne traite aucunement de l'article 944.10 C.p.c.; elle ne comporte pas de disposition autorisant expressément l'arbitre-amiable compositeur à ne pas respecter les stipulations contractuelles. Pas davantage ne détaille-t-elle formellement les pouvoirs remédiateurs dont les parties entendaient doter l'arbitre-amiable compositeur. Elle ne précise pas non plus que l'arbitre-amiable compositeur a le pouvoir de modifier la transaction (c'est-à-dire le contrat) dont l'interprétation ou l'application fait l'objet du différend entre les parties ou d'en combler les lacunes en formulant par exemple une disposition qui aurait l'effet d'une stipulation contractuelle.

[59] La transaction elle-même ne contient pas de clause de révision ou d'adaptation. Vu ce silence et vu que notre droit ne reconnaît pas la théorie de l'imprévision, ne reconnaissant pas davantage le droit unilatéral à la révision des termes d'un contrat, on ne peut par ailleurs pas voir dans l'article 8 de la transaction (« Les parties s'engagent à poser tout geste et signer tout document de façon à donner plein effet à ce que prévu à la présente ») une stipulation permettant implicitement la révision ou l'adaptation du contrat.

[60] *Plutôt, la convention d'arbitrage indique simplement que l'arbitre « pourra agir en qualité d'amiable compositeur »*¹⁹⁷.

La Corte de Apelaciones trae a colación lo acotado por Corte de Quebec, en cuanto a que la Amigable Composición permite a quien la ostenta de decidir conforme a la equidad, sin estar atado a las reglas de derecho, sean estas sustantivas o procedimentales, siendo su límite las reglas de orden público, especialmente las normas de justicia natural que velan por la imparcialidad, la motivación del laudo, y el derecho a ser escuchados. Explica que la Amigable Composición no es un concepto distinto al arbitraje; es más bien, un arbitraje en el que se le exceptúa al componedor de respetar las reglas de derecho, y le compara a la figura del “buen padre de familia” del derecho civil. Es decir, es un arbitraje simplificado, que atiende las verdaderas intenciones de las partes, quienes investido al Árbitro como Amigable Componedor.

El Tribunal Superior cita al profesor Antaki, de su texto “Le Reglement amiable des Litiges” para quien un amigable componedor debe *“tener los conocimientos de un juez y su saber hacer, pero también la capacidad de aislar la regla de derecho, inicialmente justa, pero ahora injusta a raíz de una situación particular, y reemplazarla por una decisión conforme con los principios generosos de derecho que él estima ser, en dichas circunstancias, objetivamente justos”*¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

¹⁹⁸ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018).

De igual manera, siendo que la Corte entiende que la Amigable Composición no corresponde a una figura distinta al Arbitraje, sino una simplificación de este última, simplificación que ocurre por mera voluntad de las partes, cita entonces al Jurista John Brierley, quien opina que la decisión de un Amigable Compondor es una aplicación directa del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la cual proviene de la posibilidad de las partes de prever las normas aplicables a sus diferencias; de lo dicho, las partes puede decidir si aplican la ley nacional, la ley extranjera, ellas pueden autorizar a los árbitros a aplicar normas positivas, señala Brierley, o bien, pueden autorizar al árbitro a excluir las normas, y actuar como Amigables Compondores, pero Brierly asume que hay límites al ejercicio de esa voluntad: *“The burden of this comment has been to show that the equity clause in the context of the Model Law, as in that of the modern franco-Civilian tradition, is not a licence to the arbitrator to indulge in purely subjective decision-making or to proceed in disregard of any law whatsoever, as its designation might seem to imply. The arbitrator functioning as amiable compositeur, just as much as the ordinary arbitrator, is constrained as a matter of necessary principle to apply fundamental law by virtue of the possibility that judicial control, in the light of considerations of public policy or public order, may be exercised. The two forms of arbitration are not to be distinguished therefore on the basis of the remedies lying against the awards because, in either case, the public policy/ ordre public defence will lie”*¹⁹⁹.

Surge entonces la duda si al dispensar la aplicación de las normas estatales podrá asumirse también una dispensa a seguir la letra de las disposiciones contractuales. El texto de la sentencia que se estudia muestra las opiniones favorables de algunos juristas: para ello cita al jurista Nabil Antaki, quien dice que constituirse como

¹⁹⁹ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

Amigable Componedor implica una renuncia de la aplicación de las normas positivas del derecho, pero podría incluso implicar en algunos casos la renuncia al respeto al contrato²⁰⁰. Esta tesis está apoyada en la aplicación de la autonomía de la voluntad; en contraparte, la postura respaldada por el principio conocido como *pacta sunt servanda*”, sostiene el respeto de los acuerdos como norma de orden público. Y por otra parte, existe también la tesis que asume que el Amigable Componedor puede no someterse a la letra del contrato, estima que a las normas contractuales se les confiere carácter supletorio, por lo que se reconoce esta tesis la capacidad moderadora y modificadora del árbitro.

En la sentencia dicha se continua citando a Nabil Antaki, quien dice que la teoría de la autonomía de la voluntad puede justificar el poder que se atribuye el Amigable Componedor sobre el contrato; en los contratos no aleatorios, que se describen en su mayoría como contratos de largo plazo, las partes excluyen la incertidumbre (alea) del contrato, bajo ese supuesto, el Amigable Componedor está obligado a respetar la intención de las partes, y por lo tanto, utilizar su discreción para atenuar los efectos de inequidad que pudiera producir un evento no previsto. No obstante, estando frente a un contrato aleatorio, donde se ha aceptado cierta incertidumbre, el Amigable Componedor debe decidir conforme los términos contractuales²⁰¹.

²⁰⁰ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

²⁰¹ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

Menciona también el Juez de Primera instancia, la tesis que la misma cláusula arbitral que le confiere al árbitro la condición de Amigable Componedor, le otorga también su poder de moderación, pues está sustentado en su propósito natural que es la búsqueda de una solución justa, esa es la esencia misma de la figura. Sostiene Antaki²⁰² que bajo esta tesis, el poder moderador del Amigable Componedor es el único remedio del que dispone este para cumplir con su deber de erradicar las condiciones injustas creadas por el contrato.

Ahora bien, el mismo Antaki sostiene más adelante, y después del estudio de algunas sentencias de la Corte de Apelación de París, que en el caso de la Justicia francesa esta se aparta de esas teorías y considera que los poderes conferidos al Árbitro con respecto a los contratos, se limitan a lo que las partes expresamente señalen. Así, sin un mandato expreso de las partes, el Amigable Componedor tendrá prohibido adaptar el contrato a situaciones no previstas. Esto implica que el árbitro debe contar con un doble mandato. Posición que se apega a la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial²⁰³.

En Apelación, el Tribunal hace ver la diferencia que surge en la ley quebequense anterior a 1986, sin que se adaptaran los cambios de la ley Modelo. Antes, el Amigable Componedor se regía por el artículo 948 del Código Procedimiento Civil de Quebec, el cual se puede traducir de la manera siguiente: “*los Árbitros deben decidir siguiendo las reglas de derecho, a menos que hayan sido dispensados por el acuerdo, o que hayan recibido el poder*

²⁰² Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

²⁰³ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

de constituirse como amigables componedores”. Esta disposición anterior no hacía un llamando tácito a cumplir con las reglas contractuales como lo hace la norma de 1986. Al adoptarse la ley Modelo, se introduce entonces en la reforma al Código de Procedimiento Civil, las estipulaciones del artículo 28 de la ley Modelo, entre los cuales figura el último párrafo de dicho numeral, que fue introducido íntegramente: *“En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá conforme a las estipulaciones del contrato y considerando los usos de comercio aplicables a la transacción”*²⁰⁴.

La Corte de Apelación, conformada por los jueces Jean-Louis Baudouin, Jacques Chamberland y Marie-France Bich, procede a referirse a la interpretación del artículo 28 de la Ley Modelo. Citan para ese efecto a la jurista Johanna Pelletier²⁰⁵, quien apunta que el árbitro debe en todos los supuestos tomar en consideración las reglas del contrato y los usos del comercio; considera además Pelletier que la norma hace énfasis en las estipulaciones contractuales, por lo que se establece una especie de solución al problema de jerarquía normativa, y entonces, defiende que si el contrato es claro, debe decidirse conforme a este, y una desviación de lo señalado en el contrato no puede justificarse en la aplicación de los usos, y esta regla, insiste Pelletier, es aplicable en todos los escenarios de arbitraje, incluso para los amigables componedores.

La jueza Bich hace referencia a otros autores quienes sostienen que el Árbitro-Amigable Componedor tiene como límite “el Contrato entre las partes”, y que su decisión debe basarse en él, y que por lo tanto, no es posible alterar la letra del mismo,

²⁰⁴ Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

²⁰⁵ *Ibíd.*

todo esto basado en primera instancia en la norma procesal dada por la ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial. El profesor Brierley dice, en referencia a la observancia al artículo 28: *“To paraphrase the language of s. 4 of art. 28 of the Model Law, the arbitrators, whether or not empowered to act as amiable compositeurs, always have the mission of deciding in accordance with the terms of the contract”*.²⁰⁶ Y refuerza esta idea con las ideas de otro autor, Raymond Tremblay, quien hace ver que aunque se trate de un amigable componedor, debe existir para el árbitro la preocupación de emitir una sentencia que sea ejecutable y que por lo tanto, la misma debe respetar el orden público, por lo que, considera norma de orden público el respeto a las estipulaciones contractuales. Cree Tremblay²⁰⁷ que es inconcebible, sin autorización expresa y previa de las partes, que los árbitros adapten el contrato a las circunstancias que surgieron posterior a la suscripción del contrato.

Estima el Tribunal de Apelación que si bien pueda tener el Árbitro cierta licencia de interpretación del contrato, la misma no implica autorizarle al árbitro-amigable componedor a efectuar cambios al contrato (en virtud del espíritu primario de la intención de las partes), o bien, de eliminar estipulaciones del mismo, sobretodo, aquellas disposiciones que se entenderían esenciales a él. Sobre el asunto que resuelve en particular, dice la Jueza Bich²⁰⁸, quien además se ampara en el principio *pacta sunt servanda*: *“en mi opinión, la flexibilidad y la latitud inherentes al papel del amigable compositor no pueden, en ausencia de una autorización de las partes, llevarlo a reescribir el contrato en su*

²⁰⁶Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

²⁰⁷ *Ibíd.*

²⁰⁸Canadian Legal Information Institute. *Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.* <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

esencia”. Y siendo que si bien, el Amigable Componedor tiene capacidades para moderar y mitigar los efectos de ciertos eventos, o de las normas, no está así habilitado a transformar, revisar, exceptuar o renegociar el contrato, por lo que el Componedor no debió suprimir las estipulaciones relativas a la fórmula contractual para el pago de la transacción pacta entre Denis y Roger Coderre.

Es claro que en Canadá, específicamente en Quebec, la figura del Amigable Componedor es equiparable al arbitraje de arbitradores, o *ex aequo et bono*. Ahora bien, esta sentencia es de gran importancia pues define el papel del Amigable Componedor. Siendo que Quebec adoptó la ley Modelo, esta decisión como tal, puede dar luz a cualquier otra legislación sobre los alcances de la Amigable Composición. Se desprende entonces que la naturaleza del Componedor es dar solución a los conflictos de manera más amigable para las partes; busca también atenuar eventos y situaciones, y modificar el efecto de las normas a fin de alcanzar una decisión basada en lo que considera justo y propio. No obstante, queda claro, que el Amigable Componedor debe resguardar los intereses de las partes, y uno de ellos, es velar por el cumplimiento de sus voluntades e intenciones, algunas plasmadas en las disposiciones contractuales.

Finalmente, esta decisión de la Corte de Apelaciones de Quebec retrata muy bien los límites de la Amigable Composición. En primer lugar, el orden público corresponde al primer límite a la composición, a fin de que las decisiones que surjan de este mecanismo de resolución de conflictos sean ejecutables. En segundo lugar, el Amigable Compositeur, según la resolución en cuestión, tiene como límite la voluntad de las partes; esta misma voluntad es la que le permite constituirse como Amigable componedor, por ende, la voluntad de las partes como límite supone la satisfacción

de las intenciones de las partes tras llegar a una solución justa de la desavenencia. Finalmente, queda claro que la letra contractual, a la luz de la Ley Modelo, corresponde a un límite de la Amigable Composición, pues así lo estatuye la norma. Ahora bien, pareciera ser que fuera de lo que señala la ley Modelo, de no ser esta aplicable, el contrato sería un límite al alcance del poder del Componedor solo si las partes así lo establecen. No obstante, la anterior posición no es aceptable, pues es en el derecho privado una máxima es el principio de *pacta sunt servanda*, y por lo tanto, las modificaciones a la letra contractual, o la atenuación de los efectos de la misma, suponen cambios no efectuados voluntariamente por las partes a sus intenciones originales.

Sección II. Conclusiones del capítulo

La visión clásica y de inspiración francesa de la figura del Amigable Componedor está plasmada en la gran mayoría de las jurisdicciones estudiadas, donde se entiende al Amigable Componedor como un árbitro el cual, por expresa autorización de las partes, da arreglo a las diferencias entre estas, profiriendo una decisión basada en la equidad. Es decir, el Amigable Componedor es un árbitro que decide como *Ex Aequo et bono*.

En España y en Italia existen figuras distintas que pero que guardan similitud con la Amigable Composición, pero no enteramente equiparables. El caso español, la figura de la intervención de un tercero, es asimilable a la transacción; y en el caso italiano, la figura del árbitro irritual, se asemeja al contrato de mandato.

Ahora bien, si bien, en la mayoría de las jurisdicciones estudiadas el concepto de Amigable Componedor se equipara al árbitro de equidad, es claro, que existen diferencias en cuanto a las atribuciones de esta figura. Así lo revela la sentencia del asunto Coderre contra Coderre; pues el Tribunal plantea que bajo las normas anteriores, el árbitro podía además de decidir en conciencia, tenía facultad para modificar la letra del contrato; no obstante, los cambios en la legislación procesal, configuraron cambios en los alcances del poder del Amigable Componedor.

A propósito del cambio de la legislación procesal en Quebec, Canadá, es patente que en todas las jurisdicciones estudiadas, los estados han integrado a sus ordenamientos jurídicos la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial lo que implica una globalización y estandarización de las normas procesales sobre arbitraje.

Se determina de la revisión de las diversas legislaciones que el Amigable Componedor, al decidir a conciencia, no requiere especiales cualificaciones, y que se ejemplifica en la reclamación de ALSOP y Compañía contra Chile; en dicha reclamación, las partes aunque deciden acudir ante un Amigable Componedor, en sus argumentaciones recurren a tecnicismo, de los cuales, el mismo decisor advierte, prestó poca importancia, y decidió únicamente basándose en las declaraciones hechas previamente por las partes y en su buen juicio.

En el estudio de casos, se detallan de manera muy precisa dos casos sometidos a un Amigable Componedor, un caso de 1911 y un caso más reciente, y que responde a la adopción de la Ley Modelo citada. Lo importante es que si bien, existe una evolución de la figura, para muchísimas jurisdicciones el Amigable Componedor corresponde a un árbitro que decide en como ex aequo et bono.

Si bien existen entre las regulaciones matices con respecto al Amigable Componedor, sus facultades y poderes, no obstante, es claro que en el mismo tiene limitaciones a sus poderes; algunas jurisdicciones serán más permisivas que otras, pero la adopción de la ley Modelo estandariza la base de estas limitaciones. Esto se observan en el asunto Coderre contra Coderre, donde el Tribunal concretamente define las limitaciones del Amigable Componedor en su jurisdicción.

Finalmente, se demuestra que la figura de la Amigable Composición y el Amigable Componedor ha evolucionado, el mejor de ejemplo de ello es la legislación colombiana donde la figura deja de inscribirse en lo arbitral y se entiende como un mecanismo de resolución alternativa de conflictos con características que la diferencia de otros mecanismos.

CAPÍTULO III: APLICACIÓN DE LA FIGURA DEL AMIABLE COMPOSITEUR EN COSTA RICA

SECCIÓN I: ESTUDIO HISTÓRICO

i. Estudio Histórico de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos en Costa Rica y la Ley de Arbitraje Comercial Internacional

Antecedentes

Es hasta después de la independencia que se puede reconocer el uso del arbitraje en Costa Rica. Anteriormente, debido a la lejanía con la Capitanía General de Guatemala y la poca actividad comercial existente, el arbitraje era desconocido, a pesar de que pudiese existir alguna regulación en normas españolas como las leyes de la Partida o la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación²⁰⁹.

La constitución de 1844, en su artículo 142, por primera vez establece el derecho a resolver diferencias a través de un árbitro. Aunado al derecho de acudir a un árbitro, regula que las sentencias producidas por dicho árbitro no podían ser apeladas, a menos que las partes expresamente dijese lo contrario; de igual manera, se podían someter a arbitraje asuntos civiles así como causales mortales, siempre y cuando, la persona fallecida en su testamento lo hubiese así permitido. Más adelante, las

²⁰⁹ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 51.

Constituciones de 1859, 1869 y 1871, también incluirán este derecho para como “derecho a terminar sus diferencias en materia civil”²¹⁰.

El Código del General Carrillo (Código Carrillo), de fecha de 1841²¹¹, es el primer texto normativo de carácter procedimental luego de la independencia emitido en durante la Administración Carrillo e inspirado en los Códigos similares de Bolivia y Perú. Dicho cuerpo normativo regulaba materia civil, materia penal y poseía un tercer capítulo sobre procedimientos. Es en ese tercer capítulo en el que se regulaba el juicio de Arbitradores. En el juicio de arbitradores existía libertad de forma para tramitar el arbitraje, el nombramiento de los árbitros se daba a completa libertad de las partes y existía una distinción entre el arbitraje de derecho y el arbitraje en equidad, siendo estos últimos denominados arbitradores o amigables componedores. De igual manera, estipulada que el único recurso contra el laudo era la apelación y listaba las materias que se descartaba asuntos de hacienda, establecimientos públicos, divorcio.

Durante la Administración Bernardo Soto entra en vigencia un nuevo código de procedimientos civiles, en fecha de 1887. Este cuerpo normativo se basa en la ley de Enjuiciamiento española de 1855. En cuanto al arbitraje, lo regulado en esta nueva ley se asimila al contenido de la ley de enjuiciamiento española. El Código de Procedimientos Civiles de 1887 introduce algunos cambios en cuanto al arbitraje, uno de ellos es el cambio de nombre de la figura, pues con este se pasa a denominar Juicio Arbitral, las partes podían nombrar a sus árbitros, o bien, las partes designaban la manera para nombrarles; en cuanto el plazo para el dictado de la sentencia arbitral

²¹⁰ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 51-52.

²¹¹ *Ibíd.* 52

pasó de cuarenta días a seis meses, e introduce que la aceptación del cargo de árbitro debía de efectuarse ante un juez.

El Código de 1887 regula de manera independiente el juicio de árbitro juris y el juicio de árbitros arbitradores, regulan los diversos plazos para las etapas de los juicios arbitrales, pero los plazos eran sobre todo supletorios, a falta de acuerdo de las partes. Este Código facultaba a las partes a interponer recurso de apelación contra el laudo ante los árbitros, pero las partes podían renunciar al mismo. No obstante, las pruebas, exhortos y mandamientos corrían por parte del juez civil.

Posteriormente, tras revisiones del código de 1887, se producen dos reformas al mismo: una de 1933 (Código Martín) y otra de 1937 (Código Picado-Dávila)²¹²: tras las revisiones por parte de los Magistrados, quienes recomendaron que la selección de los árbitros no quedara a completa discreción de las partes, estas reformas limitan dicha potestad, estableciendo criterios para la selección de los árbitros, entre los cuales cabe mencionar que estos no debían tener vínculos con las partes, así, un cambio importante fue que la Corte Plena mantuviese un listado de árbitros designados por esta misma, en ausencia de acuerdo de las partes. En estas reformas se estableció el arbitraje pericial, el cual corresponde al arbitraje en el cual los decisores requieren conocimientos técnicos específicos para resolver conflictos; de igual manera, otro de los cambios tras la reforma, implicó dotar de un papel más amplio al árbitro pues se le facultó a recibir declaraciones juradas, tomar juramentos y actuar en todo trámite teniendo a completar la prueba²¹³.

²¹² Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 52-54.

²¹³ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 52-54.

Para el año 1989 se aprueba un nuevo código procesal civil, el cual entró en vigencia en 1990. El Código Procesal Civil de 1990 no introduce grandes cambios con respecto a las reformas de 1933 y 1937. En cuanto al arbitraje, esta normativa faculta a las partes a acudir ante un árbitro incluso antes del dictado de sentencia de primera instancia en sede judicial. De igual manera establece plazos al proceso arbitral pero los mismos son aplicables únicamente en ausencia de disposición expresa de las partes. Asimismo, este Código Civil estatuye como irrenunciables las disposiciones relativas al procedimiento arbitral así como la irrenunciabilidad del recurso de nulidad del laudo; asimismo, admite este Código la posibilidad en forma expresa de solicitar la adición, aclaración y corrección material del laudo²¹⁴. Destaca Artavia Barrantes que este Código tendió a la judicialización de la figura del arbitraje debido al temor que surgió con respecto a esta figura²¹⁵.

Es hasta el año 1998 que en Costa Rica se reguló de manera autónoma el arbitraje. Mediante la emisión de la ley 7727 que entró en vigencia en enero de 1998²¹⁶, se da un avance significativo en materia de arbitraje con respecto al Código de 1990. Denominada Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, ley RAC, la misma incluyó el arbitraje, la conciliación y la mediación. Esta ley supuso un cambio en cuanto a la visión del arbitraje, pues su intención fue volverlo más atractivo, expedito, concentrado y con mayor inmediación; se otorga gran valor a la autonomía de la voluntad de las partes: pues el deseo de las mismas es extraer el conflicto de la sede judicial, por lo que la ley reduce significativamente el papel del juez ordinario en la

²¹⁴ *Ibíd.*, 56-57

²¹⁵ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 56-57

²¹⁶ *Ibíd.*

fase inicial, y durante el procedimiento. Bajo el Código de 1990 el Juez civil intervenía en gran parte del procedimiento: la homologación del compromiso arbitral, la notificación del compromiso, la juramentación de los árbitros, decisión sobre la recusación de árbitros, le correspondía auxiliar al árbitro en la evacuación de la prueba, otorgar medidas cautelares, conocer el recurso de nulidad contra el laudo y ejecutar el laudo²¹⁷.

En la Ley RAC se mantiene la intervención del juez en lo mínimo: la juramentación del árbitro ad hoc cuando las partes no llegan a un acuerdo, o cuando el árbitro no acepta el cargo, en casos excepcionales auxilia al árbitro en la evacuación de prueba, procede en la ejecución coactiva de las medidas cautelares y finalmente en la ejecución del laudo²¹⁸.

