

## COMENTARIOS SOBRE EL ACUERDO ARBITRAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA

*Por Luis E. Sibaja Guillén\**

### **I. INTRODUCCION**

Como parte de una tendencia generalizada en los países latinoamericanos, de incluir el arbitraje como un derecho constitucional<sup>1</sup>, Costa Rica ha incluido en su Constitución Política el derecho a dirimir controversias de índole patrimonial entre privados. En este sentido, el artículo 43 de la Constitución Política<sup>2</sup> nos faculta a recurrir a un procedimiento arbitral, regulado en la actualidad mediante la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la Paz Social (Ley RAC)<sup>3</sup>. Esta norma tendrá efectos, como norma constitucional, dentro de nuestro territorio únicamente, y cubre a todas aquellas personas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que requieran someterse a un procedimiento arbitral en este país.<sup>4</sup>

La Sala Constitucional de nuestro país ha reiterado, desde mucho tiempo atrás, este derecho y lo ha delimitado así:

*“...la Constitución recoge el instituto del arbitraje, como una posibilidad de solución y la hace descansar en la decisión de las partes en conflicto. Estas son las que, de conformidad con las circunstancias, toman el acuerdo de someter a árbitros su diferendo, firmando para ello el llamando “compromiso arbitral”, valga decir, el marco dentro del cual el árbitro o árbitros, va(n) a sujetar su actuación y los efectos que tendrá su resolución final (laudo). Por su parte, la norma del Código Procesal Civil citada, viene a precisar un tanto en qué condiciones el Estado puede someter a árbitros los diferendos patrimoniales que tenga con otras personas, de lo que nos interesa retener la fórmula de que corresponde a la Asamblea Legislativa o al Poder Ejecutivo, en su caso, la autorización para ello...”<sup>5</sup>*

De igual manera, la Sala Constitucional, dispuso:

*“...II) El proceso de arbitraje es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una*

\* El autor es abogado litigante, miembro del bufete Lex Counsel. Licenciado en Derecho, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado, y de maestría en Negocios Internacionales y Litigio Internacional. El autor desea agradecer la asistencia de Daniela Argüello Midence de Lex Counsel.

1 Conejero Roos, C. National Constitutions and International Arbitration in Latin America: A Dangerous Liaison, publicado en *The Arbitration Review of the Americas* 2010, pag. 10.

2 Artículo 43 de la Constitución Política dice: “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.” Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949.

3 Ley 7727 del 4 de diciembre de 1997, publicada en *La Gaceta* No. 9 del 14 de enero de 1998.

4 Arbitraje local o nacional en oposición a un arbitraje internacional. Para efectos de lo que aquí se dirá, entenderemos como arbitraje nacional al proceso de arbitraje local que sea celebrado dentro del territorio costarricense, en virtud del derecho constitucional antes mencionado.

5 Voto No. 1079-93. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Costa Rica. San José, a las 14:48 horas del 2 de marzo de 1993.

*forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que podría resultar para las partes más ágil. Como bien lo apunta la Procuraduría el arbitraje ha ido tomando gran auge en nuestros tiempos, especialmente en el campo del derecho internacional, y algunas legislaciones funciona, con éxito, la figura del arbitraje legal o forzoso. 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 celera y ágil. Dispone el artículo 43 Constitucional... De la simple lectura de la disposición anterior es posible concluir lo siguiente: a) La constitución garantiza una forma alternativa para la solución de conflictos de naturaleza patrimoniales. b) Las partes pueden acudir al arbitraje de manera facultativa, y nunca forzosa, aún habiendo litigio pendiente...”<sup>6</sup>*

La naturaleza de medio alternativo de solución de conflicto surge al disiparse los posibles cuestionamientos de si este procedimiento constituye una intromisión a las facultades soberanas propias de cada Estado, respecto a regular y dirimir controversias patrimoniales dentro de su territorio. Es decir, si el proceso de arbitraje afecta el principio de exclusividad de la jurisdicción o como es también conocida, la competencia jurisdiccional estatal.<sup>7</sup>

Existen precedentes jurisprudenciales de la Sala Constitucional de nuestro país, los que, en forma concreta y concisa, han analizado el tema, no desde la perspectiva de las

facultades estatales de dirimir controversias, sino desde la perspectiva de los derechos del particular, en el sentido que el derecho a acción en los tribunales de justicia como el derecho a arbitraje no se oponen entre sí, sino más bien se complementan en forma paralela. Así, se ha dispuesto lo siguiente:

