

ULACIT

SEMINARIO DE GRADUACIÓN

EL RIESGO DE LA CLÁUSULA
ARBITRAL
EN LOS CONTRATOS DE OBRAS
DEL AYA

REALIZADO POR
LISBETH ALFARO VARGAS

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
GENERALIDADES	6
CONCEPTOS BÁSICOS	6
CONTROL INTERNO	6
EL RIESGO	6
LA CLÁUSULA ARBITRAL	7
EL ARBITRAJE	9
AMPARO LEGAL	9
PROCEDIMIENTO ARBITRAL	11
FUNDAMENTO DEL PROCESO	11
SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE ARBITROS	12
EL LAUDO ARBITRAL	15
CONCLUSIONES	17
BIBLIOGRAFIA UTILIZADA	19
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	22

INTRODUCCIÓN

El Estado, en su afán por alcanzar mayor eficiencia en el cumplimiento de las tareas propias de su naturaleza, ha recurrido a diferentes mecanismos y modalidades contractuales que permiten la participación privada en la gestión de servicios públicos y particularmente en este caso, en la construcción de obras públicas. La ejecución de estas contrataciones ha provocado situaciones que obligan a la Administración a enfrentarse contra empresas privadas, en conflictos de intereses que generalmente acarrear consecuencias patrimoniales. (Expediente Legislativo No. 14312, Ley de General de Control Interno, Ley No. 8292, 2001)

En Costa Rica, la solución de los conflictos entre el Estado y los particulares es competencia del Poder Judicial, no obstante, el artículo 43 de nuestra Constitución Política autoriza el arbitraje, como una vía alterna para la terminación de las diferencias, siempre y cuando éstas, sean de carácter patrimonial. Sumado a ello, con la promulgación de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 (Art. 18), la cual permite a la Administración Pública someter sus controversias patrimoniales al procedimiento arbitral, y por el descontento de la sociedad civil con la calidad de la administración de justicia que ha proporcionado del Estado, el uso de este instrumento de resolución de conflictos, se ha puesto en boga.

Es clara la legitimidad del Estado para acudir a la vía arbitral, y así lo han manifestado diferentes Pronunciamientos tanto de la Contraloría General de la República (Por ejemplo No. 2239, del 23 de febrero de 1996) como de la Procuraduría General de la República (Por ejemplo C-225-88, del 11 de noviembre de 1988). Por otra parte, la doctrina le reconoce virtudes al procedimiento arbitral, ya que, además de promover soluciones justas, con resultados vinculantes y obligatorios, ofrece también celeridad, eficiencia, tecnicidad, especialidad, informalidad, economía de costo y tiempo, características más que

justificadas para hacer atractiva su utilización. (Alvarado, Hernández y Salas, 2000. pág.43; Artavia, 2000. pág. 56 a 66)

Aunque existen varios tipos de arbitraje, la Administración Pública solamente se encuentra facultada para acudir al Arbitraje de Derecho, sin poder aceptar, bajo ninguna circunstancia algún otro tipo, ya que por el Principio de Legalidad contemplado en el Artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, debe garantizarse que los árbitros tengan la obligación de resolver conforme a nuestro ordenamiento jurídico (Así lo ha reafirmado la Procuraduría General de la República en criterios OJ-048-99 del 29 de abril de 1999 y OJ-077-2000 del 20 de julio del 2000; también Artavia, 1996. pág. 75 a 91).

Una vez autorizada para acudir a esta vía alternativa, la Administración Pública, y como parte de ella, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA), en congruencia con el Principio de Legalidad, por medio de cláusulas compromisorias en los contratos de licitación de obras públicas, habilita el arbitraje como un medio alternativo al judicial, para resolver los eventuales conflictos que surjan en la ejecución de la contratación.