Esta ley confiere gran importancia a los centros de arbitraje²¹⁹, pues le otorga amplias facultades entre las cuales se encuentran resolver arbitrajes, aprobar y aplicar su procedimiento. De igual manera, se incorporan diversos principios que resaltan el valor del arbitraje: se confiera gran valor a la autonomía de la voluntad, se resalta el valor kompetenz-kompetenz, que se entiende como la capacidad del árbitro de referirse sobre su propia competencia. La oralidad cobra gran importancia con respecto a esta a la concentración, la inmediación e informalidad. La inmediación, la concentración y actos procesales flexibles provienen de la oralidad: implican actos procesales sencillos, plazos cortos.

²¹⁷ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 58-59.

²¹⁸ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 58-59.

²¹⁹ *Ibíd.* 58

La ley además regula las figuras de conciliación y mediación, y el resultado de estas, dado en acuerdos o decisiones les confiere carácter de título ejecutivo. Además permite esta ley que las figuras de conciliación y transacción sean utilizadas en el sector público²²⁰.

Mediante la ley 8937, ley que denominada Ley de Arbitraje Comercial Internacional, la cual recoge la esencia de la ley Modelo sobre Arbitraje Internacional Comercial de la UNCITRAL²²¹. El código procesal de 1990 descartó la adopción de dicho cuerpo normativo, y es hasta dos décadas después que Costa Rica decide uniformar su normativa sobre arbitraje con respecto a la comunidad internacional.

Explica Artavia ²²²que se decidió que la adopción de la ley modelo se diera en un cuerpo normativo distinto a la ley RAC por razones diversas. Entre ellas, porque la ley modelo no se refiere a arbitraje nacional; de igual manera, para que la ley modelo fuese aplicable al arbitraje doméstico, requería muchas adaptaciones, y ya la Ley RAC tenía gran importancia. De igual manera, se adoptó la ley modelo en vías a convertir el territorio costarricense en una sede de arbitraje internacional, promover el turismo legal y el empleo, proveer seguridad jurídica y potenciar la competitividad del país.

La adopción de la ley modelo era necesaria pues la misma regula todas las etapas procesales del arbitraje, principios arbitrales y práctica arbitral y sobre esta regulación

²²⁰ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 60.

²²¹ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 60.

²²² *Ibíd.* 58-60

existe ya consenso a nivel de la comunidad internacional; la ley modelo brinda solución a conflictos diversos tales como la determinación de normas, es un avance a la unificación de las estipulaciones sobre la materia arbitral y adaptable a los diversos sistemas jurídicos del globo²²³.

Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos

La Ley RAC establece el derecho de cualquier persona de resolver sus diferencias patrimoniales a través del arbitraje, la conciliación, mediación, negación y otros. Deja la ley abierta la posibilidad de recurrir a otros medios alternativos para resolver controversias. Ahora bien, la ley da gran importancia al arbitraje, y es que, el derecho a acudir ante un árbitro se encuentra regulado en la Constitución Política en su artículo 43; y la Sala Constitución reconoce el acceso a medios alternativos de resolución de conflictos como un derecho fundamental. Sobre esto se puede ver lo dicho por la Sala Constitucional en voto 10352-2000, de las catorce horas cincuenta y ocho minutos del dos de noviembre de dos mil once:

“El proceso de arbitraje es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que podría resultar para las partes más ágil... Ahora bien, sin ninguna duda, este proceso es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar para las partes más célere y ágil. Dispone el artículo 43 Constitucional: "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente" De la simple lectura de la disposición anterior es posible concluir lo siguiente: a) La constitución garantiza una

²²³ Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I.* (Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2014), 60.

forma alternativa para la solución de conflictos de naturaleza patrimoniales. b) Las partes pueden acudir al arbitraje de manera facultativa, y nunca forzosa, aun habiendo litigio pendiente.

Estas apreciaciones a las que llegó la Sala Constitucional en el en voto 10352-2000, arriban a la declaración de inconstitucionalidad de una disposición de la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, disposición que según aducía la Representación del Estado, impedía al acceso al Arbitraje, de lo cual señala:

“A la luz de lo expresado, se tiene que llegar a las siguientes conclusiones: a) que los derechos que la Ley le reconoce a los Representantes de Casas Extranjeras, según la protección especial a que alude su artículo 7, no son inconstitucionales, según se ha examinado en los precedentes que se citan, jurisprudencia que se confirma; b) que el arbitraje es un medio jurídico, de rango constitucional, para terminar los conflictos de naturaleza patrimonial, cuyas decisiones finales tienen la fuerza de una sentencia dictada en un proceso jurisdiccional; c) que no se puede, por la vía de una ley ordinaria, vaciar de contenido a una garantía de rango constitucional y, consecuentemente, el artículo 7 de la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, No. 4684 de 30 de noviembre de 1970, reformada por Leyes No. 6209 de 9 de marzo de 1978 y No. 6333 de 7 de junio de 1979, resulta inconstitucional, cuando se invoca para negarle validez a una cláusula compromisoria libremente pactada por las partes”.

Con lo anterior, se reafirma que el acceso a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos constituye una garantía de rango constitucional. El ejercicio de este derecho fundamental proviene de los principios de libertad y disposición de las partes ha dicho la Sala Constitucional, y así lo refleja en el voto 2999-2005 de las catorce horas cuarenta y ocho minutos del dieciséis d marzo de dos mil cinco, ahora bien, con limitaciones claras como el orden público, pues existirán materias que por su

naturaleza, se serán sustraídas de la sede arbitral, o bien, de cualquier mecanismo de resolución alternativa de conflictos:

“Las partes eligen, en forma privada, a unos sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia, y cuya decisión la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada. La esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos. Tiene sustento contractual porque depende del consentimiento de ambos contradictores, sin embargo, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados. En este sentido el artículo 2 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos No. 7727 del 14 de enero de 1998 indica que “Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”.

Ahora bien, la Ley RAC amplía además el derecho al acceso a medios alternos de resolución de conflictos a entidades estatales, funcionarios públicos, tal como lo reconoce la Sala Constitucional en su voto 2003-7981 de las quince horas y once minutos del cinco de agosto de dos mil tres:

“De igual forma, los funcionarios públicos beneficiarios del proyecto legislativo y el ente público a cargo del cual se impone ahora una indemnización, tienen el derecho de dirimir la controversia de interés mediante los mecanismos alternativos de solución de conflictos que tienen fuerte asidero en el valor constitucional fundante e implícito de la paz social”.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia mantiene la misma línea de pensamiento, tal como quedó referido en la resolución de 069-2005 de las once horas diez minutos del nueve de febrero de dos mil cinco:

“La Constitución Política otorga a las personas de derecho, sean públicas y/o privadas, la facultad de solucionar sus diferencias a través de procesos no jurisdiccionales, mediante lo que se ha denominado resolución alternativa de conflictos, dentro de los cuales se incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje, como derecho derivado del numeral 43 del texto constitucional”.

Por último, siguiendo con la idea del acceso a los mecanismos de la ley RAC, como derecho fundamental, en búsqueda de resolver sus diferencias, y esto amparado en la paz social, a los acuerdos alcanzados al usar estos mecanismos se les confiere el carácter de cosa juzgada, de lo anterior dijo la Sala Primera en sentencia 69-2005 de las once horas diez minutos del nueve de febrero de dos mil cinco:

“En efecto, una vez que se ha homologado el convenio, los términos de los acuerdos adoptados pasan a ser elementos delimitadores de la relación jurídica que se genera entre el demandante y el demandado, aspecto que ha sido tutelado a nivel procesal en las normas recién referidas. Lo anterior se sustenta en varios aspectos. La Constitución Política otorga a las personas de derecho, sean públicas y/o privadas, la facultad de solucionar sus diferencias a través de procesos no jurisdiccionales, mediante lo que se ha denominado resolución alternativa de conflictos, dentro de los cuales se incluyen la conciliación, la mediación y el arbitraje, como derecho derivado del numeral 43 del texto constitucional. Ahora bien, la misma Ley No. 7727 dispone en el numeral 7 que tratándose de conciliación en sede judicial, los acuerdos adoptados deberán ser homologados por un juez dentro del plazo de tres días siguientes a la última audiencia de conciliación. Ese mismo cuerpo legal dispone en su artículo noveno que los acuerdos de conciliación judiciales una vez homologados por el Juez, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada

material y serán ejecutorios en forma inmediata. Ante tal disposición, es claro que si las partes ya habían llegado a acuerdos en la fase de conciliación convocada al efecto y el juez competente homologó dichos acuerdos, tales convenciones habían adquirido ya el carácter de cosa juzgada material y, por ende, le son aplicables las condiciones, características y efectos inherentes a este instituto jurídico, es decir, carecen de recurso ulterior y son ejecutables de forma inmediata, sin que puedan ser objeto de análisis en otro proceso o en el mismo, salvo la revisión establecida como mecanismo excepcional y tasado”.

El artículo mencionado, que en la actualidad corresponde al artículo 9, confiere eficacia de cosa juzgada a los acuerdos, no solo judiciales, sino a los extrajudiciales. Y de la cosa Juzgada añade la Sala Primera: esta eficacia de la sentencia o del acuerdo implica que es inimpugnable, pues no operan recursos contra el acuerdo o bien, juicios posteriores; es inmutable pues el mismo no puede modificarse²²⁴; y finalmente, es coercibles pues el mismo se puede ejecutar de manera forzosa; ahora bien, debe además entenderse que esta eficacia solamente se alcanza cuando, en el caso de la sentencia, se decide sobre el fondo del asunto.

La Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos regula los principales medios por los cuales se puede encontrar solución a las desavenencias de origen patrimonial, según lo establece su artículo segundo. La ley regula los principales mecanismos, sin embargo no descarta la utilización de otras figuras por parte de los interesados. Entre las figuras que cita el artículo segundo de esta ley se encuentran: la mediación, el diálogo, la conciliación, el arbitraje y otros (no los define completamente). En los comentarios a la Ley 7727, Artavia Barrantes cita a la Sala Constitucional, quien en su voto 2999-2005, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de marzo

²²⁴ Sala Primera en sentencia 69-2005 de las once horas diez minutos del nueve de febrero de dos mil cinco.

de dos mil cinco hace ver que las alternativas de solución de conflictos entre particulares tiene como objeto facilitar de manera célere y eficiente controversias, y para ello pueden recurrir a los métodos que estas prefieran sean estos auto compositivos, siendo estos indirectos, sin la ayuda de terceros, o bien, directos, tales como la mediación y la conciliación, o bien, hetero-compositivos donde existe la intervención de un tercero, el cual resuelve el conflicto mediante la imposición de su criterio.

La ley habla del dialogo que Artavia Barrantes en sus comentarios a la ley define como un medio sin intervención de terceros²²⁵; continua definiendo las figuras que indica el artículo segundo, y señala Artavia que la ley no hace diferencia aparente entre la Conciliación y la Mediación. La conciliación, dice, es un acto procesal, una etapa procesal o un acuerdo, la cual es facultativa y puede darse ante un conciliador o ante un juez; busca dar una solución al conversar sobre el conflicto. Por otro lado, la mediación, que la ley tiende a equiparar con la conciliación, la solución al conflicto es acordada por las partes, no es propuesta por el mediador, pues este no resuelve el conflicto, brinda un consejo y las partes pueden o no aceptarlo; señala Artavia que se trata de una persona neutral que es capaz de aislar sistemáticamente los problemas en disputa y su propósito es *“encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un mutuo acuerdo que se ajuste a sus necesidades”*,²²⁶ el mediador tiene un papel muy activo en el proceso, sin embargo su propósito único es lograr un acercamiento de las partes mediante el uso de diversas técnicas para que estas lleguen a un acuerdo²²⁷. Supone

²²⁵ Artavia Barrantes. *Comentarios y Jurisprudencia a la ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, ley RAC 7727*. (Cuarta Edición. Editorial Jurídica Faro, 2007), 14-20

²²⁶ Artavia Barrantes. *Comentarios y Jurisprudencia a la ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, ley RAC 7727*. (Cuarta Edición. Editorial Jurídica Faro, 2007), 14-20

²²⁷ *Ibíd.*

un medio de gran utilidad pues brinda privacidad, informalidad, confidencialidad, flexibilidad a las partes involucradas.

Como el dialogo, la negociación es un medio de cooperación y autocomposición indirecto donde las partes, a través de una secuencia de pasos, dice Artavia, se pueden lograr una solución.²²⁸ Por otra parte, se encuentra la transacción, la cual corresponde a un acuerdo que toman las partes a fin de poner fin a una controversia, dicho acuerdo corresponde a una serie de concesiones recíprocas que las partes plasman por escrito. Entonces, la transacción sigue las reglas de la contratación, es formal y por escrito, y cumple con una serie de requisitos tales como mencionar las pretensiones de las partes, el proceso pendiente entre ellas, la etapa en la que se encuentra y se hace una renuncia expresa al reclamo contra la otra parte, este contrato que suscriben las partes contiene las mencionadas concesiones recíprocas²²⁹.

La ley RAC en su artículo segundo menciona que las partes pueden recurrir a otras alternativas de solución de conflictos además de las mencionadas en el artículo, y según señala Artavia²³⁰, esta libertad de escogencia proviene del ejercicio de la autonomía de la voluntad, donde las partes pueden escoger un método conocido y estas le darán el valor que gusten, siempre y cuando la figura escogida no sea equiparable a los que menciona la ley, pues de ser así, perderá el valor asignado por las partes, y su valor será el que la ley le ha asignado ya. Algunas otras posibilidades serían la mediación-arbitraje, la mediola, la pericia arbitral, el pequeño juicio, la

²²⁸ *Ibíd.*

²²⁹ Artavia Barrantes. *Comentarios y Jurisprudencia a la ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, ley RAC 7727*. (Cuarta Edición. Editorial Jurídica Faro, 2007), 20-28.

²³⁰ *Ibíd.*

evaluación neutral previa, el oyente neutral, el experto neutral (neutral fact expert finding), decisión no obligatoria (adjudicator) u otras²³¹.

Artavia describe algunas de las alternativas no reguladas, por ejemplo, deja ver que la mediación-arbitraje, corresponde a una secuencia donde se inicia con un mediación y si la misma falla, las partes deben pasar a un arbitraje; similar, corresponde a la figura del mediola, el cual corresponde a una misma persona (lo que lo diferencia de la figura anterior), donde las partes deben pasar primero a una mediación y luego se someten a un arbitraje. También expone la figura del Arbitraje-Mediación, donde señala que el árbitro llega a una decisión, la cual conservará en un sobre cerrado, y previo a darla a conocer, da la opción a las partes de iniciar una negociación o bien, de entregar el laudo las partes para que las mismas lo lean; si las partes expresan su voluntad de negociar, el árbitro se constituirá en mediador; de no existir acuerdo, se recurrirá al laudo dictado inicialmente²³².

Resulta importante el estudio que hace Artavia de las figuras no reguladas por la ley, y también su criterio en cuanto a la pérdida de valor dado por las partes si la figura escogida puede ser equiparada a las reguladas por la ley, pues según el punto de vista del Jurista, quien mencionó en el texto la figura del amigable componedor, la escogencia por las partes de la figura (que al parecer no identifica como arbitraje) es equiparable a las figuras ya definidas por la ley, de lo cual señala:

“Sobre la Amigable Composición, definida por Carnelutti como “equivalente jurisdiccional” se señala como el antecedente del arbitraje, pero como ha dicho Alcalá-Zamora, no tiene vida ni

²³¹ *Ibíd.*

²³² Artavia Barrantes. *Comentarios y Jurisprudencia a la ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, ley RAC 7727*. (Cuarta Edición. Editorial Jurídica Faro, 2007), 20-28.

entidad propia, porque si la amigable composición triunfa, lo que logra es avenir a las partes, o sea, consigue que lleguen a adoptar alguna solución auto compositiva. Esto significa que la amigable composición constituye una actividad conciliadora de un tercero ajeno, el cual es aceptado por las partes en conflicto, como mediador para que procure conciliar a las partes. Su recomendación no es vinculante, obligatoria ni ejecutable, lo que lo diferencia del arbitraje, donde el árbitro impone su decisión con el dictado del laudo”²³³.

En cuanto al arbitraje, la ley 7727 a partir del capítulo tercero, sección uno, artículo 18, regula el arbitraje. El artículo 18 hace ver que el arbitraje está dirigido a controversias patrimoniales, donde las partes previamente por escrito expresan su voluntad de resolver sus desavenencias ante un árbitro. De igual manera deja ver que cualquier persona, incluso sujetos de derecho público puede optar por el arbitraje. Cabe resaltar que según el artículo 19 de esta ley, los arbitrajes son de derecho, a menos que las partes acuerden lo contrario, y a ese arbitraje denomina, arbitraje de equidad. Esta ley no hace mención de las figuras que estipula la ley de Arbitraje Comercial Internacional: el ex aequo et bono y la amigable composición.

²³³ Artavia Barrantes. *Comentarios y Jurisprudencia a la ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, ley RAC 7727*. (Cuarta Edición. Editorial Jurídica Faro, 2007), 20-28.

SECCIÓN II: NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA EN COSTA RICA

i. Aplicabilidad del Amigable Compositeur en la ley de Resolución Alternativa de Conflictos

A nivel jurisprudencial y doctrinario costarricense, existe un desconocimiento sobre la figura de la amigable composición; la cual se podría decir que se encuentra amparada en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, ley número 7727, en su artículo 2, en cual se habla de los diversos métodos de resolución alternativa de conflictos que se pueden utilizar en el país:

“Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”.

Por lo cual, de existir la figura del amigable componedor en el país, puede derivar su legalidad de este artículo. Es por esto que para insertar la figura de la amigable composición en la ley RAC se debe entender su naturaleza jurídica, sin embargo, se dice que la definición de esta figura *“parece una feliz creación resultante de la confusión dogmática y el azar”*²³⁴ Ya que *“pocos esquemas legales hay tan desconocidos como la amigable composición. Más aún: no se sabe bien si esta figura corresponde a un solo convenio o si únicamente se explica por la concurrencia de varios que se complementan; no faltará quien piense, además, que la composición no es un contrato, sino un procedimiento para la solución de conflictos e, inclusive, cómo se verá, a veces se confunde con el arbitraje en conciencia”*²³⁵.

²³⁴ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011.), p. 369

²³⁵ Gavira Gutiérrez, Enrique. *Separata preparada para la Cámara de Comercio de Medellín.* (1993) p.1

Ahora bien, existen tres teorías sobre la amigable composición: la teoría procesalista, la teoría contractualista y la teoría de mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

a) Teoría procesalista

En cuanto a la teoría procesalista, la cual se basaba en legislaciones europeas y tuvo validez hasta los años ochenta del siglo pasado, era la que equiparaba la figura del amigable componedor con el arbitraje de equidad (*ex aquo et bono*) también conocido como *juicio arbitral con arbitradores*, en otras jurisdicciones como por ejemplo la canadienses, como anteriormente se estudió, confunde ambas figuras en su artículo 944 del Código Civil de Quebec del año 1991. También la legislación argentina, equipara la amigable composición con el *ex aquo et bono* en el artículo 796²³⁶ del Código de Comercio. También en la legislación colombiana, la cual en su momento, se basó en la legislación española, decía en el artículo 1214 de su Código Judicial que:

“Pueden someterse a la decisión de arbitradores las controversias que ocurran entre personas capaces de transigir, en los casos que la ley permita la transacción”.

Sin embargo, la jurisprudencia colombiana moderna, la cual ha desarrollado de manera extensa y atinada esta figura, ha cambiado su perspectiva inicialmente procesalista por la teoría contractual, ya que estipula:

“que la amigable composición es un procedimiento eminentemente contractual; el arbitramento es un procedimiento judicial, aunque tenga fundamento inmediato en un

²³⁶ “Los amigables componedores procederán sin sujeción a normas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presenten, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes, y a dictar sentencia según su entender y saber”.

acuerdo de voluntades, que se comprometen a que particulares habilitados por ministerio de ley ejerzan la función estatal de dirimir un conflicto de intereses generando derogatoria de la jurisdicción estatal, para el caso concreto.

Los amigables componedores, por principio, no ejercen función estatal judicial; por el contrario, los árbitros sí, conforme lo establece directamente la Constitución Política.

La amigable composición es un mecanismo de autocomposición, los amigables componedores son representantes de las partes contratantes; el arbitramento es mecanismo de hetero composición.

La amigable composición se desarrolla en la forma acordada autónomamente por las partes; por el contrario, el arbitramento en cuanto a su tramitación se halla sujeto a regulación legal específica.

En atención a las características diferenciales enunciadas, se puede concluir entonces que, mientras la amigable composición surge plenamente del contrato, el arbitramento lo hace de la propia Constitución y la ley que dan eficacia al acuerdo de voluntad para que mediante él se derogue la jurisdicción, por principio, privativa del Estado'²³⁷.

b) Teoría Contractualista

Ahora bien, en cuanto a la teoría contractualista, se dice que cuando se habla de amigable composición, se habla de un contrato complejo, mixto o una unión de contratos. A su vez dicho contrato se dividen en tres contratos diferentes: *el contrato*

²³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-91 del 2000

*de composición propiamente dicho, el contrato de mandato con representación y el contrato de transacción o innominado.*²³⁸. Sin embargo, será hasta el inciso sobre aplicabilidad del amigable componedor en los Reglamentos de Arbitraje, donde se estudiarán a fondo los diversos tipos de contratos.

c) Teoría sobre mecanismo alternativo de resolución de conflictos

Para el presente subtema y en aplicación de la ley de Resolución Alternativa de Conflictos costarricense, lo más importante es entender los antecedentes de la amigable composición como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Es por esto que se dice que *“la amigable composición tuvo sus orígenes en un acuerdo privado entre litigantes dentro de una instancia judicial”*²³⁹, es decir, guardaba similitud con la conciliación tal y como la conocemos hoy en día. Inclusive, Chioveda la definió de la siguiente manera *“en los casos en que el magistrado tiene la facultad y el deber de intentar la conciliación de las partes el pleito puede cerrarse con un componendo procesal. La componenda o composición es un acto procesal porque se realiza con la intervención del magistrado como tal, que pone fin inmediatamente a la revisión procesal.*

*Como acto procesal, la composición está regulada por la ley procesal. Supone, como dijimos la intervención del magistrado...tiene además los efectos sustanciales que de ello pueda derivar como convención”*²⁴⁰.

²³⁸ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 376

²³⁹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 369.

²⁴⁰ Chioveda, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil.* (Editorial REus, Madrid. 1922.) p. 381 y 382

Es en esta definición que quedan evidenciados los inicios de la amigable composición dentro de los cánones de lo que hoy se conoce como conciliación, ya que es la figura del magistrado, o del tercero, la que insta y ayuda a las partes a llegar a un acuerdo.