“...IV) De la relación de los artículos 41 y 152 de la Constitución Política la Sala deriva el derecho de los habitantes del país de contar con la posibilidad de acudir ante los Tribunales de Justicia y obtener de ellos una sentencia “pronta y cumplida”. ... La Doctrina del Derecho Constitucional Español ha reconocido como un derecho constitucional de las personas la “tutela efectiva de los jueces y Tribunales” en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Este derecho tiene una de sus manifestaciones en la prohibición que tiene el legislador para negar a las personas su acceso a los Tribunales de justicia. ... V) **Por otra parte, en forma paralela al derecho que tienen los particulares de acudir a los Tribunales de Justicia a obtener un pronunciamiento “cumplido” es decir; correcto, útil, el constituyente previó en el artículo 43 “el derecho” de toda persona de acudir, desde luego, voluntariamente, al procedimiento arbitral para dilucidar sus diferencias patrimoniales. La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes.... VI) Ahora bien, ya hemos indicado que el constituyente creó en el artículo 43 constitucional una forma alternativa para la**

6 Voto No 2307-95, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Costa Rica, San José, a las 16 horas del 9 de mayo de 1995.

7 Artavia Barrantes, S. *El Proceso Arbitral en Costa Rica*. Editorial Jurídica Dupas, Costa Rica, 1996. Pág.29.

***solución de conflictos patrimoniales y que la misma puede resultar celera y ágil...***<sup>8</sup> (Lo resaltado no es del original).

Ya doctrinariamente en nuestro país se comentaba en los 80's sobre la posibilidad de que las partes, con fundamento en la Constitución Política y el principio de autonomía privada de la voluntad, pudieran “... predeterminar la existencia de jurisdicciones específicas y dotar a determinados sujetos u órganos de la competencia suficiente para que sus decisiones puedan tener el mismo efecto preclusivo de la “cosa juzgada”...”.<sup>9</sup>

Es indiscutible entonces la independencia del proceso de arbitraje como alternativa de la competencia jurisdiccional Estatal, a la que las partes se someten en virtud de la aplicación de la libertad de contratación. No es el arbitraje un proceso en sí mismo que atente contra los poderes soberanos del Estado de dirimir controversias. Bien nos lo explica Sergio Artavia Barrantes, al decir:

*“La exclusiva potestad de los jueces y tribunales para juzgar y ejecutar lo juzgado, que consagra el artículo 153 Constitucional, se refiere como nominativamente se dice en el precepto constitucional, a los diversos tipos de procesos judiciales, y el arbitraje no tiene un origen procesal en si mismo, sino que arranca de la inderogable autonomía de la voluntad que el mismo numeral 43 de la Constitución consagra y que forma parte de la voluntad de*

*los ciudadanos como sujetos libres, lo que no implica renuncia absoluta de las partes a su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, consagrado en los artículos 27 y 41 de la Constitución y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues el arbitraje es precisamente un efecto de la autonomía de la voluntad, con rasgos propios con respecto a la jurisdicción estatal y que desde un punto de vista institucional esa fuerza emana de la suprema manifestación del poder de las partes, para dictarse la solución a un conflicto planteado, dando al arbitraje un carácter voluntarista y privado, frente al carácter finalista, determinante y público del proceso. Nadie niega que existen importantes rasgos diferenciadores entre jurisdicción estatal y arbitraje, pero no por ello se coloca a éste, desde un punto de vista legal o constitucional, como irreconciliable frente a aquella, sino por el contrario le sirve de apoyo para resolver en definitiva los conflictos jurídicos.”<sup>10</sup>*

Sin embargo, resta por aclararse si el Arbitraje Comercial Internacional se encuentra sustentado como solución alterna para dirimir controversias patrimoniales dentro del territorio costarricense. Esperanzados de contar pronto en Costa Rica con normativa que regule el arbitraje comercial internacional, y anticipándonos a tal evento, el presente artículo pretende esbozar el fundamento jurídico base, en nuestro país, del acuerdo arbitral en cuestiones relativas a *comercial internacional*.

8 Voto No 2307-95, SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Costa Rica, San José a las 16 horas del 9 de mayo de 1995.

9 Pérez Vargas, V. *El contrato de arbitraje en el Comercio Internacional*, en Revista Judicial, No. 40, año XI, Edición del Poder Judicial, San José, Costa Rica, 1987, pag 110).