Sin embargo, el uso de esta herramienta divorciada en gran parte de las formalidades judiciales, crea la necesidad de actualizar y fortalecer los mecanismos de control y fiscalización de la Hacienda Pública, en función de procurarle un uso apropiado. Desde esta perspectiva y bajo las premisas de la Ley General de Control Interno, Ley No. 8292, teniendo en cuenta que se trata de un deber Institucional, contar con un sistema de valoración del riesgo, que permita evaluar la eficiencia en la consecución de los objetivos institucionales, es importante analizar si los carteles de contratación de obras promovidos por AyA, en los que se incluyen cláusulas arbitrales para la resolución de conflictos, conllevan en sí o en su desarrollo, elementos que pongan en riesgo la obtención de los resultados objetivos esperados de la esencia del arbitraje, en perjuicio de los intereses de la Institución o la empresa contratada.

En este sentido, y previendo la posibilidad de que este instrumento se traduzca en un riesgo para la Institución, si al plantearlo no se establecen los parámetros y directrices que regulen su aplicación; se revisará si en el proceso de elección de los árbitros -uno de los ejes fundamentales para garantizar la objetividad del procedimiento arbitral- existen elementos de riesgo que propicien perjuicios para alguna de las partes. De acuerdo con ello, se analizará si en la inclusión de una cláusula arbitral para la resolución de controversias existen factores de riesgo para la Institución.

Pero sobre todo, que en caso de demostrarse la existencia de elementos negativos ó que se incurrió en alguna irregularidad, el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados pueda contar con medios bien definidos y normados para anular las actuaciones, de manera que, se disminuyan al máximo o puedan ser enmendados los perjuicios y paralelo a ello, que se establezcan las sanciones para los responsables del incumplimiento.

En justificación de los señalamientos anteriores y dentro del ámbito de las potestades legales de Acueductos y Alcantarillados, con el propósito de colaborar en el mejoramiento de los resultados esperados de la solución de conflictos que son sometidos al proceso arbitral, este análisis se enfocará en el estudio de los objetivos señalados y se aventurará a lanzar propuestas de cambio para disminuir las probabilidades de la existencia de factores de riesgo debilitadores de la efectividad de este medio alternativo.

GENERALIDADES

Conceptos básicos.

- Control Interno

Este concepto, incorporado al derecho Público por la Ley General de Control Interno, Ley No. 8292, permite a la Administración Pública mejorar en el cumplimiento de sus objetivos, especialmente en las acciones ejecutadas y diseñadas por la administración para proporcionar seguridad. Pretende proteger y conservar el patrimonio público, exigir la confiabilidad y oportunidad de la información, garantizar eficiencia y eficacia en las operaciones y cumplir con el ordenamiento jurídico. Para ello, impone a los jefes la obligación de tomar las medidas correctivas necesarias, cuando sean detectadas irregularidades, además les exige demostrar integridad y valores éticos en el ejercicio de sus deberes. (Art. 8)

El Control Interno debe estar presente en todos los procesos institucionales desde antes que den inicio y después que han concluido por medio de procesos de verificación. Es un proceso de responsabilidad de las máximas autoridades, ejecutado por ellas y por todos los integrantes de la organización. El Control Interno promueve una administración basada en resultados, que permiten alcanzar los planes tácticos y estratégicos de la Administración. (Manual de Normas Generales de Control Interno, para la Contraloría General de la República y las entidades y órganos sujetos a su fiscalización. 2002. pág. 2)

- El Riesgo

El riesgo es la probabilidad de que un evento, ya sea interno o externo afecte negativamente la capacidad organizacional de alcanzar los objetivos. Por lo que, visto

desde esta perspectiva, identificar y evaluar los factores que contribuyen a producir o elevar que un riesgo se materialice, es una labor que indiscutiblemente debe ser realizada mediante la revisión constante de los detalles presentes, no solo en la generalidad de los procesos sino en cada una de las actividades que la administración realiza, por simples que parezcan. De la realización activa, continua, diaria, repetitiva y concienzuda de esa labor de revisión, depende que los riesgos sean minimizados al máximo o por el contrario se incrementen y generen obstáculos para la obtención de los objetivos esperados. (Manual de Control Interno, 2002. pág. 24 a 26)