Sin embargo, después de diversos cambios que sufrió la figura, tal y como quedó constando en la evolución histórica de la primera parte de este capítulo, queda clara la diferenciación que existe actualmente entre la amigable composición y la conciliación; especialmente porque se dice que *“la amigable composición es más que una simple relación contractual: constituye un negocio jurídico complejo formado por varias relaciones jurídicas contractuales o no contractuales que se yuxtaponen en forma sucesiva por etapas, originando un método o mecanismo orientado a la solución de controversias”*. Es por esto que la conciliación y la amigable composición son mecanismos distintos, ya que la amigable composición tiene requisitos previos, tal y como lo hace el arbitraje con la utilización de la cláusula compromisoria.

Es decir, la amigable composición consta de tres etapas: la de la institución de la amigable composición, la cual debería estar amparada en la ley RAC costarricense dentro de los métodos alternos de resolución de controversias; el convenio de amigable composición, el cual tiene una similitud con la cláusula arbitral al ser incluida en los contratos para otorgarles a las partes la posibilidad de resolver sus conflictos; y la composición, la cual es la solución a la que llegaron a las partes con la ayuda de terceros, tal y como lo es el laudo en la vía arbitral o el acuerdo conciliatorio al final de una conciliación exitosa.

Ahora bien, otra diferencia entre la conciliación y la amigable composición, es la libertad a la hora de la búsqueda de soluciones; ya que la conciliación, tal y como lo

estipula el artículo 5 de la Ley RAC costarricense, es libre y no supone requisitos previos en los contratos, ni presupone tampoco limitaciones a la hora de escoger al conciliador:

ARTÍCULO 5.- Libertad para mediación y conciliación

La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley.

Aunado a esto, existen requisitos previos a la amigable composición *“ya que supone la presencia y ejecución del contrato de amigable composición o acuerdo final; pero estas son solo etapas necesarias para desarrollar el mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado amigable composición”*²⁴¹.

Es por esto que la definición moderna de la amigable composición dista mucho de la conciliación y si bien tiene similitudes en cuanto a ciertos requisitos, con el arbitraje, veremos más adelante que igual existen diferencias sustanciales entre ambas figuras. Por lo cual, según lo estudiado anteriormente, es correcto decir que la amigable composición sirve de figura intermedia entre la conciliación y el arbitraje, y que además presupone una novedad en los métodos alternos de resolución alterna de conflictos.

Entonces, la amigable composición presupone un método eficaz, simple y veloz de solución alterno de controversias; y como bien lo ha explicado la doctrina colombiana

²⁴¹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 378

“(la figura) se podría explicar imaginando dos personas separadas por alguna diferencia, las cuales, en lugar de optar por la justicia ordinaria o la arbitral, encargan a dos o tres amigos la tarea de solucionar el conflicto, tarea que efectivamente cumplen conversando con las partes, con sus conocidos, solicitando la opinión de expertos, meditando, negociando o haciendo concesiones recíprocas, hasta llegar a la solución final; así es y así funciona la amigable composición, figura que podríamos calificar entonces como un procedimiento informal y simplificado al extremo, que no es judicial ni arbitral, sino de derecho privado, que se cumple desarrollando tres contratos y que no está bajo el mando de jueces o árbitros, sino de delgados contractuales de las partes, encargados de llevar a cabo cierto arreglo”²⁴².

En cuanto a la figura del amigable componedor, se trata de una figura bastante libre y amplia, ya que no presupone gran cantidad de requisitos. Por ejemplo, en el caso colombiano, el amigable “para ejercer el cargo de amigable componedor la ley no exige condiciones especiales, como la calidad de abogado (atributo necesario para la conciliación en derecho y el arbitraje), la capacitación previa (exigencia para ser conciliador) o vinculación a un centro de métodos alternos de solución de conflictos (como el conciliador). Desde esta perspectiva, es factible que el amigable componedor sea una persona natural o jurídica plenamente capaz, nacional o extranjera”²⁴³.

Al igual que el caso colombiano, en Costa Rica se deben cumplir con ciertos requisitos para ser conciliador a nivel de Centros²⁴⁴; sin embargo, en cuanto a la ley RAC

²⁴² Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 378

²⁴³ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), 431

²⁴⁴ Artículo 6 del Reglamento Interno del CFIA

“Cada neutral aportará currículum de vida actualizado y atestados que indiquen su especialización, así como su experiencia técnica y profesional.

costarricense solamente se estipula los deberes del conciliador o el mediador, pero no enumera taxativamente los requisitos para ser conciliador, como si lo hacen los Centros²⁴⁵. En el caso del CFIA, entre sus requisitos se habla de miembros del CFIA con cierto grado de conocimiento en conciliación, lo cual hace pensar que los conciliadores pueden ser ingenieros o arquitectos y no necesariamente abogados, abriendo así la posibilidad de los amigables componedores en caso de que este Centro ya que *“la calidad de persona jurídica es una alternativa interesante para aquellos casos*

Podrán ser conciliadores los miembros del CFIA que tengan sus cuotas al día, cuenten con al menos cinco años de ejercicio de la profesión, y que hayan cumplido con el proceso de capacitación teórica—práctica y de práctica supervisada del CRC, con un mínimo de ciento veinte horas cursadas. Aquellos miembros que hayan recibido capacitación teórica en conciliación y manejo de conflictos fuera de los programas del CRC, podrán incorporarse a la fase de capacitación práctica y de práctica supervisada, siempre y cuando acrediten que hayan recibido al menos ochenta horas de capacitación teórica impartida en una entidad de reconocida experiencia y el programa se haya adecuado a los contenidos teóricos del CRC”.

Artículo 25 del Reglamento Interno del CAM

Podrán ser Neutrales del CAM-CR, los miembros del Colegio de reconocida solvencia moral, que tengan al menos diez años de incorporados, con las excepciones de este Reglamento, y que acrediten capacitación teórica y experiencia práctica en el o los mecanismos RAC en los que soliciten su registro. También podrán ser Neutrales del CAM-CR los profesionales que no sean abogados pero que por su profesión y experiencia técnica, puedan ser nombrados por el CAM-CR o las partes en los mecanismos RAC que este Reglamento disponga.

Artículo 26 del Reglamento Interno del CAM

Podrán ser Mediadores del CAM-CR los profesionales que acrediten al menos ciento veinte horas de capacitación teórica, así como sesenta horas de capacitación práctica en el CAM-CR, o experiencia práctica como Mediadores en otros centros de resolución de conflictos, debidamente comprobada a criterio del Consejo.

Artículo 22 del Reglamento Interno del CCA

Los requisitos para ser incluido en la lista de conciliadores que lleva el Centro, son los siguientes: 1) Presentar la solicitud correspondiente a la Dirección, en la cual se compromete a cumplir con los reglamentos emitidos por el Centro. 2) Presentar su hoja de vida en la cual se acredite su idoneidad moral y profesional. 3) Tener conocimientos sólidos en conciliación. El Consejo Directivo del Centro establecerá los requisitos en cuanto al tipo de cursos, intensidad horaria, evaluaciones, y en general los criterios que deberá cumplir el solicitante en materia de capacitación. 4) Cumplir con los requisitos que para tal efecto establece la Ley. 5) Contar con la respectiva aprobación del Consejo Directivo del Centro.

²⁴⁵ ARTÍCULO 13.- Deberes del conciliador

Son deberes del mediador o conciliador: a) Mantener la imparcialidad hacia todas las partes involucradas. b) Excusarse de intervenir, en los casos que le representen conflicto de intereses. c) Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación o conciliación, así como de las implicaciones legales de los acuerdos conciliatorios. d) Mantener la confidencialidad sobre lo actuado por las partes en el procedimiento de mediación o conciliación y sobre los actos preparatorios del acuerdo conciliatorio. e) En los supuestos del artículo 369 del Código Procesal Civil.

*de amigable composición técnica en los que la decisión puede provenir de un organismo especializado en el asunto objeto de la controversia*²⁴⁶. Como lo son en el caso del CFIA, al ser dirigidos a temas de construcción o temas ingenieriles muy específicos.

En cuanto a los árbitros en el caso de Costa Rica, sí existen criterios más restrictivos de admisión a los Centros²⁴⁷ y en la Ley RAC, en su artículo 25, estipula que:

“Pueden ser árbitros todas las personas físicas que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no tengan nexo alguno con las partes o sus apoderados y abogados.

²⁴⁶ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 431.

²⁴⁷ Artículo 6 del Reglamento Interno del CFIA

Podrán formar parte de la lista de árbitros de equidad los miembros del CFIA que tengan sus cuotas al día, más de diez años en el ejercicio liberal de la profesión y de permanecer incorporados al CFIA, que tengan experiencia o formación en el campo del arbitraje, y sean reconocidos como autoridades en su área, tanto por sus condiciones profesionales como morales. Cuando en un arbitraje doméstico las partes propongan árbitros que no estén en la lista del CRC, únicamente podrán fungir como árbitros de equidad y de derecho en los tribunales colegiados, siempre y cuando sean profesionales acreditados ante los colegios profesionales respectivos, cumplan con los requisitos de este reglamento y se sometan a las disposiciones del capítulo VIII “De la ética de los neutrales”. En todo caso, la función de árbitro director y presidente del tribunal arbitral sólo podrá ser ejercida por un árbitro inscrito en la lista del CRC.

Artículo 25 del Reglamento Interno del CAM

Podrán ser Neutrales del CAM-CR, los miembros del Colegio de reconocida solvencia moral, que tengan al menos diez años de incorporados, con las excepciones de este Reglamento, y que acrediten capacitación teórica y experiencia práctica en el o los mecanismos RAC en los que soliciten su registro. También podrán ser Neutrales del CAM-CR los profesionales que no sean abogados pero que por su profesión y experiencia técnica, puedan ser nombrados por el CAM-CR o las partes en los mecanismos RAC que este Reglamento disponga.

Artículo 28 del Reglamento Interno del CAM

El CAM-CR contará con un registro de árbitros/as de derecho y nacionales, que deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) Ser de reconocida solvencia moral; b) Ser abogado/a; c) Tener más de diez años de ejercicio profesional; d) Acreditar una especialidad, postgrado o experiencia docente en el área del derecho; e) Haber cursado y aprobado al menos doscientas horas de capacitación en arbitraje impartido por el Colegio o por otros centros autorizados para tal fin, o en su defecto, que demuestren haber participado como árbitros, secretario de un Tribunal Arbitral o abogados de parte en al menos diez procesos arbitrales.

Artículo 21 del Reglamento Interno del CCA

Los requisitos para ser incluido en la lista de árbitros que por especialidad lleva el Centro, son los siguientes: 1. Presentar la solicitud correspondiente a la Dirección, en la cual se compromete a cumplir con los reglamentos emitidos por el Centro. 2. Presentar su hoja de vida en la cual se acredite su idoneidad moral y profesional. 3. Tener conocimientos sólidos en la materia arbitral. El Consejo Directivo del Centro establecerá los requisitos en cuanto al tipo de cursos, intensidad horaria, evaluaciones, y en general los criterios que deberá cumplir el solicitante en materia de capacitación. 4. Haber cumplido 5 años en el ejercicio de su especialidad profesional. 5. Cumplir con los requisitos que para tal efecto establece la Ley. 6. Contar con la respectiva aprobación del Consejo Directivo del Centro, el cual establecerá criterios objetivos para la selección de árbitros, basados en el número de árbitros acreditados y las especialidades de éstos.

Tratándose de arbitrajes de derecho, los árbitros deberán ser siempre abogados y tener como mínimo cinco años de incorporados al Colegio de Abogados.

Las personas jurídicas que administren institucionalmente procesos de arbitraje, podrán designar su propia lista de árbitros de conciencia y árbitros de derecho, los cuales deberán cumplir con los requisitos establecidos en la presente ley.

No obstante lo dispuesto en el presente artículo, los órganos jurisdiccionales no podrán ser investidos como árbitros de equidad ni de derecho”.

Es por esto, que queda claro que en caso de incluirse la figura del amigable componedor en la Ley RAC, como una de las propuestas de la presente investigación, sería con similitudes más propias a la figura del conciliador, el cual posee menos requisitos y más libertades que la figura de árbitro. También sería de suma importancia agregar la posibilidad del nombramiento de amigables componedores extranjeros, en el supuesto de que *“sus funciones no tienen naturaleza jurisdiccional y por tanto no se viola ningún principio de la soberanía de jurisdicción”* Además, cabe destacar que *“aunque el cargo de amigable componedor es personal, de confianza e intuitu personae, nada impide que aquel acuda a los servicios de auxiliares y expertos en otras ciencias a fin de complementar su juicio. En todo caso, lo que no puede delegar es la decisión final o composición en otro tercero”*²⁴⁸.

En cuanto al nombramiento de los amigables componedores, la doctrina colombiana no ha sido muy extensiva en el tema, ya que se permite que sea un amigable componedor o varios, los que resuelvan el conflicto entre las partes; sin embargo, de incorporarse la figura del amigable componedor en la Ley RAC costarricense, se estima conveniente seguir con el esquema de número impar al cual están sometidos

²⁴⁸ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 431.

los tribunales arbitrales, bajo el artículo 24²⁴⁹ de dicha ley, evitando así un empate a lo hora de emitir la composición.

Ya una vez delimitando el número y la forma de nombramiento de los amigables componedores, se puede proceder a hablar sobre sus formas de nombramiento. En el caso de la ley colombiana en el artículo 132 de la ley 466 establece que:

“las partes podrán nombrar al amigable componedor directamente o delegar en un tercero la designación. El tercero delegado por las partes para nombrar al amigable componedor puede ser una persona natural o jurídica”.

Por lo tanto, existen tres maneras de elegir a los amigables componedores: por nombramiento directo por las partes, por delegación del nombramiento en un tercero o bien una fórmula mixta.

En cuanto al nombramiento directo, este se entiende como el nombramiento hecho por las partes, sea de manera conjunta o separada, tal y como sucede con el nombramiento de árbitros (sea tribunal unipersonal o colegiado) según la Ley RAC costarricense en sus artículos 26²⁵⁰ y 28²⁵¹ respectivamente. Es importante recalcar

²⁴⁹ Artículo 24: Número de árbitros del tribunal: Los tribunales arbitrales podrán ser unipersonales o colegiados; en este último caso, deberán estar integrados por tres o más miembros, siempre que sea un número impar. Si las partes no han convenido en el número de árbitros el tribunal se integrará con tres.

²⁵⁰ ARTÍCULO 26.- Tribunal unipersonal

Si ha de nombrarse un tribunal unipersonal, cada una de las partes propondrá a la otra el nombre de una o más personas que puedan ejercer las funciones de árbitro. Cuando alguien sea propuesto como árbitro, deberá indicarse su nombre, domicilio y dirección exactos, nacionalidad; así como una descripción de los méritos o las credenciales que posee para ser nombrado árbitro en el caso concreto. Si las partes no llegaren a un acuerdo sobre el nombramiento del árbitro dentro del plazo de quince días, contados a partir de la fecha en que una de las partes hubiere requerido a la otra someter la controversia a arbitraje, cualquiera de ellas podrá requerir el nombramiento del árbitro a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, de la lista que para ese efecto disponga la Corte Plena; al Colegio de Abogados o cualquier entidad debidamente autorizada para administrar arbitrajes, según las reglas de esa entidad. En caso de conflicto, la Secretaría General de la Corte dentro de un plazo de ocho días, deberá nombrar al árbitro, en riguroso turno de la lista que se llevará con ese propósito.

²⁵¹ ARTÍCULO 28.- Nombramiento de árbitros

que en caso de que cada parte nombre a un amigable componedor y se necesite de un tercer componedor, que sean los primeros dos componedores los que le nombren, emulando así el nombramiento de árbitro presidente en un Tribunal²⁵², con la salvedad de que en caso de los amigables componedores, no existe la figura del presidente. . En cuanto a la delegación del nombramiento por un tercero, se puede utilizar de referencia el artículo 27²⁵³ de la Ley RAC que prevé el nombramiento de tercero y las consecuencias y pasos a seguir en caso de que el tercero no cumpla con la designación solicitada. Y en cuanto a la forma mixta, esta “*consiste en el nombramiento parcial por las partes y el nombramiento parcial por un tercero delegado*”²⁵⁴. De igual manera, sea cual sea el tipo de nombramiento elegido por las partes, este no dista de las formas de nombramiento ya conocidas y establecidas en el arbitraje.

Ahora bien, así como existe la posibilidad de designar a un amigable componedor, debe existir también algún impedimento para poder ser nombrado o bien, causas de recusación que se puedan presentar una vez iniciado el proceso. Hasta el momento la doctrina colombiana, he dicho que “*el amigable componedor no desarrolla, de ninguna manera, funciones jurisdiccionales, lo que parece suficiente para concluir que resulta inoficioso hablar de impedimentos o recusaciones; sin embargo, por la calidad de la gestión encomendada en él (dirimir*

Cuando deban nombrarse tres árbitros, cada una de las partes nombrará a uno de ellos. Los árbitros así nombrados escogerán al tercer árbitro, quien ejercerá las funciones de presidente del tribunal.

²⁵² Según artículo 28 de la Ley RAC

²⁵³ ARTÍCULO 27.- Nombramiento a cargo de un tercero

Cuando las partes acuerden que un tercero nombre al tribunal arbitral, el nombramiento se hará dentro de los quince días siguientes a la solicitud de las partes. Antes del nombramiento, el tercero designado deberá informarse sobre la naturaleza de la controversia, para garantizar la idoneidad de los árbitros por nombrar. También deberá tomar las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de árbitros independientes e imparciales. En caso de que el acuerdo arbitral disponga que un tercero nombre a los árbitros y este no lo haga dentro del plazo de quince días contados a partir de la fecha en que se le requirió el nombramiento, cualquiera de las partes podrá pedir el nombramiento a la Secretaría General de la Corte, al Colegio de Abogados o a cualquier entidad autorizada para administrar procesos arbitrales.

²⁵⁴ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 432.

el conflicto) y por ser un cargo intuitu personae, de la entera confianza de los componentes, es importante establecer referencias contractuales que a manera de causales de impedimentos o inhabilidades impiden de forma alguna menoscabar la independencia y neutralidad que necesariamente implica el cargo. Estas causales pueden ser presentes o sobrevinientes al comienzo de las funciones”²⁵⁵.

Sin embargo, en el supuesto “*de la existencia de una causal de inhabilidad frente a alguna de las partes no necesariamente produce vicio o defecto inmediato en el acuerdo final o composición, sino que se traduce en un incumplimiento de la relación contractual que vincula a dicha parte con el amigable componedor inhabilitado, es importante establecer, como regla de juego (en el contrato de composición) que de existir una causal que inhabilite al componedor y si este continúa con la gestión haciendo caso omiso de la protesta formulada por alguna de las partes, dicha circunstancia podrá alegarse como una excepción en cualquier proceso judicial en el cual se pretenda cumplir la composición, para que si el juez confirma la existencia de la inhabilidad, se declare la inoponibilidad automática de dicha composición, sin lugar a indemnizaciones entre las partes, pero dejando viva la responsabilidad del amigable componedor declarado inhábil”²⁵⁶. Es por esto, que más que hablar de una recusación de un amigable componedor, como si se utiliza en el caso de un árbitro²⁵⁷(ya que este posee funciones jurisdiccionales), debería verse el impedimento del amigable componedor como una imposibilidad de carácter*

²⁵⁵ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 433.

²⁵⁶ Il Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 434.

²⁵⁷ Ley RAC. ARTÍCULO 31.- Causas de recusación

Son causas de recusación de un árbitro las mismas que rigen para los jueces, así como la existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. La persona propuesta o nombrada como árbitro deberá revelar por escrito a las partes, de oficio o a requerimiento de estas, todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Una parte solamente podrá recusar al árbitro nombrado por ella, por causas que haya conocido con posterioridad a su designación.

contractual, ya que sobreviene e imposibilita la aplicación del contrato de amigable composición. O bien, de continuar el proceso de amigable composición, aun y cuando se encontrase inhabilitado el amigable componedor, esto podría presuponer una nulidad en el acuerdo de composición²⁵⁸.

Ahora bien, para hablar de la responsabilidad del amigable componedor, se dice que *“el amigable componedor responderá civil y penalmente por los daños causados a las partes en el desarrollo y cumplimiento de su cargo. Sin embargo, no podrá ser inculcado por ninguno de los delitos propios de la recta administración de justicia porque no tiene jurisdicción ni mando. En todo caso, de tratarse de un profesional cuya decisión deba ser de carácter técnico y se evidencie un descuido o negligencia grave, evidente imparcialidad, podrá ser sometido a los juicios y sanciones correspondientes al indebido ejercicio de su profesión, cuya competencia recae en las organizaciones de ética gremiales, independientemente de los juicios de responsabilidad civil.*

La responsabilidad civil de los amigables componedores siempre será de tipo contractual y podrá ser reclamada, cuando quiera que incumpla con las obligaciones propias de su cargo”²⁵⁹.

Ahora bien, la responsabilidad del amigable componedor se deriva de sus diversas funciones y obligaciones. La obligación más importante del amigable componedor, es la obligación de medios y de resultado. Se dice que *“la obligación principal del componedor es de medios, en el sentido de que no se puede comprometer a que el resultado de su gestión sea compartido y del agrado de las partes, pues su labor circunscribe a desarrollar sus mejores esfuerzos; a poner toda su diligencia y experiencia profesional en la búsqueda de la solución más adecuada”* Pero se habla también de una obligación de resultado *“respecto al encargo de*

²⁵⁸ Cabe destacar que el acuerdo de composición, también llamado “composición” se entiende como el acuerdo final al que llegan las partes con la ayuda del amigable componedor.

²⁵⁹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 435.

componer o solucionar el litigio o diferencia, (...), porque debe cumplir con ese encargo dentro del término y condiciones establecidas, es decir, en cuanto a la solución o composición misma del diferendo. Vemos, pues, que el amigable componedor no es un simple mediador, negociador, o intermediario, sino que constituye un verdadero definidor de conflictos. En este sentido, la obligación del amigable componedor será siempre una obligación de resultado: tomar la decisión final y consignarla en el documento de composición”²⁶⁰.