## II. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COSTA RICA.

### A. El Conflicto de Jurisdicciones.-

Los conflictos internacionales de jurisdicciones constituyen una de las grandes áreas de estudio del derecho internacional privado. Estos conflictos consisten en determinar el *forum* o las cortes, de un país específico, competentes para conocer y resolver asuntos con conexiones internacionales. No es más que la determinación del Estado que tendrá y hará efectiva su competencia jurisdiccional sobre un asunto puntual. Sabemos que la JURISDICCION –la *iuris dictio*– es un derivado y una manifestación propia de la Soberanía Estatal. Como tal, cada Estado tendrá la libertad de determinar, según su ordenamiento interno, sobre que asuntos ejercerá dicha facultad o poder soberano. En razón de que cada Estado, a lo interno, decide cuando sus jueces serán competentes, se producen los llamados *Conflictos Internacionales de Jurisdicciones*. Así, se presentan situaciones donde más de un Estado será competente (es decir, gozará de jurisdicción) para conocer de un mismo asunto. Estos conflictos, llamados conflictos positivos<sup>11</sup>, producen el fenómeno conocido como *Forum*

*Shopping*<sup>12</sup>, que consiste en la facultad optativa del actor de elegir a su conveniencia, entre varios posibles, un *forum* judicial específico. Igualmente, aún cuando remotamente, podrían presentarse conflictos negativos, sean situaciones donde ningún Estado, en virtud de su derecho interno, resulte competente para resolver de algún asunto particular, dejando a las partes sin instancia judicial.<sup>13</sup>

Los conflictos de jurisdicciones o de competencia jurisdiccional no se limitan a determinar el juez nacional competente. Sino también, abarcan en su estudio lo concerniente a la cooperación judicial internacional, la cual es de importancia para el derecho internacional privado, en razón de que involucra la necesaria actuación judicial de diversos Estados en diferentes instancias del proceso. Lo anterior se origina en virtud de la coexistencia de dos diferentes tipos de *Competencias Jurisdiccionales*. La primera es la llamada Competencia Directa<sup>14</sup>, que faculta al juez a conocer del asunto desde el trámite de la demanda hasta el dictado de sentencia; y la otra Competencia Indirecta<sup>15</sup>, que es llamada así en razón de que el juez ejerce solamente parte de su jurisdicción sobre alguna prueba, instancia, objeto de dicho proceso principal.

10 Artavia Barrantes, S\_ Op. Cit. Pág.30.

11 Arellano García, C. *Derecho Internacional Privado*. Novena Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1989. Pág. 618.

12 "El forum-shopping es una expresión que sirve para designar, peyorativamente, una práctica que se produce en la realidad y que podría traducirse como *mercadeo de jurisdicciones*. Como quiera que no faltan sistemas jurídicos o prácticas jurisprudenciales que priman la aplicación de la *lex fori*, el demandante tratará de dirigir sus pasos hacia los tribunales de aquel Estado que se presume aplicarán la ley más beneficiosa para sus intereses. La existencia de criterios concurrentes de competencia judicial internacional, debido a la disparidad de los sistemas de atribución de la competencia, es una puerta abierta a esta viciada práctica internacional". García Velasco, I. *Derecho Internacional Privado (Reflexiones Introductorias)*, Pag. 258-259.

13 Claro que estos casos son difíciles de encontrar, y múltiples soluciones a nivel internacional son propuestas.

14 Arellano García, C. Op cit. Pág. 830. La cual encierra el concepto de una competencia jurisdiccional plena y completa ejercida por el juez nacional.

15 Ibidem. Pág. 830. La cual consiste en la facultad jurisdiccional de un Estado de llevar a cabo un acto procesal específico, dentro del proceso principal conocido por otro juez (el competente en forma directa)

Por último, aunque podría considerarse como parte de la cooperación judicial internacional<sup>16</sup>, encontramos los problemas que se derivan del reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por autoridades judiciales extranjeras, dictadas en virtud del ejercicio de su competencia jurisdiccional. Este problema es resuelto por medio del procedimiento conocido como *Exequátur*, el cual es extensivo a laudos o sentencias arbitrales válidamente emitidas.

Dentro de este contexto, y en razón de que el estudio del *Juez Competente* o *forum* es punto central del tema de conflicto internacional de jurisdicciones, se ha incorporado la posibilidad de que las partes, en ejercicio del principio de *autonomía de la voluntad*, traten de evitar los posibles conflictos internacionales de jurisdicciones<sup>17</sup>. De esta manera, en relaciones contractuales, previo o no al surgimiento de algún conflicto que haga necesaria la intervención de algún ente judicial, las partes pueden voluntariamente someterse a la competencia jurisdiccional de un Estado en particular<sup>18</sup>. Al anterior acuerdo se le conoce como Acuerdo de Elección de Foro, y puede estar contenido en un acuerdo separado o como parte de la misma negociación, como cláusula en el contrato que se pacte.