En concordancia con lo anterior, el deber de probidad, descrito en el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422, suma un elemento más a este intento por disminuir los riesgos en las actuaciones de los funcionarios públicos, los cuales, por supuesto se encuentran sometidos al régimen de legalidad de acuerdo con lo estipulado por la Ley General de la Administración Pública, Ley No.6227.

Toda esta normativa está orientada a disminuir las posibilidades de elementos riesgosos, perjudiciales para la obtención de los fines de la Administración y con ella se promueve una conciencia ética de la necesidad de la protección y defensa de los intereses públicos en pro del bienestar común. No obstante, falta mucho por hacer en cuanto a la propagación real de esa conciencia, que a la postre nos beneficia a todos.

- La Cláusula Arbitral

La Ley de Contratación Administrativa autoriza a la Administración Pública a contratar con sujetos de derecho privado cuando exista la necesidad de satisfacer un fin público, esto bajo los principios de eficiencia, igualdad, libre competencia y publicidad. Para ello habilita diferentes medios de contratación, dentro de los cuales se encuentra las contrataciones por licitación pública. (Arts. 3, 4, 5, 6, 41 y sigtes.)

Los carteles para la publicación de las contrataciones por licitación pública pueden contener, dependiendo de los intereses de la Institución, cláusulas que permitan la solución de eventuales conflictos patrimoniales por medio de la vía del arbitraje. Es facultad de las partes, convenir con anterioridad a que se presenten conflictos, que estos sean sometidos a arbitraje. Para ello, es necesario el compromiso por medio de una cláusula arbitral, o acuerdo arbitral (cuando no hay un contrato), los cuales gozan de validez y eficacia independientes del contrato principal. Lo trascendente es que si el conflicto nace, es obligación de las partes suscribir el compromiso arbitral. (Alvarado, et al. 2000, pág. 69)

La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 dispone, en su Artículo 23.- Condiciones del acuerdo:

Artículo 23: El acuerdo arbitral, no tendrá formalidad alguna, pero deberá constar por escrito, como acuerdo autónomo o parte de un convenio... Si las partes así lo hicieren constar expresamente, podrán establecer los términos y las condiciones que regirán el arbitraje entre ellas... En caso de que no se establezcan reglas específicas, se entenderá que las partes se someterán a las que escoja el tribunal arbitral... El acuerdo podrá ser complementado, modificado o revocado por convenio entre las partes...

En lo que respecta al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, la inclusión de una cláusula compromisoria que permita someter las controversias sobrevivientes a arbitraje, es una facultad restringida a partir del 2001 mediante el requisito de la aprobación por parte de la Junta Directiva, ya que mediante Acuerdo No. 2001-402 del 28 de noviembre del 2001, se estableció como norma la autorización previa y expresa de no menos de cuatro miembros para poder recurrir a este medio de resolución alterna (De

conformidad con el Art. 11 de la Ley Constitutiva del AyA). No obstante, en los casos que la obra es financiada por un convenio de préstamo internacional (por ejemplo del Banco Mundial), estas entidades financieras exigen que se establezca dicha cláusula, de modo que se facilite la resolución de los reclamos del adjudicatario.

- El Arbitraje

Desde siempre, en la resolución de conflictos ha estado presente la figura de un **tercero imparcial** que facilite las negociaciones y proponga una solución para la controversia. Esta persona o personas, como en algunos casos se da, tienen la responsabilidad de emitir criterios objetivos, analizar el fondo de la discusión y determinar el medio o la forma en que la disputa será resuelta.