También, se puede hablar de la función de recaudar pruebas que estipula que el amigable componedor tiene la facultad de contratar peritos pertenecientes a alguna ciencia o campo específico. Esto, con el fin de ayudarlo en la solución del conflicto. También se dice que el amigable componedor “*se entiende facultado para efectuar inspecciones oculares, verificación de bienes y documentos, por a las partes y a terceros y en general, para procurar llegar a un buen juicio o decisión, pero no tiene poderes coercitivos para conminar a las partes o testigos a comparecer, para exigir la exhibición de libros o documentos y para que se le muestre lo que es objeto de la inspección ocular*”²⁶¹, a sabiendas de que el amigable componedor no posee potestades jurisdiccionales y por lo tal no tiene métodos coercitivos para el recabo de prueba. Es entonces donde subsidiariamente de esta función, se deriva una obligación para las partes de facilitar las pruebas que el componedor requiera ya que “*cuando las partes suscriben el contrato de amigable composición, asumen la obligación de facilitar el cumplimiento de la labor de los amigables componedores, por el simple hecho de desempeñar dicho cargo, constituyendo la natural consecuencia del principio de buena fe que las vincula*”²⁶².

²⁶⁰ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 437-438.

²⁶¹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 436.

²⁶² Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 436.

Ahora bien, después de este sucinto estudio doctrinal sobre las facultades y obligaciones del amigable componedor como una de las figuras centrales de la amigable composición, es una de nuestras sugerencias, agregar en la Ley RAC costarricense, un acápite dentro del cual se expliquen brevemente dichas obligaciones y facultades.

Por último, se debe hablar de la composición, su naturaleza jurídica, su importancia, así como sus efectos jurídicos. Primeramente es importante definir la composición como el acuerdo final del mecanismo de resolución alterna de conflictos llamado amigable composición, el cual obliga a sus partes a ejecutar los acuerdos tomados por el amigable componedor. Ahora existen dos posiciones en cuanto a la naturaleza de la composición: se le ha definido como convención y se le ha definido también como acuerdo de transacción.

En cuanto a su definición como una convención, se dice que la composición se entiende como un convenio de carácter contractual. ya que *“la decisión sometida a amigables componedores no es nada diferentes de un contrato, resulta cuando un contrato se ha elaborado por escrito, se han consignado claramente los motivos de la discrepancia y se indica que la decisión de esta la tomaron determinadas personas (amigables componedores), aceptando las partes lo que esos componedores decidan; al producirse, la decisión obliga con los mismos efectos de un contrato, pues el estatuto procesal es muy claro en señalar que la declaración de estos tiene valor contractual entre ellos. Si bien las obligaciones y derechos incorporados en el acuerdo final de*

*composición pueden exigirse contractualmente, la amigable composición va mucho más allá, como que produce efectos de cosa juzgada*²⁶³.

Sin embargo, la doctrina colombiana ha ampliado la naturaleza jurídica de la composición y en vez de solo calificarlo como una convención o contrato, se le ha dado la calidad jurídica de acuerdo de transacción *“porque la amigable composición suscita precisamente la idea de un esfuerzo conciliador, tendente a superar la controversia con base en recíprocas concesiones; no otra cosa da a entender el adjetivo “amigable” y el sustantivo “compromiso”; pero ha de advertirse que, para que así puedan proceder, los amigables componedores requieren una autorización expresa, con especificación de los bienes, derechos o acciones sobre los que se pueda transigir*²⁶⁴ Sin embargo, en la jurisprudencia costarricense la transacción dista de la figura de la amigable composición, tal y como se estudiará en la sección siguiente.

Lo importante, en cuanto a la composición, es entender que *“corresponde a un negocio jurídico abierto, general, moldeable, pero típico y denominado, precisamente composición. Esta tipicidad general, abierta y moldeable permite estructurar el acuerdo final con libertad de contenido, recogiendo en su seno las diferentes formas contractuales, nominadas e innominadas, pero sin que pueda confundirse la composición con la relación contractual utilizada como fórmula de solución. También permite incorporar fórmulas no contractuales como el pago de una obligación o su extinción*²⁶⁵. Por lo cual la finalidad de la composición es componer o dar fin al conflicto, independientemente de que la solución de dicho conflicto sea de carácter meramente contractual o bien cualquier otra solución amplia y satisfactoria que pueda

²⁶³ G Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 415

²⁶⁴ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 417.

²⁶⁵ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 420.

dar por concluido el conflicto entre las partes. Cabe destacar que aún y cuando el compromiso presente fuerza vinculatoria entre las partes, este no presupone el carácter ni de sentencia judicial ni de laudo arbitral.

Sin embargo, al igual que un laudo o un acuerdo conciliatorio, el compromiso debe cumplir con requisitos de forma para su validez, los cuales, a criterio de este trabajo de investigación, deben formar parte del articulado de la Ley RAC en caso de que esta incluyese la figura de la amigable composición en su cuerpo normativo. En cuanto a los requisitos mínimos de la composición, se deben mencionar cuatro: las partes, el estado y la forma de cumplimiento de la relación jurídica, la forma de decidir, y la formalidad de la decisión²⁶⁶.

En cuanto a las partes, estas deben estar claramente incluidas en la composición, ya que es a ellas, a quienes les compete lo resuelto por el amigable componedor.

En cuanto al estado y la forma de cumplimiento, el componedor deberá estipular lo decidido así como su forma de cumplimiento; es decir si existe una obligación de hacer o de no hacer y cómo y cuándo deben las partes llevarla a cabo; o bien, si el componedor declarase nulo un contrato, deberá estipular las consecuencias para las partes. La importancia del estado y la forma del cumplimiento, radica en que independientemente de la solución del conflicto, a la que haya llegado el componedor, y al amparo de la amplitud, libertad y flexibilidad que se la ha conferido, la solución del conflicto y su ejecución puede ser tan amplia como el componedor, en su momento, considere necesario.

²⁶⁶ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 421.

En cuanto a la forma de decidir, deberá el componedor estipular en la composición, si lo suyo fue una decisión “en equidad” o “en derecho” o en qué basa su decisión. O bien, si fue una decisión de mayoría en caso de haber sido nombrado más de un componedor.

Y en cuanto a la formalidad, se entenderá como el requisito mínimo de la composición para que pueda surtir efectos legales, como lo sería, que el compromiso conste de manera escrita o bien si necesita de algún elemento de autenticación como lo es la firma de las partes.

Es por esto que a nivel del presente trabajo de investigación, se cree fundamental incluir en el articulado de la Ley RAC costarricense, los requisitos de la composición, como el acuerdo final al que llegan las partes y el amigable componedor; utilizando como base los artículos de la SECCIÓN V, donde constan los requisitos del laudo, así como ARTÍCULO 12, donde constan los requisitos de la conciliación.

ii. Aplicabilidad de la Amigable Composición en el Nuevo Código Procesal Civil

En la presente sección se hará un análisis de la aplicación de la figura del amigable componedor y de la amigable composición desde la perspectiva del Nuevo Código Procesal Civil Costarricense. Primeramente es importante recordar que este código

conocido como Ley 9342, entró en vigencia desde el 8 de octubre de 2018 y como lo estipula su artículo 1 su ámbito de aplicación son:

“Los procesos de naturaleza civil y comercial y aquellos que no tengan legislación procesal especial se regirán por las disposiciones de este Código”.

Por lo cual, al ser la amigable composición un método de resolución alterna de conflictos que busca descongestionar el sistema judicial y cuyas materias deben ser de carácter transigible, se puede aplicar este Código.

Además, y como se estudiará más adelante, la amigable composición tiene carácter de excepción procesal, entendiéndose como una excepción previa o una excepción de fondo; y también presupone una forma anormal de terminación del proceso.

De igual manera se ha creído erróneamente, que la amigable composición es una especie del género transacción, con lo cual se estudiará su naturaleza jurídica y su aplicación en de acuerdo con el Código.

a) Diferencias entre la transacción y la amigable composición.

El doctrinario costarricense Alberto Brenes Córdoba define la transacción como *“la forma más racional de dirimir las contiendas, puesto que así se evitan gastos, pérdida de tiempo y enojosas querellas, Hay una ventaja, sobre todo, de que por este medio se restablece la buena armonía cordialidad entre los que se hallan divididos por antagonismos hijos del interés, del capricho o del egoísmo”*²⁶⁷, con lo cual la coloca como una forma para dirimir conflictos; inclusive

²⁶⁷ Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las obligaciones. 5ª edición.* (San José. Editorial Juricentro. 1981) p. 566-567. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MjcwMA==>

posee tanta relevancia en el ámbito civil de la legislación costarricense, que todo los artículos del título XII, del Capítulo 1 del Código Civil se refieren a las transacciones²⁶⁸.

²⁶⁸ ARTÍCULO 1367.- Toda cuestión esté o no pendiente ante los Tribunales puede terminarse por transacción.

ARTÍCULO 1368.- La transacción se rige por las reglas generales de los contratos en lo que no esté expresamente previsto en este título.

ARTÍCULO 1369.- Toda transacción debe contener los nombres de los contratantes; la relación puntual de sus pretensiones; si hay pleito pendiente, su estado y el Juez ante quien pende; la forma y circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquier acción que tenga el uno contra el otro.

ARTÍCULO 1370.- Cuando la transacción previene controversias futuras, debe constar por escrito, si el interés pasa de doscientos cincuenta pesos.

En los litigios pendientes cualquiera que sea el valor de la acción, debe hacerse constar por escrito.

ARTÍCULO 1371.- Si la transacción se refiere a un pleito pendiente, puede hacerse en una petición dirigida al Juez y firmada por los interesados o a su ruego, mediando la respectiva autenticidad con arreglo a la ley.

ARTÍCULO 1372.- La renuncia general de los derechos no se extiende a otros que a los relacionados con la disputa sobre la que ha recaído la transacción y a los que, por una necesaria inducción de sus palabras, deban reputarse comprendidos.

ARTÍCULO 1373.- Sólo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos.

ARTÍCULO 1374.- La transacción hecha por uno de los interesados no perjudica ni aprovecha a los demás si no la aceptan.

ARTÍCULO 1375.- Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, pero no por eso, si el delito es de orden público, se extingue la responsabilidad criminal ni se da por probado el delito.

Tratándose de delitos que el derecho penal califica de privados, la transacción puede extenderse a ambas responsabilidades: la civil y la penal.

ARTÍCULO 1376.- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio; más sin que la transacción importe adquisición o pérdida del estado, sí puede transigirse sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieran deducirse a favor de una persona.

ARTÍCULO 1377.- Es nula la transacción que verse sobre delito, dolo o culpa futuros y sobre la acción civil que nazca de ellos; sobre la sucesión futura o sobre la herencia, antes de abrirse la testamentaria del causante.

También es nula la transacción sobre el derecho de recibir alimentos, pero se podrá transigir sobre las pensiones alimenticias ya debidas.

ARTÍCULO 1378.- La transacción celebrada con presencia de documentos que después se han declarado falsos por sentencia judicial, es nula.

ARTÍCULO 1379.- Es nula la transacción sobre cualquier negocio que esté decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados o por uno de ellos.

Ahora bien, en cuanto a una característica fundamental de la transacción “*es, por un lado, que se trate de un asunto susceptible de contención judicial; y por otro, que medien en el arreglo concesiones mutuas, de suerte que cada parte ceda en uno o varios puntos, a cambio de la ventaja que la contraria le otorgue en otros. Porque si una parte se allana por completo a las pretensiones de la otra sin obtener nada en recompensa, no puede decirse que ha mediado transacción en la contienda. De este modo, cuando el demandado contesta afirmativamente la demanda, no se produce transacción, sino el reconocimiento categórico del derecho que asiste al demandante*”²⁶⁹.

Continuando con las similitudes, se habla de transacción como “*un contrato por cuyo medio, haciéndose los estipulantes recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o evitan un litigio eventual*”, lo cual desdibuja una similitud impresionante con la amigable composición la cual también, por medio de contrato o convenio llamado composición, termina un litigio entre las partes.

ARTÍCULO 1380.- Puede rescindirse la transacción cuando se hace en razón de un título nulo, a no ser que las partes hayan tratado expresamente de la nulidad.

ARTÍCULO 1381.- El descubrimiento de nuevos títulos o documentos no es causa para anular o rescindir la transacción si no ha habido mala fe en la otra parte, por haber ésta conocido y ocultado los títulos.

ARTÍCULO 1382.- No podrá intentarse demanda contra el valor o subsistencia de una transacción sin que previamente se haya asegurado la devolución de todo lo recibido a virtud del convenio que se quiere impugnar.

ARTÍCULO 1383.- En las transacciones ha lugar a la evicción y saneamiento únicamente en el caso en por ellas, dé una de las partes a la otra alguna cosa que no era objeto de la disputa.

ARTÍCULO 1384.- Si en la transacción se ha pactado una pena para el que no cumpla, habrá lugar a ella contra el que faltare, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes, salvo que se haya estipulado lo contrario.

ARTÍCULO 1385.- La transacción tiene respecto de las partes de la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada.

²⁶⁹ Brenes Córdoba, Alberto. *Tratado de las obligaciones. 5º edición.* (San José. Editorial Juricentro. 1981) pp. 566-567. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MjcwMA==>

Además, una vez definida la transacción, se entiende que su similitud con la amigable composición en que *“las diferencias sometidas a consideración del amigable componedor sean de aquellas susceptibles de resolverse por transacción, de ninguna manera implica que la amigable composición sea una especie de género “transacción”, ni menos que el acuerdo final o composición equivalga a una transacción”*²⁷⁰.

Sin embargo, la diferencia más importante radica en que *“el amigable componedor puede darle la razón a una sola de las partes y, por tanto, resolver la diferencia estableciendo obligaciones única y exclusivamente a cargo de un contratante y por la totalidad del derecho debatido, lo cual repugna a la transacción, pues por sabido se tiene que dicha institución requiere renunciaciones mutuas”*²⁷¹, con lo cual sería un grave error igualar ambas figuras, ya que esa diferencia en cuanto a las renunciaciones, hace que se hable de dos figuras completamente distintas. Por lo tanto, esta distinción es fundamental, al no poder comparar la transacción con la amigable composición, lo cual presupone un análisis doctrinario diferente, para ambas figuras y además presupone a su vez un tratamiento legal distinto. Es por esto que aún y cuando en la legislación costarricense ya existe la transacción, debería existir el mismo valor jurídico para con la amigable composición.

b) Posible inclusión de la figura de la amigable composición en el Nuevo Código Procesal Civil como excepción previa, como excepción de fondo y como forma anormal de terminación del proceso.

²⁷⁰ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 382

²⁷¹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 382

Si bien ya se analizaron las similitudes y diferencias de la transacción y la amigable composición, así como el tratamiento de la transacción en la legislación costarricense, lo correcto sería preguntarnos, ¿de qué manera se puede incluir a la amigable composición en la legislación costarricense?

Se puede incluir en tres vías: como *excepción previa*, como *excepción de fondo* y como *forma anormal de terminación del proceso*.

La amigable composición como excepción previa: *“el juez debe examinar, como trámite previo y en primera instancia, lo correspondiente a la excepción de amigable composición, por corresponder a un método alternativo de solución de conflicto y de una forma de descongestión judicial, según el tratamiento legal. Atentaría contra los principios de la economía procesal y del debido proceso el hecho de que el juez tuviera que esperar hasta la sentencia para pronunciarse sobre la excepción sustantiva y de incumplimiento contractual, consistente en la obligación de acudir ante el amigable componedor y no ante el juez. Si el convenio de amigable composición es ley para las partes, debe ser respetado en todo proceso judicial en el que se pretenda solucionar todo asunto de competencia del amigable componedor.*

Siendo, pues, evidente la obligación del juez de pronunciarse como asunto previo sobre la excepción de amigable composición, el demandado tiene diversas alternativas para conseguir la tramitación adecuada de esta. En primer término, podrá alegar la falta de jurisdicción o de competencia del juez, pues resulta evidente que la suscripción del contrato de amigable composición sustrae de manera automática la solución del conflicto o diferendo de la justicia ordinaria, difiriéndola en manos del componedor, aunque este no tenga funciones jurisdiccionales²⁷². Ahora bien, en la legislación

²⁷² Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 465.

costarricense, específicamente en el nuevo Código Procesal Civil, en vez de hablarse de excepciones previas, se les ha llamado excepciones procesales, estipuladas en el artículo 37.3 que dice:

“Excepciones procesales. Solo son admisibles como excepciones procesales las siguientes:

- 1. Falta de competencia.*
- 2. Acuerdo arbitral.*
- 3. Litisconsorcio necesario incompleto.*
- 4. Indebida acumulación de pretensiones.*
- 5. Litispendencia.*

Serán rechazadas de plano aquellas que sean evidentemente improcedentes y las que se presenten sin prueba o sin su ofrecimiento, cuando esta sea necesaria. Se declarará sin lugar de forma inmediata, cuando se haya ordenado practicar prueba y esta no se haya efectuado en el momento oportuno.

Cuando sea necesario practicar prueba de las excepciones procesales, estas se resolverán en audiencia o en la primera audiencia, según corresponda. En los demás casos, se seguirá el procedimiento incidental fuera de audiencia”.

Como se puede apreciar en el inciso 3 del presente articulado, el acuerdo arbitral presupone una excepción previa o procesal ya que debe primero agotarse la vía arbitral, para resolver el conflicto entre las partes.

Lo mismo sucede con el contrato de amigable composición que supone un contrato que faculta al amigable componedor a solucionar las diferencias entre las partes y a la

vez, le obliga a que emita una solución al conflicto. Es por esto, que de incluirse la figura de la *amigable composición como un método de resolución alterna de conflictos, mediante el cual las partes renuncian a someter la resolución de los conflictos a la vía ordinaria, debe hacerse en este inciso tres; el cual podría ser reformado para que en adelante diga “acuerdo arbitral o contrato de amigable composición”*.

La amigable composición como excepción de fondo: de existir una composición, entendida esta como el acuerdo final entre las partes y dictada por un amigable componedor; debe entenderse que el conflicto ya fue resuelto por la vía de amigable composición, con lo cual se crea cosa juzgada sobre ese litigio en particular. Cabe destacar que tanto el acuerdo como conciliatorio como el laudo arbitral, también crean cosa juzgada sobre el conflicto que les fue referido, creando así una imposibilidad de presentar nuevamente el mismo conflicto por la vía ordinaria. Esta excepción de fondo en cuanto a la cosa juzgada, se encuentra amparada en el nuevo Código Procesal Civil bajo el artículo 35.5 que dice:

“Demanda improponible. Será rechazada, de oficio o a solicitud de parte, mediante sentencia anticipada dictada al inicio o en cualquier estado del proceso, la demanda manifiestamente improponible.

Será improponible la demanda cuando:

- 1. El objeto o la pretensión sean evidentemente contrarios al ordenamiento, imposibles, absurdos o carentes de interés.*
- 2. Se ejercite en fraude procesal o con abuso del proceso.*
- 3. Exista caducidad.*
- 4. La pretensión ya fue objeto de pronunciamiento en un proceso anterior con autoridad de cosa juzgada, de modo que el nuevo proceso sea reiteración del anterior.*

5. *Quien la propone carece de forma evidente de legitimación.*
 6. *En proceso anterior fue renunciado el derecho.*
 7. *El derecho hubiera sido conciliado o transado con anterioridad.*
 8. *El proceso se refiera a nulidades procesales que han debido alegarse en el proceso donde se causaron.*
 9. *Sea evidente la falta de un presupuesto material o esencial de la pretensión.*
- Previo a la declaratoria de improponibilidad se concederá audiencia hasta por un plazo de tres días.*

Para efectos de la amigable composición es especialmente importante el inciso 4 del artículo supra citado, ya que explica que se declarará la demanda como improponible al existir cosa juzgada de un “proceso” anterior; con lo cual la palabra “proceso” englobaría tanto al arbitraje como a la amigable composición, ya que ambos son procesos que crean cosa juzgada sobre determinado conflicto. Ahora bien, para efectos de lo resuelto en la transacción y la conciliación, se les detalla de manera expresa en el inciso 7, como razones para declarar la demanda improponible.

La amigable composición como forma anormal de terminación del proceso: se dice que “*nada impide que existiendo un proceso en curso las partes suscriban un contrato de amigable composición para que esa misma diferencia sea resuelta por un amigable componedor, razón por la cual debe terminar el proceso judicial*”²⁷³. En este caso, el nuevo Código Procesal Civil costarricense en su capítulo tercero, estipula diversas formas extraordinarias de

²⁷³ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 467.

conclusión del proceso como lo son la conciliación según el artículo 51²⁷⁴, y la transacción según el artículo 52²⁷⁵.

²⁷⁴ ARTÍCULO 51.- Conciliación

51.1 Conciliación extrajudicial. La conciliación puede realizarse de forma extrajudicial, antes o durante el proceso, según lo que al efecto dispone este Código y las leyes especiales.

La ejecución del acuerdo homologado se hará por el procedimiento establecido para ejecutar sentencias.

51.2 Conciliación judicial. La conciliación judicial es procedente antes de iniciar el proceso o en cualquier estado del procedimiento. Las partes podrán contar con la asesoría de su abogado.

Si las partes lo acuerdan podrán hacerlo ante el conciliador judicial del tribunal, un centro de conciliación judicial con especialidad en la materia, extrajudicialmente y, en caso de que ello no sea posible, ante un juez del tribunal que conoce del proceso.

Tratándose de tribunales unipersonales la realizará el juez correspondiente y en los colegiados uno solo de los integrantes. Cuando se realice ante un conciliador judicial, este asumirá su función en la misma audiencia sustituyendo a quien la dirige, para esa única actividad.

Las manifestaciones que se formulen en la audiencia no podrán interpretarse como aceptación de las proposiciones efectuadas y no podrán constituir motivo de recusación.

En el acta no se incluirán manifestaciones hechas por las partes con motivo de la conciliación.

El acuerdo conciliatorio deberá ser revisado y en su caso homologado por el juez que conoció de la conciliación o uno del tribunal que debiera conocer del proceso una vez terminada dicha actividad.

El tribunal tiene el deber de instar acuerdos conciliatorios en las etapas procesales establecidas por la ley. También lo hará cuando las circunstancias favorezcan el arreglo o así lo soliciten las partes de mutuo acuerdo. En este último caso, podrán solicitar la suspensión del procedimiento por un plazo razonable que no debe exceder de tres meses, prorrogable por un período igual a conveniencia de las partes.