Amparo Legal

Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros. (Constitución Política de la República de Costa Rica, Artículo 43)

Este Instituto constitucional, sumado a lo establecido en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 Artículo 18: ... **“Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje...”**, permiten que la Administración Pública pueda optar por la solución de los conflictos patrimoniales con el administrado, a través de ese medio alternativo.

De acuerdo con la opinión de Sergio Artavia:

*...el arbitraje es un proceso de carácter jurisdiccional, mediante el cual **las partes** -o un juez en caso de ausencia de acuerdo- eligen en*

forma privada, los 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. El resaltado no corresponde al original. (Artavia, 1996. pág. 45)

Nótese el énfasis en cuanto a que, son **las partes**, las que eligen los sujetos que fungirán como árbitros porque, en cumplimiento del espíritu de la Ley General de Control Interno, Ley No. 8292, es necesario determinar si este podría ser un factor de riesgo sustentado por vacíos legales o procedimentales que propicien la consecución de resultados abusivos en perjuicio de la Institución o la empresa contratada. Hay que prestar toda la atención posible en este punto, sobre todo, teniendo en cuenta que el laudo arbitral, una vez dictado, goza de efectos de cosa juzgada material, con carácter definitivo y vinculante para las partes y es inapelable, salvo el recurso de revisión. (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley No. 7727, Artículo 58)

Aunque la utilización de este medio alternativo de resolución de conflictos apunta a ser una estrategia para disminuir el factor de riesgo ocasionado por la lentitud de la resolución convencional de los conflictos, mediante procesos contenciosos, prolongados muchas veces, hasta por varios años, esta potestad de rango Constitucional, actualmente respaldada por lo dispuesto en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley No. 7727 podría desembocar en perjuicios económicos y legales viciados de parcialidad, si no se cuenta con las personas idóneas ostentando los cargos.

Por un lado, las ventajas ofrecidas por este medio alternativo, son muchas. No obstante, la posibilidad de finalizar el conflicto en un muy atractivo y corto plazo, se traduce también en una debilidad de sus fortalezas, esto si desde el inicio, cuando las partes acuerdan someter sus asperezas al criterio arbitral, el proceso para la elección del ó los árbitros, no se realiza de forma transparente, imparcial y apegada a los criterios de

idoneidad establecidos por la ley. Porque, pese a que las prevenciones están contempladas en la normativa, su acatamiento pareciera depender más de una decisión ética – moral, que de una disposición a la cual se debe obedecer obligatoriamente.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Definidos los conceptos básicos, que integran la discusión, en adelante se analizarán, desde el método utilizado para el nombramiento de los árbitros, hasta los aspectos de la validez, efectividad, ejecutoriedad y posibles causas de nulidad del laudo, por ser este, el reflejo de las actuaciones acertadas o erradas a lo largo del desarrollo del proceso, que permite evidenciar y justificar la presencia o no del riesgo generador de consecuencias desfavorables para cualquiera de las partes. En este sentido, se enfocarán los esfuerzos en realizar un análisis interpretativo de las normas que regulan la materia.

Fundamento del proceso.

Como ha quedado demostrado, nuestra legislación faculta a la Administración Pública para la solución de algunas controversias de orden patrimonial por medio de la instauración de un procedimiento arbitral, el cual se prevé mediante la inclusión de una cláusula arbitral.

En este contexto, los carteles que publica el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, incluyen una cláusula genérica:

...cualquier desacuerdo entre el contratista y AyA con respecto a la ejecución de la obra, la aplicación, validez de los procedimientos, el cumplimiento o no de las obligaciones de las partes o cualquier otra discrepancia, será sometida a arbitraje...

Con la simple lectura de este primer párrafo del apartado arbitral, se evidencia una redacción abierta, que permite la interpretación y deja libre los portillos para que el contratista pretenda negociar, sobre casi cualquier cosa. Por lo que, analizado desde la perspectiva de los objetivos de la Ley General de Control Interno, Ley No. 8292, esto constituye un elemento de riesgo institucional.

Inclusive y pese a que después de los tres arbitrajes fenecidos con que cuenta la historia del AyA, de los cuales el primero terminó con un resultado negativo para la Institución, y para los dos siguientes se necesitó de la contratación de un asesor legal externo, esta cláusula se ha mantenido desde antes de la promulgación de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 y hasta la fecha no ha tenido cambios significativos, lo que demuestra falta de control en ese aspecto.

Selección y nombramiento de Árbitros

De acuerdo con la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley No. 7727, norma especial para regular los procedimientos arbitrales a partir de 1998, el primer requisito para poder recurrir al arbitraje, es que las partes estén dispuestas a resolver las diferencias que surjan por medio de este instrumento y que así lo hayan manifestado. El segundo requisito es que se trate de conflictos de carácter patrimonial y el tercero, en el caso particular de Acueductos y Alcantarillados, contar con la aprobación de la Junta Directiva.

Constatado este marco legal, y para iniciar con el procedimiento de arbitraje, cuando es requerido por las partes, lo primero es la propuesta, selección, aceptación y consecuente nombramiento del o los árbitros. En esta etapa, en los casos que se opta por un tribunal arbitral, las partes comunican a la otra, un candidato para el puesto y de ser

aceptados por la contraparte, esos dos postulados convienen en el nombramiento del tercero, quien será el presidente del tribunal.

Ciertamente en la teoría esto pareciera muy simple y a la vista no muestra mayores posibilidades de generar inconvenientes. Sin embargo, este paso repercute directamente en el resultado de la controversia, por tratarse precisamente de las personas que analizarán y resolverán el conflicto a la luz de sus criterios. Es por esto que, tomar todas las precauciones para tratar de garantizar que los elegidos sean las personas idóneas para ejecutar su misión apegados al más básico de los elementos de legalidad y justicia, pero sobre todo, íntimamente comprometidos con los principios morales y éticos que el ejercicio de la profesión y el cargo les exige; es una tarea digna del deber de Control Interno.

Es necesario entonces, contar con los mecanismos adecuados para asegurar que, quien o quienes entrarán a conocer de esas diferencias, tendrán absoluta independencia de las partes y así poder esperar una solución objetiva del conflicto que carezca de vicios de parcialidad o de intereses contrapuestos y con ello, asegurarse un resultado equilibrado ajustado a derecho.

En respuesta a lo anterior, la Junta Directiva de Acueductos y Alcantarillados, es la llamada a designar el Árbitro por parte del Instituto (Acuerdo 2001-402), de esta manera pareciera que puede asegurarse una postulación objetiva para el cargo, lo cual disminuye la posibilidad de propuestas parcializadas, con intereses distintos a los de procurar una solución eficiente del problema surgido. Con esta medida, la Junta Directiva de AyA, da un paso encaminado al cumplimiento de lo exigido por la Ley General de Control Interno, Ley No. 8292 (Arts. 12 inc. b y 14).

Por otra parte, existe también la posibilidad de ejercer el derecho de rechazar o recusar al representante que alguna parte propone. Este es un derecho que no puede ser obviado, en caso de existir circunstancias que hagan dudar de la idoneidad del candidato, pero es una facultad que ha quedado en manos de los representantes legales del AyA. Esto

puede representar un riesgo, en el caso del Instituto, porque no todos los profesionales del área legal cuentan con la preparación adecuada, específica en esta materia y los que la tienen, se basa en un contexto académico teórico de cursos y seminarios básicos y la experiencia, por tratarse de un proceso facultativo, al que no siempre las partes recurren, no es mucha ya que los casos con que se cuenta son pocos (Datos obtenidos de entrevistas informales a los Licdos. Lizano y Rodríguez).