51.3 Homologación, efectos y ejecución del acuerdo conciliatorio. El acuerdo conciliatorio debe ser examinado por el tribunal para determinar si está a derecho y no quebranta normas de orden público o alcanza derechos indisponibles o irrenunciables. Debidamente homologado dará por terminado el proceso si comprendiera todas las pretensiones. Si fuera parcial, el procedimiento continuará

Es por esta razón que, de incluirse la amigable composición en la legislación costarricense, es propuesta del presente trabajo de investigación, incluir en el articulado del nuevo Código Procesal Civil, al contrato de amigable composición como forma anormal de terminación de un proceso que se esté llevando a cabo en la vía ordinaria o jurisdiccional. Inclusive, de “*encontrarse que el compromiso se ajusta a las prescripciones sustanciales, que ha sido suscrito a nombre de todas las partes y que versa sobre la totalidad de las pretensiones aducidas en el proceso, el juez lo aprobará y dará por terminado el proceso*”²⁷⁶ tal y como sucede actualmente con la homologación de la transacción y el acuerdo de conciliación según los artículos 52.2 y 51.3 respectivamente.

respecto de lo que no haya sido solucionado, salvo convenio expreso de las partes. Dicho acuerdo producirá efectos de cosa juzgada material, excepto cuando la ley disponga lo contrario por la naturaleza de la controversia. Cuando no comprenda todos los aspectos de la pretensión, producirá parcialmente los efectos de la cosa juzgada. El acuerdo podrá ejecutarse judicialmente en el mismo proceso.

²⁷⁵ ARTÍCULO 52.- Transacción

52.1 Oportunidad y forma. Las partes, en cualquier estado del procedimiento, podrán hacer valer la transacción sobre el derecho en litigio, aportando el documento privado o público en el que conste lo convenido. También, se podrá suscribir mediante acta ante el tribunal, que hará las objeciones pertinentes de ser necesario.

52.2 Homologación, efectos y límite. El tribunal analizará la transacción para determinar si concurren los requisitos legales para su validez y de no existir objeciones la homologará. Si contiene defectos subsanables, previo a resolver lo que corresponda, prevendrá su corrección.

Salvo disposición legal en contrario, la transacción homologada produce cosa juzgada material. Si comprende todas las pretensiones debatidas tendrá como consecuencia la terminación del proceso.

²⁷⁶ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 468.

c) Posible inclusión de la figura de la amigable composición en el Nuevo Código Procesal Civil en cuanto a los procesos de ejecución.

La doctrina colombiana “ *se encuentra dividida respecto al mérito ejecutivo que se le puede atribuir al acuerdo final o documento de composición*” por una parte, se afirma “*que el convenio carece de fuerza jurisdiccional, andado a entender la ausencia de mérito ejecutivo y que la amigable composición se trata de dos personas que tienen una diferencia de las que podrían ser objeto de arbitramiento, o sea, cuestiones declarativas y no ejecutivas, en vez de celebrar un compromiso resuelven, de común acuerdo, someterlo a otra u otras personas, cuyo número no tiene límite, que escogen de consumo y se obligan a aceptar su decisión, que no proviniendo del deudor, en su caso jamás puede ser título ejecutivo*”²⁷⁷.

Sin embargo, existe otra tesis, la cual es más acertada en su definición de al manifestar que “*si lo acordado en un contrato de reunirse los requisitos de autenticidad, claridad y exigibilidad necesarios para la estructuración de un título ejecutivo, permite adelantar un proceso de tal índole, no vemos por qué, si esos requisitos se pueden predicar de la actuación adelantada ante los amigables componedores, su decisión no puede servir de base para la ejecución, pues es un título ejecutivo compuesto.*

Pues bien, si los contratantes definen con toda precisión sus diferencias en un documento auténtico y establecen que lo que decida un amigable componedor será ley para ellos, si la decisión da la razón total o parcialmente a uno de ellos, este queda con una obligación clara, expresa y exigible a su favor, y no vemos por qué, ante este acto de delegación de su facultad de definir en qué consiste la decisión por amigables componedores, la actuación no preste mérito ejecutivo”²⁷⁸.

²⁷⁷ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 468.

²⁷⁸ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 462.

Es por esto que para la ejecución del acuerdo de composición, se debería aplicar el título III del nuevo Código Procesal Civil, el cual habla sobre el proceso de ejecución. Por ejemplo en su artículo 136 habla sobre el inicio de la ejecución y la competencia:

“La ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios se ordenará a gestión de parte. Podrá ordenarse de oficio cuando se trate de derechos o intereses de carácter público o social. Será competente el tribunal que hubiera dictado el pronunciamiento u homologado el acuerdo o los tribunales especializados establecidos para ese efecto. Solo que legalmente no pudiera hacerse por este, se hará por el tribunal que corresponda, según las reglas generales de competencia. Para la ejecución servirá como base el documento auténtico en el que conste el acto o el acuerdo respectivo”.

Mientras que en el artículo 137 habla sobre el allanamiento:

“Para la ejecución de pronunciamientos y acuerdos ejecutorios, cualquiera que sea su naturaleza, el tribunal podrá ordenar el allanamiento cuando las circunstancias lo ameriten. Para tal efecto, fijará el objeto, así como las condiciones bajo las cuales se practicará el allanamiento y tendrá amplias facultades para ingresar a los lugares, eliminar cualquier obstáculo o auxiliarse con la Fuerza Pública cuando lo estime necesario. Del allanamiento se levantará un acta, firmada por los interesados, donde se consignará en forma circunstanciada su resultado”.

También, se habla de los efectos de la ejecución imposible en el artículo 138:

“Cuando la ejecución resulte imposible, por cualquier motivo, el obligado deberá indemnizar a la parte contraria los daños y perjuicios causados”.

Y la imputación de pagos en el artículo 139:

“Las sumas obtenidas como consecuencia de un proceso, salvo disposición legal en contrario, serán imputadas en el siguiente orden: costas, intereses y principal”.

Y el artículo 140, describe la adecuación de las sentencias,

Las sentencias firmes y los acuerdos ejecutorios, aunque no contengan disposición al respecto, deberán ser adecuados económicamente a futuro, a solicitud de parte, siempre que no se contravenga el ordenamiento jurídico.

Las obligaciones dinerarias en moneda nacional se ajustarán conforme al índice de precios al consumidor. Tratándose de moneda extranjera, será aplicable la tasa "prime rate" o, si esta no fuera aplicable, la tasa internacional correspondiente a la moneda de que se trate”.

Como consta en varios de los artículos supra citados, se habla de los acuerdos ejecutorio, por lo cual, la composición como el acuerdo final del proceso de amigable composición, puede estar inmerso en esa definición de acuerdo ejecutorio y por lo tal estos artículos le serían aplicables.

iii. Aplicabilidad del Amigable Componedor y la Amigable Composición en los Reglamentos de los Centros de Conciliación y Arbitraje en Costa Rica

Como mecanismo de resolución alterna de conflictos, las partes podrán determinar las condiciones bajo las cuales accederán y pondrán término a sus diferencias a través de la Amigable Composición.

Como tal, en el ordenamiento jurídico Colombiano, la amigable composición es un contrato especial, corresponde a una categoría de contrato, en el cual hay una obligación esencial a saber: que un tercero efectúe una transacción a nombre de quien le designó para ese efecto. Ahora bien, el contrato descrito tiene en común con el mandato, el ejercicio de un negocio o un acto jurídico por parte de un tercero en nombre de otro²⁷⁹. Ahora bien, el contrato de Amigable Composición tiene como efecto lograr una transacción, que se consideraría “una obligación de hacer de resultado”²⁸⁰.

Señalan Oñate y Ternera que en ambos contratos, el mandato y la amigable composición, los dos, mandantes (mandato) y querellantes (amigable componedor) tienen como obligación proveer al mandatario y al componedor de lo necesario para cumplir con el acto jurídico encargado²⁸¹.

²⁷⁹ Oñate Acosta, Tatiana; Ternera Barrios, Francisco. “El Contrato sui generis de amigable Composición: una Alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura.” *Revista de Derecho Público. Revista 35. Universidad de los Andes. Diciembre, (2015)* <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5589617> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

²⁸⁰ Oñate Acosta, Tatiana; Ternera Barrios, Francisco. “El Contrato sui generis de amigable Composición: una Alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura.” *Revista de Derecho Público. Revista 35. Universidad de los Andes. Diciembre, (2015)* <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5589617> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

²⁸¹ Oñate Acosta, Tatiana; Ternera Barrios, Francisco. “El Contrato sui generis de amigable Composición: una Alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura.”

Ahora bien, la Amigable Composición tiene características muy especiales: la jurista Oñate dice que al Componedor no le afecta la transacción ya que no es parte de ella, pero fue este quien la hizo; siendo que para quien tiene efecto la transacción es para los mandantes únicamente. De igual manera apunta que, según el código Civil colombiano, en su artículo 2189, el mandato puede ser revocado, ahora bien, cree que en el caso del Amigable Compondedor, la revocación de su mandato proviene del acuerdo de ambas partes para tal efecto²⁸².

Otra particularidad que resalta el investigador Ternera es que esta obligación de hacer, no solo implica alcanzar una transacción, sino que implica a su vez, garantizar el derecho de defensa de las partes. Dice además:

“Desde luego, el componedor tampoco asumiría los mismos límites de mandatario ordinario, quien debe abstenerse de concretar un encargo gravemente pernicioso para el mandante... Tampoco asumiría la prohibición de fungir de contraparte del mandante o contratar a nombre de otra persona (arts. 839 y 1274 cco).

Además, el deber de lealtad impuesto al mandatario estándar (art. 2175 cc) tendría que ser “relativizado” (Malaurie y Aynès, 1997). Por lo demás, el carácter intuitu personae de la amigable composición no permite al componedor la sustitución de su encargo. Finalmente, respecto de la obligación del componedor, el instrumento de transacción no tiene que incluir las “famosas” concesiones recíprocas de los querellantes, citados por la jurisprudencia para este tipo de convenios.

Revista de Derecho Público. Revista 35. Universidad de los Andes. Diciembre, (2015)
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5589617> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

²⁸² *Ibíd.*

“Ciertamente, el componedor debe imponer una decisión que cierre una disputa (por ejemplo respecto de un conflicto de responsabilidad suscitado entre las partes, art. 60 de Ley 1563 de 2012), sin que importen las equivalencias obligacionales de los mandantes” (Bénabent, 2001).

De lo referido, se distinguen diferencias importantes de la amigable composición con respecto al mandato y a la transacción: el Amigable Componedor tiene como propósito entonces, imponer una decisión, pero la misma puede traer efectos negativos para su mandante, pero además, en su doble papel de mandante, funge como contraparte de su mandante.

De igual manera, en la Amigable Composición deben concretarse elementos esenciales que la justifican. Como negocio jurídico, la amigable composición no existe por sí sola, requiere inevitablemente de una situación jurídica previa que además acarrea un conflicto, o lo podría generar²⁸³. Además, es requisito de este contrato la presencia de un tercero, un tercero que se denomina amigable componedor, a quien se le encomienda poner fin a la desavenencia²⁸⁴. Es esencial además a la Amigable composición la existencia de un conflicto: *“La amigable composición, por su objeto mismo, tiene como fin resolver de manera amistosa un conflicto o diferencia; de ahí la calificación de “amigable composición”.* Entonces, el conflicto o diferencia constituye un elemento existencial y preexistente al funcionamiento de dicha institución”²⁸⁵. Se hace énfasis en la existencia de un conflicto, pues la misma norma colombiana, en el artículo 667 del Código de Procedimiento Civil menciona el término diferencia. Se entiende además que el conflicto puede ser

²⁸³ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 379.

²⁸⁴ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), 380.

²⁸⁵ *Ibíd.*

actual y vigente o bien futuro y eventual, pero en el momento en que interviene el Compondor, es necesariamente un conflicto o diferencia presente (actual)²⁸⁶.

Cabe resaltar que el contrato de Amigable Composición es un contrato entre dos personas o más designan a un tercero para resolver una diferencia producto de una *relación jurídica sustantiva*²⁸⁷ previa, contrato que puede ser insertado en un contrato principal, y que se considera accesorio. También, las partes podrán suscribir de manera independiente y autónoma un contrato de amigable composición que tiene como efecto resolver un conflicto presente producto de una relación jurídica particular, pero no limitada a una específica como ocurre en el acuerdo accesorio.

De lo anterior, se podría decir que el contrato de Amigable Composición puede ser clasificado según su autonomía, sea como un contrato accesorio, insertado dentro de un contrato de un negocio jurídico en particular²⁸⁸, o bien, como un contrato principal en el que las partes simplemente acuerdan resolver una diferencia mediante la amigable composición y definen una serie de reglas para la aplicación del mecanismo.

También Gil clasifica la amigable composición según se trate de una composición en derecho, una composición en equidad o una composición técnica. Es una

²⁸⁶ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), 380.

²⁸⁷ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), 391.

²⁸⁸ Consúltese el anexo I en cual se muestra la cláusula de Amigable Composición que propone la cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.

composición en derecho cuando los querellantes han resuelto que la decisión debe tomarse conforme a normas sustantivas, como podrían ser normas provenientes de convenciones de derecho internacional²⁸⁹. Por su parte, la composición es en equidad si las partes encargan al mandatario a resolver el conflicto conforme lo que este estime justo, de acuerdo con su sistema de valores y principios²⁹⁰. De acuerdo al ordenamiento jurídico colombiano, la 1563 de 2012, que es “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 60, de la que se extrae que la decisión será tomada en equidad a menos que las partes acuerden distinto²⁹¹. Finalmente, el compromiso podrá ser técnico. Debido a la naturaleza de la relación de las partes, el conflicto entre ellas requiera conocimientos técnicos, por lo que podrá aceptar el cargo de Amigable Componedor aquel que compruebe cumplir con la cualificación especificada: *“Las partes también pueden convenir que la composición de sus diferencias se someta al juicio de técnico de un experto o perito en una ciencia, arte o técnica”*²⁹².

²⁸⁹ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), pp. 392-393

²⁹⁰ Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), pp. 392-393

²⁹¹ Artículo 60. Efectos. El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción. Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente.

²⁹² Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición.* (Editorial TEMIS. Colombia. 2011), p. 394.

Entonces, el contrato de amigable composición constituye un convenio entre querellantes que de manera previa se encuentran relacionados, y que por medio de este, buscan resolver un conflicto surgido de esa relación anterior; por lo tanto, designan un tercero, un mandatario-amigable componedor, que pone fin a ese conflicto por medio de transacción. El contrato de amigable composición además establece las condiciones para acceder al mecanismo del mismo nombre, define las facultades del componedor (sea que decida en equidad, en derecho), así como la tramitación de la composición, en cuanto al nombramiento del componedor o panel de componedores, la aceptación del cargo, procedimiento, causales de terminación del contrato, fijación de honorarios y gastos y la distribución de los mismos.

Por último, y retomando a Oñate y Ternera, hacen ver que el componedor puede ser designado por las partes, pero en falta de acuerdo de estas, lo podrá hacer un tercero. De igual manera, la falta de acuerdo de las partes del procedimiento a seguir, se recurren a las normas del Centro que las partes han escogido.

“En tercer lugar, dado que el componedor puede ser elegido por un tercero, la normativa establece novedosas presunciones. En una palabra, el silencio de las partes frente a la designación del componedor y el procedimiento debe ser suplido por las reglas acuñadas en el art. 60 de la Ley 1563 de 2012.

Por un lado, a falta de acuerdo previo entre las partes respecto del nombre del componedor, se entiende que tal designación ha sido delegada a un centro de arbitraje del domicilio de la parte convocada, escogido a prevención por la parte convocante. Nótese que el legislador, con enorme pragmatismo, se sirve en este caso de la infraestructura de los centros de arbitraje del país. Por lo demás, si no existe un centro de arbitraje en el domicilio de la parte convocada, la convocante puede escoger cualquiera de los que funcionan a nivel nacional.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento, se establece una presunción muy similar a la anterior: si no hay acuerdo entre las partes, se entienden acordadas las reglas de procedimiento del centro de arbitraje escogido a prevención por la convocante”.

Así, de lo antes citado, la falta de acuerdo de las partes sobre el procedimiento a seguir en la Amigable Composición así como la designación del Amigable Componedor, puede ser suplido por las normas de la Institución a la cual acudan las partes para resolver su conflicto. Se interpreta su falta de acuerdos sobre ciertos aspectos, o su silencio, o como una aceptación tácita de las disposiciones de la Institución (Centro) seleccionada, de ahí la importancia de que a la hora de adoptarse en el sistema jurídico costarricense, la amigable composición como mecanismo de resolución alterna de conflictos, los Centros de Conciliación emitan reglamentos que definan reglas claras al usuario de este mecanismo.

Los diversos centros de Arbitraje y Conciliación que existen en Costa Rica cuentan con reglamentos sobre el arbitraje nacional, la conciliación e incluso el arbitraje comercial internacional. Estos reglamentos proveen a las partes y al tercero que colabora a dar solución a sus conflictos, de un marco procedimental que da seguridad a los usuarios al recurrir a estos mecanismos.

En los reglamentos sobre Arbitraje de estos Centros, se establecen normas procesales a las que se someten las partes, pues al acordar acudir a un Centro de Arbitraje se comprometen seguir las normas que el Centro dispone para este mecanismo, podría entenderse que las disposiciones del Centro elegido se incorporan al acuerdo de las

partes²⁹³. Estos reglamentos, entre sus partes definen y regulan: conceptos y definiciones, idioma, notificaciones, plazos, funciones del Centro o de la Dirección, requisitos del requerimiento arbitral, nombramiento del tribunal y su aceptación, causales de recusación de los árbitros, fases del proceso arbitral, determinación de la ley de fondo, formalidades de la demanda y su contestación, prueba, audiencias, formalidades del laudo, tipos de Arbitraje. Asimismo, en ese mismo reglamento, o dentro de un reglamento general del Centro se establecen los costos del proceso arbitral así como los honorarios del árbitro o del tribunal arbitral. La estructura descrita corresponde al Reglamento de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje del Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica. Dicho Centro cuenta con un reglamento general de organización en el cual se regulan aspectos tales como la definición de las tarifas²⁹⁴ así como disposiciones sobre las calificaciones de los árbitros²⁹⁵.

²⁹³ Consúltese el Anexo II, el cual muestra los reglamentos de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Cámara de Comercio de Antioquia para la Amigable Composición.

²⁹⁴ Reglamento de organización y funcionamiento del centro de arbitraje y mediación, cam-cr del colegio de abogados y abogadas de costa rica. Artículo 21. De la creación o modificación de tarifas. El Consejo Directivo propondrá cualesquiera nuevas tarifas o actualización o modificación de las tarifas existentes a la Junta Directiva, la cual será encargada de aprobarlas, en atención a las necesidades del CAM-CR. Las tarifas de admisión, costos administrativos de los distintos procedimientos y honorarios de los neutrales, serán las que se encuentren vigentes y debidamente aprobadas por la Junta Directiva al momento de aplicarse el mecanismo RAC que corresponda.

²⁹⁵ Reglamento de organización y funcionamiento del centro de arbitraje y mediación, cam-cr del colegio de abogados y abogadas de costa rica. Artículo 28. De los Árbitros del CAM-CR. El CAM-CR contará con un registro de árbitros/as de derecho y nacionales, que deberán cumplir con los siguientes requisitos: a) Ser de reconocida solvencia moral; b) Ser abogado/a; c) Tener más de diez años de ejercicio profesional; d) Acreditar una especialidad, postgrado o experiencia docente en el área del derecho; e) Haber cursado y aprobado al menos doscientas horas de capacitación en arbitraje impartido por el Colegio o por otros centros autorizados para tal fin, o en su defecto, que demuestren haber participado como árbitros, secretario de un Tribunal Arbitral o abogados de parte en al menos diez procesos arbitrales. Artículo 29. De los Árbitros Técnicos. Tratándose de arbitraje técnico, el árbitro podrá no ser profesional en derecho, sino un experto calificado en áreas relativas a la ciencia, la medicina, las finanzas, la ingeniería, la arquitectura o la técnica, para lo cual, deberá acreditar al menos diez años de ejercicio profesional en su área de conocimiento y al menos ciento

Todas estas regulaciones describen las limitaciones, alcances y especificaciones necesarias para la aplicación del mecanismo arbitral. Esta referencia es importante, pues la adopción de la figura de la Amigable Composición como mecanismo de resolución alterna de conflictos, inevitablemente supondrá que los Centros especializados emitan reglamentos muy similares a los ya existentes para el arbitraje y para la conciliación.

Así, la necesidad de emitir reglamentos sobre la Amigable Composición para su administración, se puede ejemplificar mejor con las regulaciones nacionales existentes sobre la conciliación, una figura más cerca a la Composición.

El reglamento del CICA²⁹⁶ sobre conciliación prevé las funciones del Conciliador así como sus prohibiciones. De igual manera, dicho reglamento regula el procedimiento, el cual inicia con la petición por escrito al Centro y las formalidades de esa petición, el nombramiento del conciliador (sea que las partes lo designen si no, quedará en manos del Centro), los requisitos del acuerdo conciliatorio así como las costas del proceso, honorarios del tercero y repartición de las costas²⁹⁷.

En el caso del Centro del CFIA, su reglamento tiene disposiciones muy detalladas del proceso de conciliación: la designación del conciliador, que se da por escrito si hay acuerdo de las partes, o bien, por parte del Centro seleccionando de un listado para este efecto; sobre la audiencia preliminar separada con cada una de las partes. Las

veinte horas de capacitación en arbitraje impartido por el Colegio o por los centros autorizados para tal fin.

²⁹⁶ CICA. Reglamento de Conciliación. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje. Cámara de Comercio AMCHAM. http://www.cica.co.cr/files/normativas/4_reglamentodeconciliacion.pdf (último acceso: 10 de mayo de 2019).

²⁹⁷ Reglamento de Conciliación. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje. Artículo 24.- Costas Salvo acuerdo en contrario de las partes, la tasa de registro, los honorarios del conciliador y todos los demás gastos de la conciliación, serán sufragados a partes iguales por las partes.

audiencias conjuntas; o bien, los procesos abreviados con una única audiencia para casos que cumplan el requisito; los deberes del conciliador y de las partes; sobre el acuerdo conciliatorio y los requisitos del mismo; razones de interrupción o terminación de la conciliación.

Una de las razones por las que las partes someten resolver sus desacuerdos a través de la conciliación es por razones de confidencialidad. Por lo anterior, estos reglamentos poseen disposiciones sobre confidencialidad de las actuaciones y el secreto profesional. El reglamento del Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica (CFIA), en su numeral 33, establece el carácter confidencial de las conversaciones, acuerdos y actuaciones previas del proceso, y se prohíbe a las partes revelar al conciliador del secreto profesional. En el caso del reglamento de la CCA, el artículo 7 sobre la confidencialidad exige previo al proceso a las partes, al conciliador, y a cualquier otra parte involucrada a suscribir un acuerdo de confidencialidad, y la violación de dicho acuerdo trae como repercusión el cierre del proceso y el pago de las costas por parte del culpable. En cuanto al Reglamento del CICA sobre conciliación, es muy celoso con confidencialidad de las actuaciones en el proceso, por lo que tiene todo un apartado sobre el secreto de las actuaciones: prohíbe al conciliador revelar a una parte lo que otra parte comunique por separado; prohíbe reproducir las sesiones con el conciliador; exige confidencialidad de todos los involucrados con la salvedad de las autorizaciones por escrito que hagan las partes, exigencia que se plasma en un compromiso; al termino del proceso se devuelven a las partes toda documentación proporcionada y no se conserva copia de la misma, así como la destrucción de apuntes sobre reuniones.