Aunque, se prevén situaciones como las señaladas y además, la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727, indica que los árbitros no deben tener nexos con las partes, los apoderados o sus abogados, (Art. 25) esta, es una restricción sin sanción alguna en caso de incumplimiento, puesto que no menciona nada en cuanto a la responsabilidad de los árbitros en el ejercicio de su función y teniendo en cuenta que no se trata de funcionarios públicos a los que eventualmente la administración les podría exigir responsabilidad por sus acciones mediante los procedimientos disciplinarios administrativos, de manera que este es otro factor de riesgo para los intereses del AyA.

Este vacío legal, se traduce en una debilidad para el éxito del proceso arbitral puesto que en la práctica resulta indispensable la existencia del elemento coercitivo para lograr que los objetivos de control efectivamente se cumplan. Así, de la mano de los sistemas específicos de valoración del riesgo institucional, que permiten identificar esas debilidades, es necesario adoptar los métodos que se requieran para disminuir el nivel de riesgo institucional, de ahí la importancia de determinar cuál es la mejor forma de integrar a esta normativa, los mecanismos de coerción que permitan, sancionar las conductas contrarias a la legislación.

El Laudo Arbitral

Una vez nombrado el tribunal arbitral, este procederá a conocer el fondo de la controversia y finalmente dictará resolución. En este sentido, el Artículo 58 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 establece que:

Artículo 58: El laudo se dictará por escrito; será definitivo, vinculante para las partes e inapelable salvo el recurso de revisión. Una vez que el laudo se haya dictado producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora...

Entonces, una vez dictada la resolución del tribunal arbitral, es válida, efectiva y ejecutable, de manera que, las partes deben someterse a lo dispuesto en el Laudo y acatarlo en todos sus extremos, con la única posibilidad de anular lo dictado si se está en alguna de las causales previstas en el artículo 67 de la Ley, o sea, que fuera dictado fuera del plazo establecido; que se omitiera alguno de los aspectos sometidos al arbitraje o que algún aspecto sometido no fuera susceptible del proceso; que lo resuelto contravenga las normas del orden público o que el tribunal no fuera competente para conocer la controversia.

Queda por fuera por ejemplo, el caso de la existencia de intereses subjetivos por parte del tribunal arbitral, ya que no es posible invocar ese vicio de nulidad porque no se encuentra previsto por la ley (Ley RAC Arts. 64 a 67). En el ideal del proceso arbitral, las partes obtienen una solución del conflicto que les favorece a ambas, tanto en el tiempo de la resolución como en los condicionamientos finales, se supone que ambas partes deben salir airoas y beneficiadas con el resultado de un proceso imparcial. No obstante, desde este punto de vista, no todas las causas de nulidad fueron previstas dejando en indefensión a las partes.

Es importante la adecuación del marco legal a los supuestos de hecho donde se observan conductas contrarias a los valores morales y principios legales, en procura de la erradicación oportuna de esos anti-valores. No es posible concebir una Administración Pública que atienda al bien común si los servidores no están comprometidos con el ejercicio de las funciones, apegados a valores morales y los principios de probidad y legalidad, por esto, es atinado recurrir a toda la legislación que pueda contribuir con alcanzar esos intereses.

La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública establece una serie de principios y deberes morales, vitales de rescatar, que podrían ayudar a definir el perfil profesional de quienes pudieran llegar a ocupar un puesto en un tribunal arbitral. Por ejemplo, el deber de probidad exige demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que la ley confiere, además de asegurar que las decisiones adoptadas se ajustan a la imparcialidad.

Ese deber legal, sumado a las disposiciones del Código de Ética del Colegio de Abogados, facilita pensar que las obligaciones están bien definidas, es decir, los deberes están planteados y recogidos en varias normas, pero las sanciones a esos deberes no están delimitadas de forma tal que en la práctica, sean una consecuencia lógica y directa de cualquier incumplimiento. Este es también un elemento de riesgo que impide a la Administración denunciar las conductas contrarias a las aspiraciones de la Institución y que además pueden generarle consecuencias legales y patrimoniales que la perjudiquen, especialmente porque, al no existir un medio claramente definido para exigir responsabilidades por esas conductas, tampoco hay forma de asegurar un régimen de responsabilidad civil, que permita resarcirse cualquier lesión patrimonial que esos comportamientos adversos hayan provocado.

CONCLUSIONES

Este análisis permite concluir que, por un lado, en el caso específico del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, no se han puesto en práctica ni ejecutado todos los controles que podrían aplicarse en el tema de la resolución alterna de conflictos, ya que pese a convivir con el riesgo de incluir cláusulas arbitrales en sus contratos de obras, no cuentan con la preparación especializada y en ese contexto, tampoco es posible asegurarse que la redacción de esas cláusulas sea el reflejo de la protección de los intereses de la Institución.

Por otra parte, la legislación actual adolece de vacíos importantes en materia de sanciones específicas para las conductas contrarias a los objetivos del procedimiento arbitral. Estas deficiencias se notan, en la impunidad de las actuaciones que violentan lo establecido por la normativa, sobre todo en cuanto a las disposiciones que regulan la imparcialidad y la objetividad de los árbitros, las cuales obligan a estos juzgadores a examinarse previamente para poder decidir ellos mismos, sobre su idoneidad para ocupar el cargo encomendado y para el que han sido propuestos.

En primera instancia es necesario entonces, un replanteo de la cláusula genérica para los contratos de obras, dotándola de una redacción más restrictiva (y en algunos casos específicos, casi taxativa), por ejemplo podría indicar: *“Cualquier desacuerdo entre el contratista y AyA relacionado con la ejecución de la obra, la aplicación, validez de los procedimientos, el cumplimiento o no de las obligaciones de las partes o cualquier otra discrepancia **que implique un reconocimiento patrimonial distinto de los establecidos en los términos del contrato, podrán ser sometidas a arbitraje, de acuerdo con las disposiciones y excepciones establecidas en las leyes y esta cláusula...**”*.

En segundo lugar, la propuesta que, se ajusta más a las necesidades, la realidad de la Institución, y la coyuntura normativa, por razones de economía en trámites y practicidad, es delimitar en un reglamento, manual de procedimientos ó protocolo de actuaciones, todas

estas intenciones de control de riesgos para así recoger en un solo cuerpo legal esas obligaciones, deberes, y perfiles con las respectivas sanciones a su incumplimiento.

En este sentido, deben tenerse en cuenta aspectos tales como:

- Un capítulo para la definición del estatus imparcial de los árbitros, así como de sus deberes, obligaciones y responsabilidades, tanto para la aceptación del cargo como para el ejercicio de su función.
- Un apartado para delimitar las medidas tendientes a garantizar la postulación de árbitros independientes e imparciales y en que casos puede ser un nombramiento por mérito o de una lista taxativa.
- Definir los plazos, fundamentos y sanciones para los casos de la recusación y la inhibición de los árbitros.
- Un capítulo para los tipos de sanciones, los presupuestos para exigir las y el competente para aplicarlas.
- Mejoramiento de las causales de nulidad del laudo en función de disminuir el riesgo de resoluciones arbitrarias.
(Mencionar el artículo 350 del Código Penal, Prevaricato)

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

TEXTOS:

- Alvarado Roldán, Mirna; Hernández Rodríguez, Magally y Salas Chavarría, Eugenie. (Marzo, 2000) El Arbitraje Administrativo, (1° ed.) San José, Costa Rica, IJSA.
- Artavia Barrantes, Sergio; (1996) El Proceso Arbitral en Costa Rica: Confrontación con los principales instrumentos Internacionales y el Derecho comparado, (1° ed.) San José Costa Rica, Editorial Jurídica Dupas.
- Artavia Barrantes, Sergio; (2000) El Arbitraje en el Derecho Costarricense, (1°ed.) San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Dupas.