En Colombia²⁹⁸, donde la Amigable Composición es un mecanismo de resolución de conflictos regulado extensamente, los centros de Arbitraje y Conciliación disponen de reglamentos específicos para la aplicación de este mecanismo. Los reglamentos al respecto son tan detallados como aquellos que tratan la conciliación o el arbitraje.

Consultados los reglamentos de los centros de Conciliación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla, todos definen la amigable composición como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en el que las partes delegan a un tercero, el amigable componedor, quien define por estas una solución, y la misma tiene fuerza vinculante. De igual manera, definen el concepto de amigable componedor, que es el tercero que actúa por mandato de los suscritores de la amigable composición, el cual determina la responsabilidad de las partes y arriba a una solución que surgirá los mismos efectos que una transacción.

En cuanto a cualificaciones de los amigables componedores, estos varían según el Centro, en el caso del Reglamento para Cali, el artículo 7,5²⁹⁹ establece entre algunos requisitos que el Componedor sea profesional titulado; por su parte, los otros reglamentos estudiados no expresan requisitos precisos, en efecto, el reglamento del Centro de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia deja claro que no

²⁹⁸ Consúltese el Anexo II, el cual muestra los reglamentos de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Cámara de Comercio de Antioquia para la Amigable Composición.

²⁹⁹ Reglamento del centro de conciliación, arbitraje y amigable composición de la cámara de comercio de Cali artículo 7.5. - integración de la lista de amigables componedores. la lista de amigable componedores será elaborada por especialidades y contará con un número de integrantes que permita atender de manera ágil y eficaz el servicio.

los requisitos para ingresar a la lista de amigable componedores son:

1. ser profesional titulado y con tarjeta o registro profesional.
2. a juicio del comité asesor del centro, haber ejercido con buen crédito la profesión por mínimo ocho (8) años en las disciplinas en las cuales aspira ser inscrito.
3. no estar inhabilitado para ejercer sus derechos políticos o civiles.
4. no haber sido sancionado penalmente, salvo delitos políticos o culposos, ni disciplinariamente durante los últimos cinco (5) años contados desde la fecha de su aceptación de ingreso a las listas.

requiere ser abogado, mientras que el reglamento del Centro de la Cámara de Comercio de Barranquilla, no define características, pero permite que las partes señalen las calidades requeridas para el amigable componedor.

La implementación de la Amigable Composición en Costa Rica, requerirá que los Centros regulen sobre las cualificaciones de los Amigables Componedores, pues como se hizo ver antes, las partes podrán acordar que el Amigable Componedor otorgue la solución conforme a derecho, la equidad o tecnicidad, y es por esta razón que los Centros deberán definir requisitos específicos a fin de acoplarse a la necesidad de las partes.

Tal como se vio anteriormente, los reglamentos de los centros costarricenses describen las funciones del conciliador y del árbitro, por lo que de igual manera se deberá hacer con el Amigable Componedor. El reglamento sobre la Amigable Composición para Antioquia, establece las funciones del Amigable Componedor en su artículo 143, algunas de ellas son dirigir el trámite de la amigable composición, garantizar los principios del reglamento, actuar como mediador, a petición de las partes, en procura de una solución, resolver el conflicto, y otras; y siendo que debe garantizar los principios del reglamento, el reglamento menciona cuales son estos: la voluntad de las partes, la eficiencia, la eficacia, la privacidad, la independencia y parcialidad, la buena fe y la igualdad, a la postre, principios que el mecanismo de por sí, busca garantizar.

Es evidente que la adaptación de este mecanismo requiere introducir en el respectivo reglamento de los Centros reglas de trámite. Los cuatro reglamentos colombianos estudiados disponen de la manera siguiente:

El Reglamento para Cali establece que el proceso se origina del acuerdo o compromiso previo de las partes; el interesado presenta la solicitud, con copia del compromiso; se procede con la designación del amigable componedor, según lo pactado por las partes, mediante mutuo acuerdo, o bien, por sorteo; seguido regula la aceptación del amigable componedor, en el plazo de tres días, y prevé además, en caso de rechazo del cargo, el procedimiento de remplazo; firme lo anterior, se convoca a reunión de apertura, el componedor solicita el conocimiento del caso, se pueden solicitar aclaraciones de la solicitud, se fijan honorarios.

En el caso del Reglamento del Centro Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla, el trámite se estatuye de manera más precisa: la parte interesada, o ambas partes presentan la solicitud; ocurre la designación del Amigable Componedor, que ocurre según el trámite y número dispuesto por la parte, y en falta de acuerdo, por sorteo por parte del Centro. Si las partes no acuerdan reglas de procedimiento, la Amigable Composición inicia con una audiencia para conocer las posiciones de las partes, y el Componedor media entre las partes; al finalizar la audiencia, el Componedor podrá solicitar la evidencia que crea pertinente. Luego de esto, contará con un plazo de seis meses para emitir una solución sobre el fondo. El reglamento estipula que la decisión debe ser dada en acta firmada por el componedor y contar con algunas otras formalidades mínimas como indicar el desarrollo del proceso, fundamento técnico o jurídicos al que recurrió, así como detalle de los compromisos a los que deben llegar las partes.

El Centro de Arbitraje y Conciliación de Bogotá³⁰⁰ y el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de Medellín, tienen reglas muy similares sobre el trámite de la Amigable Composición: En primera instancia, el acuerdo de amigable composición; inicia la aplicación del mecanismo mediante la presentación de la solicitud por escrito ante el Centro junto con la documentación pertinente; sigue entonces la designación del amigable componedor, que coincide con los dos reglamentos antes citados; regula la aceptación, que debe ocurrir en el plazo de tres días; de la mano de la aceptación, ambos reglamentos mencionan la independencia e imparcialidad, pues los Componedores deben manifestar si existen circunstancias que generen conflictos de intereses, o afecten su imparcialidad e inhibiciones; establece el proceso para reemplazar el Amigable Componedor; regula la reunión de apertura, en la que se puede incorporar apoyo al proceso (secretario), se da curso a la composición o bien, de no ser posible, se terminan las funciones, se hacen aclaraciones relativas al proceso, a la documentación aportada, y se fijan montos por honorarios y gastos; establece el plazo, que puede ser acordada por las partes o bien, la fija la duración a cuatro meses, con posibilidad de ser prorrogado a dos meses, según el juicio del Amigable Componedor.

Estos reglamentos, además, estatuyen las causales por las cuales se tiene por terminada la amigable Composición. El Reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de Medellín, establece como causales de terminación, según su artículo 155, entre algunas: la decisión del Amigable

³⁰⁰ La Cámara de Comercio de Bogotá establece que el proceso inicia con la presentación de la solicitud y el respectivo pago; seguidamente, se designa al Amigable Componedor. El Amigable Componedor procede con el análisis de información y escucha a las partes. Al final del proceso, presenta un contrato de transacción. En el anexo III se puede observar una infografía que resume el procedimiento.

Componedor que da fin a la disputa; la falta de pago de gastos y honorarios; Cuando el Componedor aclara o corrige la decisión; Cuando el Amigable Componedor no es competente o las partes faltan al principio de la buena fe; ante evento de muerte, o renuncia del amigable componedor; por retiro de la solicitud de Amigable Composición o ante acuerdo entre las partes.

Sección III: Conclusiones del capítulo

El arbitraje como mecanismo de resolución alternativa de conflictos se encontraba regulado en cuerpos normativos españoles aplicables a la Capitanía General de Guatemala pero era poco conocido en Costa Rica. Es hasta 1844, en la Constitución Política Costarricense donde se recoge ese derecho. Posteriormente se empieza a regular el mecanismo por la vía legal, y con el paso de los años la figura empieza a gozar mayor libertad con respecto al sistema judicial. Pero no es hasta 1998 que en el país se reguló independientemente el arbitraje. Mediante la Ley RAC, se reguló el arbitraje tal como se conoce ahora, pero a la vez, la ley garantizó el acceso a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

El acceso que da la ley RAC a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos permite garantizar plenamente el ejercicio del derecho fundamental al acceso de la justicia pero de manera más flexible, expedita y con la capacidad de obtener respuesta al conflicto asegurando resultados más amistosos dentro para las partes.

Es importante el artículo segundo de la Ley RAC porque si bien, esta ley regula los mecanismos más conocidos en la literatura judicial, deja la puerta abierta a que las partes en conflicto recurran a otros mecanismos, o bien, para la introducción y regulación de otros mecanismos novedosos que surgen a nivel global.

La base de esta investigación proviene del artículo 28 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, pues en su inciso tercero abre las puertas al uso de la Amigable Composición, y es el artículo segundo de la Ley RAC el que ofrece la posibilidad de recurrir a otros medios de resolución de conflictos.

La doctrina insiste que el recurrir a otros mecanismos de resolución alterna de conflictos proviene del ejercicio de la autonomía de la libertad, pero que en caso de que el mecanismo escogido por las partes sea equiparable a alguno de los regulados, entonces, tendrá el valor que la ley le da. No obstante, se determina en esta investigación que la amigable composición es un mecanismo autónomo, que no puede ser equiparable a los mecanismos regulados en la ley RAC o instituciones de derecho civil tales como la transacción o el mandato. Es un contrato complejo, y por lo tanto, con un valor distinto a los existentes en el ordenamiento jurídico nacional.

Se concluye que la Amigable Composición es mecanismo de resolución alternativa de conflictos y tiene elementos diferenciadores que no la hacen equiparable a otros mecanismos: su uso requiere de un convenio previo de amigable composición, produce una composición, la cual se plasma en una transacción que suscriben las

partes, y por su parte la persona que funge como Amigable Componedor tiene pocos requisitos para serlo, pero amplias libertades en su función.

Se estima necesaria regular la figura en el ordenamiento jurídico nacional, a fin de garantizar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas a la hora de seleccionar el mecanismo de resolución de conflictos más pertinente conforme a sus necesidades.

En la codificación de la figura debe garantizarse que el Amigable Componedor tenga amplias libertades en cuanto al proceso y libertades en la decisión, de igual manera, debe disponerse de normas relativas a la selección de un único Amigable Componedor, o bien, un papel de Compondores, donde se mencione el método de selección y las causales de impedimento para fungir como Componedor. De igual manera, la ley deberá regular pautas básicas del procedimiento de la Amigable Composición, pero flexible suficientemente para que los Centros regulen el procedimiento en su sede.

Es pertinente además, que la amigable composición, se incluya en las normas procesales civiles. El acuerdo de composición deberá producir efectos suficientes para ser ejecutable. De esta investigación se determina que el acuerdo de composición es completamente equiparable a los acuerdos ejecutorios estipulados en el Código Procesal Civil, y como tal, en sede judicial el acuerdo de composición o la amigable composición sustenten excepciones tales como la excepción previa o la excepción de fondo o sea considerada una forma anormal de terminación del proceso.

CONCLUSIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES

Esta investigación partió del artículo 28 de la Ley Modelo de CNUDMI, y que Costa Rica adoptó tras la emisión de la actual Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional. En el artículo 28 de esa ley, inciso tercero ocurre la única mención del Amiable Compositeur en el ordenamiento jurídico costarricense.

Se determina que la figura de la Amigable Composición no es equiparable al arbitraje *ex aequo et bono*; se identificó incluso que si bien, en algunas jurisdicciones la amigable composición se encuentra adscrita dentro del arbitraje, el Amigable Compondor, puede no solamente decidir conforme con lo que estima justo y bueno, si no que tiene amplias libertades, dentro de ellas, alterar y modificar la letra del contrato a fin de llegar a una decisión más acorde con las intenciones de las partes y más amigables para estas.

Ahora bien, se concluye que la figura de la amigable composición ha evolucionado, y que por ende, no es equivalente al arbitraje en equidad (*ex aequo et bono*) pues tiene otros efectos. Se determina que la amigable composición es en realidad un mecanismo de resolución alterna de conflictos.

Entendido como un mecanismo distinto al arbitraje, se estudiaron sus elementos más relevantes y diferenciadores y señaló que no es equiparable a las figuras contractuales existentes en Costa Rica o a los mecanismos de resolución alterna de conflictos existentes en el país. El amigable compondor es un contrato complejo, involucra a las partes interesadas, que tienen una relación previa de la cual ha surgido un conflicto. El Amigable Compondor, pone en dialogo a las partes, las escucha, y además, como mandatario de estas, al terminar el procedimiento, emite un acuerdo en el que transige por las partes. Con el estudio histórico de la figura del Amigable Compondor, y tras

revisar las diversas teorías sobre su naturaleza jurídica se determinó que corresponde a un mecanismo de resolución alternativa de conflictos, con reglas y procedimientos propios. Al compararse con otros mecanismos ya regulados en el país, es patente que no es equiparable a ninguno de ellos y por lo tanto, puede decirse que es aplicable en Costa Rica, sin que se entienda que corresponde a otro tipo de contrato o mecanismo ya regulado. Como mecanismo autónomo, se recomienda ser incluido dentro del ordenamiento jurídico costarricense, a efecto de ampliar la cartera de mecanismo de resolución alternativa de conflictos y a fin de ampliar las opciones de aquellos que requieran resolver sus diferencias mediante un mecanismo eficiente, flexible, rápido y confidencial. Además de que sea incluida la Amigable Composición en la Ley RAC, se recomienda que sea trasladada con todos sus efectos al Código Procesal Civil, para que el acuerdo de composición tenga efectos suficientes para tener por terminada una controversia.

Finalmente, siguiendo el caso de Colombia, se recomienda a los Centros de Resolución de Conflictos que este mecanismo sea regulado en sus sedes, incluyendo el procedimiento, los costos, la selección del Amigable Compondedor.

No obstante, conociendo las dificultades que implica la reforma legal, debe promoverse en primera instancia su reglamentación del Poder Ejecutivo, y con apoyo del Ministerio de Justicia, promover el uso de este mecanismo, que además se ajusta muy bien a la cultura nacional. Con la promoción y apoyo del Ministerio de Justicia y Paz, se popularice el mecanismo en los Centros de administración de medios RAC, e integrado ya en la cultura de resolución de conflictos, proceder con su adopción en la ley para dotarle de todos los efectos de los que el mecanismo goza.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Artavia Barrantes, Sergio. *Manual de Arbitraje Nacional. Tomo I*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2014.

Artavia Barrantes. *Comentarios y Jurisprudencia a la ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos, ley RAC 7727*. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Faro, 2007

Barrantes Echavarría, Rodrigo. *Investigación, un camino al conocimiento: un enfoque cuantitativo y cualitativo*. EUNED. San José, Costa Rica, Cuarta Reimpresión, 2001

Bercovitz, Rodrigo. *Comentarios a la ley española de arbitraje*. Editorial Tecnos, 1991

Born, Gary B. *International Arbitration: Cases and Materials*. Aspen Casebook Series, Wolters Kluwer Law International, New York, 2015.

Brierley, John E. C. *Equity and Good Conscience and Amiable Composition in Canadian Arbitration Law*. Can. Bus. L. J, 1991.

Buhning-Uhle, Christian. *Arbitration and Mediation in International Business*. Kluwer Law International, 2006.

Chioveda, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Editorial Reus, Madrid., 1922.

Chillon Medina, José María. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid. Civitas, 1991.

Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe. *El Arbitraje*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1998.

Gavira Gutiérrez, Enrique. *Separata preparada para la Cámara de Comercio de Medellín*., Medellín, 1993.

Gil Echeverry, Jorge Hernán. *La conciliación extrajudicial y la amigable composición. Segunda Edición*. TEMIS, 2011.

Guasp, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona, Bosch. 1956.

Kessedjian Catherine y Berger Klaus Peter. *The New German Arbitration Law in International Perspective: The Draft Convention Proposed by The Hague Conference on Private International Law*. Kluwer International, Dordrecht, 2000.

Mustill. *The History of International Commercial Arbitration: A Sketch*. The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration. 2nd Edition. 2008.

Paricio, Javier. *Los arbitrajes privados en la Roma Clásica*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2014.

Redfern, Allan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Fifth Edition. Oxford University Press. 2009

Rivkin, David W. *The Impact of International Arbitration on the Rule of Law*. Arbitration International. Vol 29.No. 3.LCIA,2013

Roebuck, Derek. *A miscellany of Disputes*. 2000

Roebuck, Derek. *A Short Story of Arbitration in Hong Kong and China* Arbitration:

Revistas

Brendaña-Guerrero, Guy José. *International Commercial Arbitration in Nicaragua.. International Commercial Arbitration in Latin America*. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1997.

Le Pera, Sergio. *International Comercial Arbitration in Argentina, International Comercial Arbitration in Latin America*. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1997

Mersan, Carlos. *International Comercial Arbitration in Argentina. International Comercial Arbitration in Latin America*. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1997

Montoya A. Ulises. *International Comercial Arbitration in Perú. International Comercial Arbitration in Latin America*. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, 1997.

Somerville, Hernán. *International Comercial Arbitration in Chile. International Comercial Arbitration in Latin America*. The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997.

Treviño, Julio. *International Comercial Arbitration in México. International Comercial Arbitration in Latin America*. The ICC International Court of Arbitration Bulletin. 1997.

Libros, revistas, artículos o documentos electrónicos

A F M Maniruzzaman, PhD (Cambridge), FRSA. “The Arbitrator’s Prudence In Lex Mercatoria: Amiable Composition And Ex Aequo Et Bono In Decision Making”
MEALEY’S International Arbitration Report, 2013.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1342336 (último acceso: 12 de mayo de 2017).

Bělohávek , Alexander J. “Application of Law in Arbitration, Ex Aequo et Bono and Amiable Compositeur “ *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration Volume III*, 2013.

https://www.academia.edu/9896164/Application_of_Law_in_Arbitration_ex_Aequo_et_Bono_and_Amiabile_Compositeur (último acceso 12 de mayo de 2017)

Brenes Córdoba, Alberto. “Tratado de las obligaciones. 5º edición.” *San José. Editorial Juricentro.* 1981 <https://cijulinea.ucr.ac.cr/portal-investigaciones.php?x=MjcwMA==>

Dajer Barguil, Gustavo Antonio. “La Amigable Composición”. *Facultad de Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá,* 2002, <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-25.pdf>

Deacons. “A Simple Guide to Arbitration in Hong Kong” https://www.deacons.com.hk/assets/Images/News%20and%20Insights/Publication/2014/201405_GuidetoArbitrationInHK_newVI.pdf (último acceso: 04 de febrero de 2019).

Garza Canovas, Antonio. *La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: un paso firme.* <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/viewFile/20031/17972> (último acceso: 10 de marzo de 2019).

González de Cossio, Francisco. “El Árbitro.” *Editorial Porrúa S.A.* <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20ARBITRO.pdf> (último acceso: 20 de mayo de 2018)

Guzmán Barrón, Cesar. “Principales antecedentes y características.” *Derecho PUCP. Revistas de la Facultad de Derecho.* <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6239/6278> . (Ultimo acceso 10 de mayo de 2018).

Ioannidou, Theodora-María. « Arbitrators ex aequo et bono (amiable compositeur) under international commercial arbitration schemes. » *International Hellenic University School of Economics and Business Administration*, 2013. https://repository.ihu.edu.gr/xmlui/bitstream/handle/11544/273/Theodora%20Maria%20Ioannidou_3799_assignsubmission_file_Dissertation%20Ioannidou%20Theodora%20maria%20.pdf?sequence=1 (ultimo acceso 12 de mayo de 2017)

Kalyon, Arzu. *Arbitrators acting as an amiable Compositeur under international commercial law.* (Law & Justice Review, Year:8, Issue:14, June 2017)

Manley-Tannis, Richard Michael. “Greek Arbitration: Homer to Classical Athens”. *Queen’s University*, 1998
https://www.academia.edu/12071132/Greek_Arbitration_Homer_to_Classical_Athens

McInnis, J. Arthur. “Amiable Composition: Whither the Direction of Hong Kong Arbitration Law” *Hong Kong Law Journal* 343, 1991 <https://www.law.hku.hk/hklj/1991-Vol-21.php> (último acceso: 4 de febrero de 2019).

Oñate Acosta, Tatiana; Ternera Barrios, Francisco. “El Contrato sui generis de amigable Composición: una Alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura.” *Revista de Derecho Público. Revista 35. Universidad de los Andes. Diciembre*, 2015. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5589617> (último acceso: 10 de mayo de 2019).

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. “Guía de Arbitraje de la OMPI” http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/arbitration/919/wipo_pub_919.pdf (último acceso: 20 de mayo de 2018).

Osorio Villegas, Angélica. “Conciliación, mecanismo alternativo de solución de conflictos por excelencia.” *Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Departamento de Derecho Procesal. Bogotá*, 2002. <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-15.pdf>

Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 1ª Edición Electrónica.” *Datascan, S.A. Guatemala, C.A.*https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf (último acceso: 12 de mayo de 2017).

Rey-Vallejo, Pablo. “El arbitraje doméstico colombiano a la sombra de la amigable composición como mecanismo que privilegia la autonomía de la voluntad” *Vniversitas*, 2016, 227-270 <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj133.adcs>

ŠlampaLukáš. “International Arbitration.Procedure in Theory and Practice.” *Faculty of Business and Economics, Mendel University in Brno. 2010.* http://is.mendelu.cz/zp/portal_zp.pl?prehled=vyhledavani;podrobnosti=36678;download_prace=1, (último acceso: 12 de mayo de 2017).

Sobarzo, Alejandro. “El Centenario de la Corte Permanente de Justicia” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional.* <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/12/11> (último acceso: 11 de junio de 2017)

Talavera Cano, Andrés. “¿El sistema del amigable componedor podría ser el respaldo que necesita el procurador para poder transar las controversias y no someterlas a

arbitraje?” (Derecho y sociedad, 2015)
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/14410/15024> (último acceso: 06 de febrero de 2019).

Trackman, Leon. “Ex Aequo et Bono. Desmytifying an Ancient Concept. Chicago Journal of International” *Law. Volumen 8, número 2. Artículo*, 2008. 11.
<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1669&context=cjil>

Villalba Cuéllar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo. “Orígenes y Panorama Actual del Arbitraje”. *Universidad Militar Nueva Granada*, 2008.
<http://www.redalyc.org/pdf/876/87602210.pdf>

Yahannes Tesfay, Seyoum. “The Normative Basis for Decision on the Merits in Commercial Arbitration: The Extent of Party Autonomy” *Mizan Law Review, volume 10*, 2016 <https://www.ajol.info/index.php/mlr/article/view/153595> (último acceso: 20 de febrero de 2019)

Zappala, Francesco. “Universalismo Histórico del Arbitraje”. *Universidad Javeriana de Cali*. 2010.
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/121/cnt/cnt8.pdf>

Jurisprudencia

Canadian Legal Information Institute. Coderre c. Coderre. Corte de Apelaciones de Quebec. 2008.

<https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2008/2008qcca888/2008qcca888.html?autocompleteStr=coder&autocompletePos=2> (último acceso: 5 de diciembre de 2018)

CLOUT. Reports of International Arbitral Awards. The Alsop Claim (Chile, United States) 5 July 1911 VOLUME XI pp. 349-375. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XI/349-375.pdf (último acceso: 16 de agosto de 2018).

Corte Constitucional, Sentencia C-222-13, 17 de abril de 2013, Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-222-13.htm> (último acceso 10 de febrero de 2019).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-91 del 2000

Sala Primera sentencia 69-2005 de las once horas diez minutos del nueve de febrero de dos mil cinco.

Sala Constitucional voto 10352-2000, de las catorce horas cincuenta y ocho minutos del dos de noviembre de dos mil once.

Sala Constitucional en su voto 2003-7981 de las quince horas y once minutos del cinco de agosto de dos mil tres.

Sala Primera de la Corte Suprema, voto 069-2005 de las once horas diez minutos del nueve de febrero de dos mil cinco.

Sala Primera de Corte Suprema de Justicia, sentencia 69-2005 de las once horas diez minutos del nueve de febrero de dos mil cinco.

Sala Constitucional, su voto 2999-2005, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de marzo de dos mil cinco

Normas

Código de Comercio, Colombia, Decreto 410 del 16 de junio de 1971, artículo 2025.”

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41102>.

Código de Procedimiento Civil de Colombia, Decreto 1400 del 21 de septiembre de 1970. Tomado de:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6923>

Código procesal civil y comercial de la nación ley nacional 17454, Argentina.

Constitución Política de Colombia <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-5/capitulo-1/articulo-116> (último acceso 10 de febrero de 2019).

Convención de Nueva York.

Decreto 2279 de 1989, Colombia del 7 de octubre de 1989. Tomado de: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_2279_1989.htm

Ley 105 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil,” 21.823 Diario Oficial, 24 de octubre de 1931. http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0105_1931.htm.

Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, 48.489

Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1563_2012.html

Ley de Arbitraje Comercial Internacional, ley 27499 Información Legislativa, Argentina. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/310000-314999/312719/norma.htm>

Ley de Mediación y Arbitraje Nicaragua, 2005.
<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/NicaraguaLey%20de%20Mediacion%20y%20Arbitraje.pdf>

Ley Modelo de la CNUDMI Comercial Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI Comercial Internacional.

Ordenanza de Arbitraje, cap. 609, <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>

Reglamento de Conciliación Comercial Internacional. CNUDMI
<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/conc-rules-s.pdf> (último acceso: 10 de mayo de 2018).

Reglas de Mediación. Cámara de Comercio Internacional.
<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> (último acceso: 10 de mayo de 2018)

Reglamento Interno del CFIA

Reglamento Interno del CAM

Reglamento Interno del CCA

Reglamento de Conciliación. Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje. Cámara de Comercio AMCHAM. http://www.cica.co.cr/files/normativas/4_reglamentodeconciliacion.pdf (último acceso: 10 de mayo de 2019)

Reglamento del centro de conciliación, arbitraje y amigable composición de la cámara de comercio de Cali

Páginas Web

“Clausulas mediación.” Asociación Americana de Arbitraje <https://www.adr.org/Clauses> (Último acceso: 10 de mayo de 2018).

Corte Permanente de Arbitraje. <https://pca-cpa.org/> (último acceso: 10 de junio de 2017)

“Mediación.” Corte de Arbitraje Internacional de Londres. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/Mediation.aspx (último acceso: 10 de mayo de 2018)

“Proceso de Mediación.” Cámara de Comercio Internacional.
<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/procedure/> (último
acceso: 10 de mayo de 2018)

“Situación actual Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación Comercial
Internacional”. CNUDMI.
[https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/st
atus](https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_conciliation/status) (último acceso: 12 de mayo de 2018)

ANEXOS

Anexo I: Modelo de cláusula de Amigable Composición

“Cualquier diferencia que surja entre las partes por la ejecución, interpretación, terminación o liquidación del presente contrato y en general, sobre los derechos y obligaciones que para las mismas emanan durante su vigencia, así como durante su etapa precontractual, se solucionará por un (o cualquier otro número impar) amigable componedor que será nombrado por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible tal acuerdo, las partes delegan expresamente el nombramiento en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia. El proceso de Amigable Composición se adelantará de acuerdo con lo que las partes determinen con el o los amigables componedores o, en su defecto, por el Reglamento de Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia”.³⁰¹

³⁰¹ Cámara de Comercio de Medellín. Amigable Composición. <https://www.camaramedellin.com.co/arbitraje-y-conciliacion/amigable-composicion> (Último acceso 10 de mayo de 2019)

Anexo II: Infografía del Procedimiento de Amigable Composición, publicada por la Cámara de Comercio de Bogotá³⁰²

³⁰² Cámara de Comercio de Bogotá. Amigable Composición.
<https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Amigable-composicion/Como-funciona>
(Último acceso 10 de mayo de 2019)

AMIGABLE COMPOSICIÓN

Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en virtud del cual uno o varios particulares o una entidad pública habilitan a un tercero llamado amigable componedor, para resolver de manera definitiva sus controversias.



PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD Y PAGO

El interesado debe presentar un escrito adjuntando los documentos pertinentes, como el comprobante de pago y el contrato en el cual obre el acuerdo de Amigable Composición.



DESIGNACIÓN DEL AMIGABLE COMPONEDOR

El amigable componedor será designado atendiendo lo que se estipule en el acuerdo o mediante la modalidad de sorteo. Una vez notificado el nombramiento, el amigable componedor tendrá tres (3) días hábiles para aceptarlo o no.



PRÁCTICA Y ANÁLISIS DEL ELEMENTO DE INFORMACIÓN

El **amigable componedor** realizará las audiencias necesarias para la práctica de los distintos medios de información que sean solicitados por las partes.



ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Con el objetivo de que las partes presenten sus **argumentos** finales.



RESULTADO

Contrato de transacción.

Anexo III: Reglamento de Amigable Composición, Cámara de Comercio de Bogotá y Reglamento de Amigable Composición, Cámara de Comercio de Medellín.

PARTE VII

REGLAMENTO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN

CAPÍTULO I

DEFINICIONES

Artículo 7.1. Definiciones.

Para los efectos del presente Reglamento, entiéndase por:

Amigable composición: Mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas o varias entidades públicas o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en uno o varios terceros, denominado amigable componedor, la facultad de definir una controversia contractual de libre disposición.

Amigable componedor: Tercero que obra como mandatario de las partes en la resolución definitiva de una controversia contractual. El número será uno mientras las partes no acuerden un número plural de amigables componedores. Sus integrantes no necesariamente deben ser abogados.

Partes: Son los extremos interesados en la solución sustancial del conflicto contractual.

Decisión: Disposición final del amigable componedor en la que precisa el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico contractual, determina la existencia o no de un incumplimiento contractual, decide sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes o adopta las determinaciones que le hayan sido permitidas por ellas. La decisión es vinculante para las partes y tiene los mismos efectos de transacción.

Pacto de amigable composición: Acuerdo mediante el cual los involucrados en un conflicto contractual deciden resolverlo a través de la amigable composición. La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o en contrato independiente.

Secretario: Abogado, encargado de las funciones secretariales a las que haya lugar a lo largo del trámite.

Centro: El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá - CAC.

Transacción: Acto por el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, con efecto de cosa juzgada.

Habilitación: Delegación dada por las partes al Centro, en el pacto o en acto posterior, para que proceda a la designación del amigable componedor mediante sorteo público, automatizado y aleatorio. La delegación puede provenir de manifestación expresa de las partes o del mero acogimiento de sus Reglamentos o la radicación de la solicitud ante el Centro, salvo pacto en contrario.

Estatuto Arbitral: Ley 1563 de 2012 y las demás normas que la adicionen, modifiquen o reemplacen.

Reglamento del Centro: Conjunto de disposiciones adoptadas por el CAC y aprobadas por la entidad competente, entre las que se encuentran: el Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación, el Reglamento de Arbitraje Nacional, el Reglamento de Arbitraje social, el Reglamento del Conciliador y el Reglamento de Amigable Composición.

Reglamento de Amigable Composición: El presente cuerpo normativo, adoptado por el CAC y aprobado por la entidad competente, en desarrollo del artículo 51 del Estatuto Arbitral.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS

Artículo 7.2. Principios.

El presente Reglamento se rige por los siguientes principios:

Autonomía de la voluntad: las partes acordarán y acudirán a este mecanismo de manera voluntaria en ejercicio de su libertad contractual y, por lo tanto, podrán pactar, de común acuerdo la forma como se desarrollará y tramitará la amigable composición.

Eficiencia: Todas las actuaciones hasta la obtención de la decisión de los amigables componedores, deberán hacerse en el menor tiempo posible y con los menores costos para las partes.

Efecto vinculante: La decisión del amigable componedor tendrá carácter vinculante para las partes, con plenos efectos legales y recaerá sobre controversias contractuales de libre disposición.

Independencia e imparcialidad: El amigable componedor deberá actuar frente a las partes con neutralidad, transparencia y objetividad durante todo el trámite de amigable composición.

Privacidad: La actuación y la decisión de la amigable composición son confidenciales, salvo las excepciones legales.

Deber de colaboración y buena fe: Las partes se comprometen a actuar de manera proactiva, transparente, leal y colaborativa en el desarrollo de la amigable composición, con el fin de lograr que la decisión del amigable componedor sea pronta y eficaz.

Igualdad: Las partes tendrán las mismas oportunidades durante el desarrollo de la amigable composición.

Inmediación: El amigable componedor deberá tener una relación directa con toda la actuación y en general con el trámite del caso, en lo que corresponda, con respeto al debido proceso.

CAPÍTULO III ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 7.3. **Ámbito de aplicación.**

El presente Reglamento se aplica cuando:

1. Las partes hayan acordado expresamente someterse al Reglamento de Amigable Composición del Centro, o;
2. Se radique en este Centro la solicitud de amigable composición, no habiendo establecido en el pacto correspondiente otro Reglamento a cargo de otro Centro.

Parágrafo 1. A falta de acuerdo de las partes sobre el Centro en el que funcionará la amigable composición, la parte convocante podrá escoger a prevención el Centro, cuando el domicilio del solicitado sea la ciudad de Bogotá D.C. y si no hubiere Centro de arbitraje en el domicilio del solicitado.

Parágrafo 2. Cuando resulte aplicable el Reglamento de Amigable Composición del Centro, este será el vigente al momento de la presentación de la solicitud de amigable composición, salvo que las partes hayan acordado someterse al Reglamento vigente a la fecha de celebración del pacto.

Parágrafo 3. En aquellos casos en los cuales las partes indiquen en el pacto que se someten tanto al procedimiento de este Centro como al establecido en el Estatuto Arbitral, prevalecerá el presente Reglamento.

CAPÍTULO IV ACTUACIÓN

Artículo 7.4. **Presentación de la solicitud.**

El interesado presentará la solicitud de amigable composición indicando las partes, los hechos, las situaciones que deben ser resueltas, las pruebas que allega o solicita, los datos de contacto de las partes y los demás aspectos que pretenda poner en conocimiento del amigable componedor. A la solicitud deberá anexar copia del recibo que acredite el pago correspondiente a los gastos iniciales del Centro, copia del contrato o documento donde conste el pacto de amigable composición, y demás documentos que considere pertinentes.

Parágrafo. Para actuar dentro del trámite de amigable composición, las partes no requieren abogado, salvo que la ley lo exija o ellas consideren lo contrario.

Artículo 7.5. **Estudio de competencia del Centro.**

Recibida la solicitud, el Centro verificará si está facultado para administrar la amigable composición. De encontrarlo necesario, podrá requerir a quien radicó la amigable composición para que aclare lo que sea pertinente.

Artículo 7.6. **Designación del amigable componedor.**

Para efectos de la integración de la amigable composición, se tendrán en cuenta las siguientes disposiciones:

1. Si las partes han acordado en el pacto que el amigable componedor sea designado por mutuo acuerdo, el Centro las convocará a reunión para que procedan en tal sentido.
2. Si las partes han facultado a un tercero para que realice la designación, el Centro lo requerirá para que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes efectúe el nombramiento.
3. Si las partes han delegado al Centro el nombramiento del amigable componedor, si no logran su designación de común acuerdo o si el tercero no ha realizado la designación, serán citadas a sorteo público.

El sorteo de los amigables componedores y sus suplentes será realizado en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Artículo 7.7. Aceptación del amigable componedor.

El amigable componedor designado deberá aceptar o rechazar su designación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su comunicación, dando cumplimiento al deber de información previsto en el artículo 7.8. de este Reglamento.

En caso de no aceptación del amigable componedor principal, se comunicará del encargo al suplente para que manifieste si lo acepta o no, en el término indicado en el inciso anterior.

Parágrafo. Las partes podrán, de común acuerdo y hasta antes de la realización de la reunión de apertura, reemplazar a los amigables componedores total o parcialmente.

Artículo 7.8. Deber de información.

El amigable componedor deberá ser y permanecer, en todo momento, independiente e imparcial. Por lo tanto, le corresponderá informar al momento de manifestar su aceptación y durante el trámite, cualquier circunstancia que pudiere generar en las partes dudas acerca de su imparcialidad e independencia.

Para el cumplimiento de lo anterior, se observarán las siguientes disposiciones:

1. El Centro pondrá en conocimiento de las partes la comunicación de aceptación del amigable componedor, para que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de dicha comunicación puedan pronunciarse sobre: (i) su imparcialidad e independencia; (ii) circunstancias de su conocimiento no reveladas; (iii) las revelaciones realizadas.
2. Si ambas partes manifiestan por escrito, a partir de la información suministrada en la comunicación de aceptación, dudas acerca de la imparcialidad o independencia del amigable componedor, se procederá a su reemplazo.
3. Si solo una de las partes manifiesta por escrito dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del amigable componedor y solicita su relevo, este podrá renunciar al encargo sin que dicha renuncia implique la aceptación de la validez de las razones en que se funda la solicitud de relevo.
4. Si el amigable componedor no renuncia al encargo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación mediante la cual el Centro pone en su conocimiento la solicitud de relevo, el Director del Centro decidirá de plano sobre su permanencia.

Las partes, al acogerse a este Reglamento, aceptan la regla establecida en este artículo, sin que ninguna de ellas pueda posteriormente alegar una indebida integración del amigable componedor.

Artículo 7.9. Facultades del amigable componedor.

El amigable componedor tendrá todas las facultades necesarias para dar cumplimiento al encargo de solucionar el conflicto de las partes. Especialmente las siguientes:

1. Ilustrarse, con todas las facultades, sobre los hechos que dan origen a la controversia, para lo cual podrá solicitar a las partes o a terceros que aporten los documentos, declaraciones o cualquier otro medio de información que sea necesario para cumplir el fin aquí establecido.
2. Dirigir el trámite de la amigable composición y tomar las decisiones que considere necesarias para el buen funcionamiento del trámite y la garantía de los principios rectores de este Reglamento.
3. Resolver la controversia.
4. Sólo si las partes lo solicitan de común acuerdo, mediar entre ellas para que resuelvan la controversia. El acuerdo al que lleguen las partes podrá ser adoptado como decisión del amigable componedor si estas así lo solicitan y el amigable lo aceptare. El amigable componedor podrá proponer fórmulas de arreglo, sin que signifique inclinarse por una u otra posición.
5. Realizar una eficiente administración de los honorarios y gastos de funcionamiento de la amigable composición. Al final de la actuación el amigable componedor deberá entregar a las partes y al Centro la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá el saldo a las partes.

Artículo 7.10. Reunión de apertura.

Culminada la integración de la amigable composición, el Centro convocará a una reunión de apertura de la actuación en la que se llevarán a cabo las siguientes actividades:

1. El Centro le hará entrega al amigable componedor del expediente y las actuaciones surtidas hasta el momento.

2. De tener las facultades correspondientes y estar debidamente habilitado por las partes para ejercer su encargo, el amigable componedor dará inicio al trámite. En caso contrario, dará por concluidas sus funciones y procederá con la devolución de los documentos y del expediente al CAC.

3. El amigable componedor podrá adelantar sus actuaciones con o sin intervención de secretario. De requerirlo, deberá designarlo de la lista de secretarios del Centro. Tratándose de un amigable componedor plural, uno de sus integrantes presidirá las reuniones.

4. Para todos los efectos legales, se establecerá como lugar de funcionamiento y administración de la amigable composición las instalaciones del Centro.

5. El amigable componedor podrá tomar las decisiones que considere pertinentes para el desarrollo eficiente y eficaz de la actuación. De ser necesaria la práctica de pruebas, el amigable componedor adoptará los mecanismos que resulten procedentes, sin que sean obligatoriamente aplicables las disposiciones procesales vigentes sobre esta materia, y con sujeción y respeto al debido proceso.

6. Se dispondrá la utilización de medios electrónicos para la presentación y puesta en consideración de los diversos escritos y sus anexos, para tal efecto, se incorporarán las direcciones electrónicas en las que las partes, sus apoderados y el amigable componedor recibirán comunicaciones. El amigable componedor también podrá remitir por este medio las decisiones a las que hubiere lugar.

Las comunicaciones remitidas electrónicamente al amigable componedor se entenderán presentadas dentro del término, cuando éstas sean recibidas durante las 24 horas del día señalado. De optar por la presentación de documentos en físico, se deberá tener en cuenta el horario de atención al público del Centro.

7. El amigable componedor fijará las sumas correspondientes a sus honorarios, a los del secretario -de ser el caso- y a los gastos de administración del Centro. Así mismo, establecerá la proporción en la que serán asumidos por las partes, quienes podrán acordar lo pertinente; de no existir acuerdo, los pagos serán sufragados (en un 50% por la convocante y en un 50% por la convocada) por partes iguales entre convocante y convocado.

8. Los pagos de las sumas fijadas deberán ser realizados en la entidad fiduciaria autorizada por el Centro o a través del mecanismo establecido para el efecto. Solo el amigable componedor – o quien presida, si el amigable componedor es plural - podrá adoptar las decisiones que sean pertinentes respecto de la administración de los recursos. En todo caso, se establecerá un plazo para la realización del pago, sin que pueda exceder los diez (10) días hábiles siguientes a la finalización de la reunión de apertura.

Parágrafo 1. Si una de las partes no consigna la suma que le corresponde dentro del plazo establecido, el amigable componedor informará a la parte cumplida de este hecho, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del plazo, para que efectúe el pago de la suma restante dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la mencionada comunicación.

De continuar el trámite en virtud del pago por cuenta de una sola parte, se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada, desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que la parte incumplida cancele la totalidad de las sumas debidas.

Parágrafo 2. En caso de que las partes no paguen la totalidad de las sumas señaladas, el amigable componedor dará por terminado el trámite y se procederá con la devolución al solicitante de toda la documentación presentada, así como de las sumas pagadas por concepto de gastos y honorarios.

Artículo 7.11. Renuncia al derecho de objetar

Las partes deberán manifestar al amigable componedor de forma expedita, cualquier hecho o circunstancia que implique el incumplimiento de alguna disposición del presente Reglamento. La parte que permita que la actuación avance sin manifestar su oposición o reparo, o se niegue de forma expresa o tácita a hacer presencia durante el trámite, o a no hacer uso de sus mecanismos de defensa, habrá convalidado el procedimiento surtido, renunciando al derecho a impugnar en forma posterior, sin que pueda alegar su propia culpa o negligencia durante el trámite.

Artículo 7.12. Duración de la actuación.

El término de duración será el acordado por las partes. A falta de dicho acuerdo, el amigable componedor podrá fijar el término, sin que este supere los cuatro (4) meses, contados a partir de la finalización de la reunión de apertura. Este término podrá prorrogarse hasta por un (1) mes.

Artículo 7.13. Decisión.

Pronunciamiento definitivo del amigable componedor de carácter irrevocable e irreformable, para ser cumplido y acatado por las partes.

Contra el pronunciamiento definitivo del amigable componer no habrá acción judicial distinta a la de nulidad del acto de transacción.

Artículo 7.14. Corrección, aclaración o complementación de la decisión.

La decisión adoptada por el amigable componedor podrá ser aclarada, corregida o complementada, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de dudas y que influyan en el alcance de la decisión; cuando haya errores puramente aritméticos o mecanográficos; o cuando se omita resolver algún aspecto del conflicto.

Dichas aclaraciones, correcciones o complementaciones podrán ser solicitadas por cualquiera de las partes o ser realizadas de oficio por el amigable componedor, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación de la decisión a las partes.

El amigable componedor deberá pronunciarse sobre la solicitud de corrección, aclaración o complementación de la decisión, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

Artículo 7.15. Causales de terminación.

Son causales de terminación de la amigable composición:

1. El no acreditar el pacto de amigable composición.
2. El no pago de la totalidad de las sumas establecidas por concepto de honorarios de amigable componedor, del secretario y de los gastos de administración del Centro.
3. Por la decisión en firme del amigable componedor que ponga fin al conflicto.
6. Por acuerdo de las partes de dar por terminado el trámite de amigable composición.
7. Por retiro de la solicitud de amigable composición por la parte convocante hasta antes del inicio de la reunión de apertura.
8. Por la falta de competencia del amigable componedor.
9. Cuando a juicio del amigable componedor, las partes hayan infringido el principio de colaboración y buena fe, que imposibilite el cumplimiento del encargo dado al amigable componedor.
10. Por vencimiento del término de duración del trámite.

CAPÍTULO V

Artículo 7.16 Remisión

Cualquier vacío del presente reglamento será llenado, por remisión, por el Reglamento General del Centro de Arbitraje vigente al momento de su aplicación.

CAPITULO VI
MARCO TARIFARIO
AMIGABLE COMPOSICIÓN

Artículo 7.17. Marco Tarifario.