NORMATIVA:

- Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley No. 7727 del 09 de diciembre de 1997, Publicada en la Gaceta No. 09 del 14 de enero de 1998.
- Ley General de Control Interno, Ley No. 8292, del 18 de julio del 2002, Publicada en la Gaceta el 04 de setiembre del 2002.
- Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 del 06 de octubre del 2004.
- Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227.
- Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494.
- Reglamento General de Contratación Administrativa.
- Constitución Política de la República de Costa Rica.
- Código Civil.
- Código Procesal Civil.
- Ley Orgánica del Poder Judicial.
- Código Penal.
- Código Procesal Penal.
- Ley Constitutiva de Acueductos y Alcantarillados
- Reglamento Autónomo de Servicio del AyA.

- Reglamento de Junta Directiva del AyA.

MANUALES:

- Manual de Estilo de Publicaciones de la American Psychological Association, (2002) (adaptado para el español por Editorial El Manual Moderno) 2° ed. México, D.F.- Santafé de Bogotá.
- Manual de normas generales de control interno para la Contraloría General de la República y las entidades y órganos sujetos a su fiscalización. (2002), San José, Costa Rica.

OTROS DOCUMENTOS DE INTERES:

- Acuerdo 2001-402 tomado por la Junta Directiva de AyA.
- Expediente Legislativo, de la discusión de la Ley General de Control Interno, Ley No.8292
- Expediente Administrativo de la Comisión Investigadora Caso Cantieri.
- Pronunciamientos de la Contraloría General de la República:
 - No. 2239 del 23 de febrero de 1996
- Pronunciamientos y criterios de la Procuraduría General de la República:
 - C-094-2000 del 11 de mayo del 2000.
 - C-089-99 del 10 de mayo de 1999.
 - C-187-96 del 11 de noviembre de 1996.
 - C-225-88 del 11 de noviembre de 1988.
 - OJ-077-2000 del 20 de julio del 2000.
 - OJ-048-99 del 29 de abril de 1999.
- Protocolos de confección de los Carteles de licitación de AyA.

CONSULTAS:

- Lic. Rodolfo Lizano Rojas, Director Jurídico AyA.
- Lic. Rodrigo Rodríguez Morales, Jefe de Asesoría Legal de Contratación Administrativa AyA.
- Lic. Victoriano Conejo Aguilar, Secretario General, Junta Directiva, AyA.
- Lic. Nora Sequeira Castro, Comisión Investigadora, Caso Cantieri, AyA.
- Lic. Alcides Vargas Pacheco, Auditor Interno, AyA.

CONSULTAS INFORMATIVAS:

- Master Lex.

CONSULTAS DE PAGINAS WEB:

- <http://zebra.cgr.go.cr/ifs/files/public/portal/html/principal.htm>
- <http://www.pgr.go.cr/Scij/>
- <http://www.pgr.go.cr/pagecreator/paginas/mapa.cfm>

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

TEXTOS:

- Antillón Montealegre, Walter y otros colaboradores. (1995) Justicia Alternativa en Costa Rica: De la Justicia Tradicional a la Justicia Necesaria, del Colegio de Abogados de Costa Rica, Dirección Académica. San José.
- Caivano, Roque J.; (Setiembre, 2000) Arbitraje, (2° ed.) Buenos Aires Argentina, Editorial Ad-Hoc S.R.L.
- Escobal Gil, Rodrigo; (1989) Responsabilidad Contractual de la Administración Pública, Editorial Temis S.A.
- Garita González, Victor; (Marzo, 1995) El Arbitraje, un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor justicia, Derecho Comercial, Convenio Corte -AID, San José, Costa Rica.

OTROS:

- Folletos I y II “La manera más efectiva de solucionar sus diferencias contractuales” del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje CICA, para el Seminario de Arbitraje Comercial, San José, Costa Rica, Junio 2004.