Salvo que las partes hayan definido los montos correspondientes a los honorarios y gastos de administración, las tarifas por estos conceptos serán las siguientes:

CUANTIA DEL TRAMITE	GASTOS INICIALES CON LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD	TARIFA
Menores de 10	15 SMDLV	20 SMDLV
Entre 10 e igual a 169	1 SMLMV	8,00%
Más de 169 e igual a 655	1 SMLMV	6,00%
Más de 655 e igual a 848	1 SMLMV	5,00%
Más de 848 e igual a 1,696	1 SMLMV	4,50%
Mayor a 1,696	1 SMLMV	4,00%

A los valores resultantes se les deberá agregar lo correspondiente a los impuestos aplicables. En relación con las tarifas, se seguirán las siguientes reglas:

1. Cuando la cuantía sea indeterminada o el asunto a resolver no sea de contenido económico, el amigable componedor tendrá la facultad para fijar los honorarios y gastos de administración de la amigable composición, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, la cuantía del contrato o negocio jurídico, sin que sumados dichos honorarios y gastos excedan la suma de 650 smlmv. En caso de cuantía indeterminada se pagará 1 SMLMV como gastos iniciales.
2. El valor total fijado deberá ser pagado por las partes en proporciones iguales, cada una del 50%, en la oportunidad establecida por el amigable componedor.
3. Cuando exista pluralidad de convocantes o convocados, los integrantes de cada parte actuarán conjuntamente, en su condición de convocantes o convocados y, en todo caso, deberán estarse a lo dispuesto por el amigable componedor respecto de los pagos a cargo de cada uno. Para los efectos del pago, existirá solidaridad entre los miembros que integren una parte, llámense convocantes o convocados.
4. Los gastos iniciales que se pagan al momento de la presentación de la solicitud no serán reintegrados por ningún motivo.
5. El amigable componedor establecerá los casos en que haya lugar a la devolución de la tarifa y su porcentaje, dependiendo de la etapa y de las actuaciones que se hayan realizado en el transcurso de la amigable composición. De este modo se reembolsará el 75% de los honorarios si el trámite termina después de la reunión de apertura o el 50 % si concluye en la etapa probatoria. En todo caso, si el trámite termina con anterioridad a la adopción de una decisión por el amigable componedor, deberán pagarse integralmente los gastos administrativos del Centro.
5. Cuando el Centro actúe como nominador de amigable componedor, el valor de los gastos administrativos corresponderá a 1 SMLMV.

Artículo 7.18. Distribución Tarifaria.

Las anteriores tarifas se distribuirán de la siguiente forma:

60% Por concepto de honorarios del amigable componedor.

25% Por concepto de gastos administrativos.

15% Por concepto de honorarios del secretario.

Si el amigable componedor no designa secretario, no habrá lugar al cobro de este último concepto.

En caso de que el amigable componedor de amigables componedores esté integrado por dos o más amigables componedores, el valor total de los honorarios fijados para los amigables componedores será dividido en partes iguales entre ellos.

Parágrafo 1. Los porcentajes y las oportunidades de causación de los honorarios y gastos de administración se fijarán por el amigable componedor en la reunión de apertura prevista en el artículo 7.10. de este Reglamento.

Parágrafo 2. Corresponde al amigable componedor pagar al Centro las sumas relacionadas con los gastos administrativos, dentro de los 10 días hábiles ~~calendario~~, contados desde el momento en que se realice por las partes el pago total de los honorarios y gastos de la amigable composición.

Artículo 7.19. Tarifas máximas.

En ningún caso la tarifa por una amigable composición a que se refiere el artículo 7.16 del presente Reglamento podrá superar los siguientes límites:

- Honorarios del amigable componedor: 1000 SMMLV
- Gastos de administración: 416 SMMLV
- Honorarios del secretario 250 SMMLV

REGLAMENTO GENERAL DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN, ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA

TÍTULO V. REGLAMENTO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES Y PRINCIPIOS

ARTÍCULO 140.- ÁMBITO DE APLICACIÓN: El presente Reglamento se aplica cuando:

1. Las Partes hayan acordado expresamente someterse al Reglamento de Amigable Composición del Centro.
2. Las Partes no tengan establecido un procedimiento en el acuerdo de amigable composición y la solicitud de amigable composición sea radicada en este Centro.
3. Los vacíos en el procedimiento establecido por las partes se llenarán aplicando el Reglamento de Amigable Composición del Centro, y lo no previsto en el reglamento lo llenará el Amigable Componedor.

PARÁGRAFO 1.- Cuando resulte aplicable el Reglamento de Amigable Composición del Centro, este será el vigente al momento de la presentación de la solicitud de amigable composición, salvo que las partes hayan acordado someterse al reglamento vigente a la fecha de celebración de dicho acuerdo.

PARÁGRAFO 2.- En aquellos casos en los cuales las partes indiquen en el acuerdo de amigable composición que se someten tanto a las normas de procedimiento de este Reglamento como a las establecidas en la ley, prevalecerá el presente Reglamento y, en los vacíos de este, se aplicará la ley vigente para esta materia.

ARTÍCULO 141.- AMIGABLE COMPOSICIÓN: Es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas o varias entidades públicas o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

ARTÍCULO 142.- AMIGABLE COMPONEDOR: Es un tercero que puede tener la calidad de persona natural o jurídica, actúa como mandatario de las partes en la resolución definitiva de una

controversia contractual, no tiene que ser necesariamente abogado, su decisión es de carácter vinculante y esta decisión tiene los mismos efectos contractuales de una transacción. Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor será fundamentada en la equidad, sin perjuicio del uso de reglas de derecho, tal como lo indica la ley.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, o en caso de que no se establezca el número de amigables componedores, se entenderá que es uno (1).

ARTÍCULO 143.- FUNCIONES DEL AMIGABLE COMPONEDOR: De conformidad con el presente reglamento, el amigable componedor tendrá todas las funciones necesarias para dar cumplimiento al encargo de solucionar el conflicto de las partes. Especialmente las siguientes:

1. Ilustrarse, con todas las facultades, sobre los hechos que dan origen a la controversia, para lo cual podrá solicitar a las partes o a terceros que aporten los documentos, declaraciones o cualquier otra pieza que sea necesaria para cumplir el fin aquí establecido.
2. Dirigir el trámite de la amigable composición y tomar las decisiones que considere necesarias para el buen funcionamiento del trámite y la garantía de los principios rectores de este reglamento.
3. Actuar, en cualquier etapa del trámite, por solicitud conjunta de las partes, como mediador en procura de una solución directa de las partes al conflicto. En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, este constará por escrito y tendrá los efectos de una transacción.
4. Resolver el conflicto.
5. Realizar una eficiente administración de los honorarios y gastos de funcionamiento de la amigable composición. Al final del trámite el amigable componedor deberá entregar a las partes la relación de los gastos realizados.

ARTÍCULO 144.- PRINCIPIOS: El presente reglamento se rige por los siguientes principios:

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA: Las partes pactarán y acudirán a este mecanismo de manera voluntaria en ejercicio de su libertad privada y, en ese sentido, podrán pactar, de común acuerdo, la forma como se desarrollará y tramitará la amigable composición; así mismo, podrán precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes. En caso de vacíos sobre algún trámite a seguir, estos vacíos serán llenados por el amigable componedor.

EFICIENCIA: Todas las actuaciones hasta la obtención de la decisión del amigable componedor, deberán hacerse en el menor tiempo posible y con los menores costos para las partes.

EFICACIA: La decisión del amigable componedor tendrá carácter vinculante para las partes, tendrá plenos efectos legales y recaerá sobre controversias contractuales de libre disposición.

INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD: Los amigables componedores deberán actuar frente a las partes con neutralidad, transparencia y objetividad durante todo el trámite de amigable composición.

PRIVACIDAD: El trámite de amigable composición es completamente confidencial. Del trámite y de la decisión adoptada por el amigable componedor, solo conocerán las partes, el amigable componedor y el Centro.

DEBER DE COLABORACIÓN Y BUENA FE: Las partes se comprometen a actuar de manera activa, transparente, leal y colaborativa en el desarrollo de la amigable composición, con el fin de lograr que la decisión del amigable componedor sea pronta y eficaz.

IGUALDAD: Las partes tendrán las mismas oportunidades durante el desarrollo de la amigable composición.

INMEDIACIÓN: El amigable componedor deberá tener una relación directa con las partes y con el trámite de amigable composición, que le permita a él formar su convicción para tomar la decisión que resuelva de forma definitiva el conflicto.

ARTICULO 145.- RENUNCIA AL DERECHO DE OBJETAR: Las partes deberán manifestar al amigable componedor de forma expedita cualquier hecho o circunstancia que implique el incumplimiento de alguna disposición del presente reglamento. La parte que permita que el proceso avance sin manifestar su oposición o reparo o se niegue de forma expresa o tácita a hacer presencia durante el trámite o a no hacer uso de sus mecanismos de defensa, habrá convalidado el procedimiento surtido, renunciando al derecho a impugnar en forma posterior, sin que pueda alegar su propia culpa o negligencia durante el trámite.

CAPÍTULO II TRÁMITE

ARTÍCULO 146.- ACUERDO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN: Las partes podrán acudir a este mecanismo, bien por acuerdo previo incluido en una cláusula contenida en un contrato o mediante acuerdo independiente al contrato.

ARTÍCULO 147.- PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD: El interesado presentará de manera escrita o mediante los canales que el Centro disponga, la solicitud de amigable composición junto con los documentos que considere pertinentes, adjuntando copia del recibo que acredite el pago correspondiente a los derechos iniciales del Centro, los cuales no serán devueltos en ningún caso. Con la solicitud de convocatoria, la parte solicitante deberá aportar copia del contrato o documento donde obre el acuerdo en el cual las partes determinan que solucionarán sus diferencias mediante amigable composición. Si este documento no es aportado, el Centro requerirá al solicitante para que lo aporte dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de dicho requerimiento. Si este documento no se allega, se procederá con la devolución de la solicitud y de los documentos aportados por el solicitante.

El Centro verificará si está facultado expresamente para administrar el trámite de amigable composición.

PARÁGRAFO.- Para actuar dentro del trámite de amigable composición, las partes no requieren abogado, salvo que la ley lo exija o ellas consideren lo contrario.

ARTÍCULO 148.- DESIGNACIÓN DEL AMIGABLE COMPONEDOR: Una vez verificada la existencia del acuerdo de las partes para acudir a la amigable composición, el Centro procederá, de acuerdo con lo establecido por las partes, a la designación del amigable componedor o componedores. En caso de que las partes no indiquen cual será el mecanismo de designación del amigable componedor, o no logren designar al amigable componedor de conformidad con sus reglas, o que el tercero designado diferente al Centro no haga la designación, el Centro procederá a convocar a las partes para que hagan el nombramiento de mutuo acuerdo; de no ser posible, el centro procederá a designarlo mediante sorteo, de las listas que tenga y teniendo en cuenta los requisitos o calificaciones establecidas por las partes o, en su defecto, las que el caso demande. Para una mayor eficiencia en el trámite, al momento de la designación se nombrará un suplente para cada uno de los amigables componedores acordados.

PARÁGRAFO.- Las partes podrán de común acuerdo hasta la iniciación de la reunión de apertura reemplazar al amigable componedor.

ARTÍCULO 149.- ACEPTACIÓN DEL AMIGABLE COMPONEDOR: El amigable componedor designado deberá aceptar o rechazar su designación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación por parte del Centro. El silencio se entenderá como rechazo.

En el caso de que el amigable componedor no acepte o se retire, asumirá el cargo el suplente previa comunicación de su designación.

ARTÍCULO 150.- INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD: El amigable componedor, en todo momento, deberá mantenerse independiente e imparcial. En ese sentido deberá:

1. Revelar con su aceptación, al Centro y a las partes, las circunstancias que puedan dar lugar a dudas acerca de su imparcialidad o independencia o la existencia de eventuales conflictos de interés. En caso de que no exista ninguna circunstancia que afecte su imparcialidad o independencia deberá, en todo caso, manifestarlo de forma expresa con su aceptación. De no hacerlo se entenderá que no se ha agotado el deber de revelación.
2. Igualmente, deberá informar cualquier circunstancia de las mencionadas en el numeral anterior que surja o llegue a su conocimiento con posterioridad a su nombramiento.

ARTÍCULO 151.- TRÁMITE DEL DEBER DE REVELACIÓN:

El Centro procederá:

1. A poner en conocimiento de las partes la carta de aceptación del amigable componedor para que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de dicha comunicación ellas tengan la oportunidad para pronunciarse respecto de:
 - a. La imparcialidad e independencia del amigable componedor, y manifestar aquellas circunstancias sobre las cuales tengan conocimiento y que ellas consideren afectan la imparcialidad e independencia del amigable componedor.
 - b. Las revelaciones realizadas por el amigable componedor.
2. Si ambas partes manifiestan por escrito, a partir de la información suministrada en la carta de aceptación, dudas acerca de la imparcialidad o independencia del amigable componedor, se procederá a su reemplazo, lo cual no implica un juicio sobre la imparcialidad o independencia del amigable componedor. En caso de que el suplente no acepte o incurra en el supuesto del presente artículo, se procederá al nombramiento de un nuevo amigable componedor, siguiendo lo establecido en el presente reglamento.
3. Si solo una de las partes manifiesta por escrito dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del amigable componedor y solicita su relevo, el amigable componedor podrá renunciar al cargo sin que dicha renuncia implique la aceptación de la validez de las razones en que se funda la solicitud de relevo y se procederá al reemplazo en los términos establecidos en este reglamento.

4. Si el amigable componedor no renuncia al encargo dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación mediante la cual el Centro pone en su conocimiento la solicitud de relevo ante la Comisión Asesora, la cual decidirá de plano sobre la continuidad del amigable componedor.

5. En caso de que la decisión de la Comisión sea de relevo, se procederá al reemplazo del amigable componedor en los términos establecidos en este reglamento.

ARTÍCULO 152.- REEMPLAZO DEL AMIGABLE COMPONEDOR: Cuando el amigable componedor se declare impedido o cualquiera de las partes presente dudas acerca de su imparcialidad o independencia, éste será reemplazado de la misma forma en la que fue designado de acuerdo con el presente reglamento, sin que ello signifique que se ha aceptado el impedimento o el conflicto de interés que afecte su imparcialidad o independencia.

ARTÍCULO 153.- USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS: Todas las comunicaciones que se requieran durante el trámite de amigable composición se harán por el medio más expedito a elección del amigable componedor o del Centro, incluida la utilización de medios electrónicos.

ARTÍCULO 154.- REUNIÓN DE APERTURA: Una vez en firme la designación del amigable componedor, el Centro procederá a convocar a las partes y al amigable componedor a una reunión de apertura del trámite. En esta reunión se llevarán a cabo las siguientes actividades:

1. El Centro le hará entrega al amigable componedor del expediente y las actuaciones surtidas hasta el momento.
2. Si el amigable componedor lo considera pertinente y necesario, y las partes están dispuestas a asumir el costo, podrá nombrar un secretario para que lo apoye en el trámite de la amigable composición. Las funciones secretariales serán asumidas y pagadas a los abogados del Centro o a los secretarios de las listas oficiales del mismo de acuerdo con las tarifas establecidas.
3. El amigable componedor, en caso de tener las facultades correspondientes y estar debidamente habilitado por las partes para ejercer su cargo, avocará el conocimiento de dicho trámite. En caso contrario, el amigable componedor dará por concluidas sus funciones y procederá con la devolución de los documentos y del expediente al Centro.
4. Para todos los efectos legales, se establecerá como lugar de funcionamiento y administración de la amigable composición las instalaciones del Centro.
5. En caso de que las partes tengan unas reglas especiales para dar trámite a la amigable composición, el amigable componedor podrá solicitar a las partes las explicaciones que considere pertinentes respecto del trámite a seguir con el fin de garantizar la plena igualdad de las partes. En

caso de no estar previamente acordado el trámite a seguir, se entenderá que las partes habilitan al amigable componedor para establecerlo debiendo dar pleno respeto a los derechos de ambas partes.

6. El amigable componedor podrá en esta reunión, solicitar las aclaraciones de la solicitud de amigable composición presentada por el convocante o documentos que crea necesarios con el fin de continuar adelante con el trámite, para lo cual podrá suspenderla y darle un término que no exceda los cinco (5) días hábiles para que presente las respectivas aclaraciones. Si la parte convocante no presentare las aclaraciones o documentos solicitados por el amigable componedor, éste podrá decidir dar continuidad al trámite, si ello es viable con la información en su poder, o darlo por terminado.

7. En esta reunión, el amigable componedor de conformidad con lo establecido en este Reglamento, fijará las sumas correspondientes a sus honorarios y a los gastos de administración del Centro. El valor total fijado deberá ser pagado al amigable componedor por las partes en proporciones iguales, cada una del cincuenta por ciento (50%), dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su fijación.

8. Las sumas de dinero fijadas, incluidos los gastos administrativos del Centro, serán consignadas a órdenes del amigable componedor. En caso de que se trate de un panel colegiado, se consignarán en la cuenta que los amigables componedores indiquen.

PARÁGRAFO.- En caso de que una de las partes no consigne la parte que le corresponde, el amigable componedor informará de este hecho, en el menor tiempo posible, a la parte cumplida, para que si a bien tiene hacerlo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes efectúe el pago de la suma restante. En caso de que no lo haga, el amigable componedor dará por terminado el trámite y se procederá con la devolución al solicitante de toda la documentación presentada así como de las sumas pagadas por concepto de gastos y honorarios indicados en el numeral séptimo del presente artículo.

ARTÍCULO 155.- CAUSALES DE TERMINACIÓN: Son causales de terminación de la amigable composición:

1. El no acreditar el acuerdo de amigable composición.
2. El no pago de la totalidad de las sumas establecidas por concepto de gastos y honorarios del amigable componedor.
3. Por la decisión del amigable componedor que ponga fin al conflicto.
4. Una vez se aclare, complemente o corrija la decisión, cuando haya lugar.
5. Por acuerdo de las partes de dar por terminado el trámite de amigable composición.

6. Por retiro de la solicitud de amigable composición por la parte convocante hasta antes del inicio de la reunión de apertura.
7. Por la falta de competencia del amigable componedor.
8. Por infracción de las partes al principio de colaboración y buena fe, que imposibilite cumplir con el encargo dado al amigable componedor.
9. Por vencimiento del término de duración de la amigable composición.
10. Por renuncia, muerte del amigable componedor y en caso que el amigable componedor sea una persona jurídica, por encontrarse en estado de disolución y liquidación.

ARTÍCULO 156.- DURACIÓN DEL TRÁMITE: La duración será acordada por las partes. A falta de dicho acuerdo, el plazo máximo de duración de la amigable composición será de cuatro (4) meses, contados a partir del pago total de los honorarios y gastos de administración. Los cuales podrán ser prorrogados hasta por dos (2) meses más, si así lo considera el amigable componedor.

ARTÍCULO 157.- EFECTOS DE LA DECISIÓN: La decisión adoptada por el amigable componedor tendrá los efectos de una transacción.

ARTÍCULO 158.- CORRECCIÓN, ACLARACIÓN O COMPLEMENTACIÓN: La decisión adoptada por el amigable componedor podrá ser aclarada, corregida o complementada, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de dudas y que influyan en el alcance de la decisión; cuando haya errores puramente aritméticos o mecanográficos; o cuando se omita resolver algún aspecto del conflicto.

Dichas aclaraciones, correcciones o complementaciones podrán ser solicitadas por cualquiera de las partes o ser realizadas de oficio por el amigable componedor, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la comunicación de dicha decisión a las partes.

CAPÍTULO III TARIFAS

ARTÍCULO 159. TARIFAS.- Las tarifas por concepto de honorarios y gastos de administración iniciales serán las siguientes:

CUANTÍA DEL PROCESO (Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes - smlmv)	GASTOS INICIALES CON LA PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD	TARIFA AMIGABLE COMPONEDOR
Menos de 10	15 SMDLV	20 SMDLV
Entre 10 e igual a 176	1 SMMLV	3% de la cuantía
Más de 176 e igual a 529	1 SMMLV	2% de la cuantía
Más de 529 e igual a 882		1.75% de la cuantía
Más de 882 e igual a 1764	1 SMLMV	1.50% de la cuantía
Mayor a 1764		1.25% de la cuantía

PARÁGRAFO 1.- Los gastos del Centro corresponderán al 50% de los honorarios de un amigable componedor.

PARÁGRAFO 2.- En relación con las tarifas, se seguirán las siguientes reglas:

1. Cuando la cuantía sea indeterminada o el asunto a resolver no sea de contenido económico, el amigable componedor tendrá la facultad para fijar los honorarios y gastos de administración de la amigable composición, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, la cuantía del contrato o negocio jurídico, sin que sumados dichos honorarios y gastos excedan la suma de 650 SMLMV.
2. El valor total fijado deberá ser pagado por las partes en proporciones iguales, cada una del 50%, en la oportunidad establecida por el amigable componedor.
3. Cuando exista pluralidad de convocantes o convocados, los integrantes de cada parte actuarán conjuntamente, en su condición de convocantes o convocados y, en todo caso, deberán estarse a lo dispuesto por el amigable componedor respecto de los pagos a cargo de cada uno. Para los efectos del pago, existirá solidaridad entre los miembros que integren una parte, llámense convocantes o convocados.

4. Los gastos iniciales que se pagan al momento de la presentación de la solicitud no serán reintegrados por ningún motivo.
5. El amigable componedor establecerá los casos en que haya lugar a la devolución de la tarifa y su porcentaje, dependiendo de la etapa y de las actuaciones que se hayan realizado en el transcurso de la amigable composición sin incluir lo correspondiente a los gastos iniciales.

ARTÍCULO 160.- DISTRIBUCIÓN TARIFARIA: Las anteriores tarifas se distribuirán de la siguiente forma:

En caso que el amigable componedor decida designar un secretario la proporción tarifaria será de:
80% Por concepto de honorarios del amigable componedor.
20% Por concepto de gastos secretariales. De acuerdo con el artículo 12, numeral 2 del presente Reglamento, si se escoge como secretario a uno de los abogados vinculados laboralmente al Centro, este porcentaje será para el Centro.

En caso que el panel de amigables componedores, esté integrado por dos o más amigables componedores el valor total de los honorarios fijados para los amigables componedores será dividido en partes iguales entre ellos.

PARÁGRAFO 1.- Los porcentajes y las oportunidades de causación de los honorarios y gastos de administración se fijarán por el amigable componedor en la reunión de apertura prevista este reglamento.

PARÁGRAFO 2.- Corresponde al amigable componedor pagar al Centro las sumas relacionadas con los gastos administrativos y secretariales, dentro de los 10 días calendario, contados desde el momento en que se realice por las partes el pago total de los honorarios y gastos de la amigable composición.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 161. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 1563 en el Ministerio Público está facultado para actuar en los procesos de Amigable Composición en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y los derechos y garantías fundamentales.

ARTÍCULO 162. REMISIÓN: Cualquier vacío del presente Reglamento será llenado por remisión al Reglamento General del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, vigente al momento de su utilización.

ARTÍCULO 163. VIGENCIA: El presente Reglamento rige a partir de la fecha de publicación en la página web previa aprobación del Ministerio de Justicia y del Derecho y podrá aplicarse a los pactos que se establecieron con anterioridad a la vigencia de la Ley 1563 de 2012.