Dar validez a este tipo de acuerdos, es una de las alternativas por las que han optado ciertos Estados para resolver conflictos de jurisdicciones, que se fundamentan en

la autonomía de la voluntad como criterio de atribución de la competencia judicial internacional, al respecto:

"... *Un examen comparativo de los diferentes ordenamientos estatales nos demuestra la existencia de un amplio catálogo de criterios de atribución o foros de competencia judicial internacional. Es decir, de concretas circunstancias, de hecho o definidas jurídicamente, presentes en los litigios de tráfico externo, que los legisladores utilizan para atribuir competencia a los propios Tribunales.... Con finalidad meramente descriptiva, cabe indicar que los criterios de atribución de competencia judicial generalmente utilizados pueden ser encuadrados en dos grupos: 1º. De carácter objetivo... Derivados de la voluntad de las partes o subjetivos. Pues en el ejercicio de su autonomía privada y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento estatal, los intervinientes en un negocio jurídico pueden acordar la sumisión de sus litigios, presentes o futuros, a los Tribunales de un Estado determinado (acuerdo de elección de foro)...*"<sup>19</sup>

Claramente, este acuerdo es incorporado en relaciones jurídicas contractuales sensibles a ser causantes de potenciales conflictos internacionales de jurisdicción, sea en cuanto a la determinación del Juez Competente. Lo anterior, en virtud de la existencia en dicha relación de elementos conexos con

16 Pero tratado en forma separada, lo que se podría fundamentar en que el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras lo realiza la parte interesada y no la instancia judicial originaria.

17 Excluyéndose de estos el problema concerniente al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

18 Sujeto a la validez que tengan dichos acuerdos, en la legislación de un país específico.

19 Pérez Vera, E.; Abarca Junco, A. P.; González Campos, J. D.; Guzmán Zapater, M.; Miralles Sangro, P.P.; Virgós Soriano, M. *Derecho Internacional Privado, Volumen I*. Librería de la Universidad Nacional Estatal a Distancia, Madrid, España, 2001. Pág. 307-308.

la legislación o jurisdicción de más de un Estado, es decir de *tráfico externo*, según GOLDSCHMIDT. Igualmente, cabe señalar que es acostumbrado que cuando las partes convienen en un *forum* competente, paralelamente buscan la eliminación de potenciales conflictos de leyes con un acuerdo de Elección de Ley o *Choice of Law*, que pretende la elección de la ley aplicable.

Mucho se ha comentado sobre la conveniencia o no del Acuerdo de Elección de Foro, ya que se pueden presentar los siguientes problemas:

- a) La falta de validez y reconocimiento de dicho acuerdo en el foro donde se pretenda ejecutar. Sin embargo, este problema toma relevancia únicamente, si por ley la “corte elegida” no tuviera jurisdicción para conocer del asunto que se trate. Por ejemplo, si un asunto se somete a las cortes costarricenses, por así haberlo acordado las partes, cuando ellas en virtud del artículo 46 del Código Procesal Civil, no son competentes para conocer del asunto. Decimos que el problema toma relevancia únicamente, si por ley la “corte elegida” no tuviera jurisdicción para conocer del asunto, ya que si ésta se encontrara investida de jurisdicción por ley, entonces la admisión del asunto sería por el mandato legal y no por acuerdo de partes.
- b) La falta de validez del acuerdo en otra jurisdicción, que no sea la “elegida por las partes”, que conozca del asunto. Aquí el problema se presenta al ignorarse el Acuerdo de Elección de Foro por la corte ante la cual se presenta el asunto, en contravención del convenio asumido por las partes de no someter sus controversias a conocimiento de jurisdicciones distintas a la elegida. Es claro que este problema
- c) La violación a normas internas de los Estados involucrados a disposiciones de Competencia Jurisdiccional Exclusiva. Esta Competencia Jurisdiccional Exclusiva no pretende más que la reafirmación, con exclusión de cualquier otra, de la competencia jurisdiccional de un Estado con respecto a determinados asuntos o situaciones jurídicas. Es la prohibición que establece un Estado de no *prorrogar su competencia* a favor de otro Estado. Dicho esto, la Competencia Jurisdiccional Exclusiva establece cuales asuntos serían de estricto y único conocimiento del foro nacional, con exclusión a cualquier otro. Debe aclararse que las normas que disponen sobre Competencia Jurisdiccional Exclusiva en nada atentan contra la Solución Alternativa de Controversias, como lo es el Arbitraje, pues ella lo que implica es la prohibición de recurrir a otras sedes jurisdiccionales, y no precisamente a sedes alternas, como lo analizaremos detenidamente más adelante.

El anterior Acuerdo de Elección de Foro encuentra, por lo hasta aquí comentado, grandes similitudes con el convenio arbitral o *cláusula compromisoria*. Este último, por un lado, consiste en un acuerdo libre entre

se presentaría si la corte ante la cual se presenta la controversia está autorizada por ley –es decir cuenta con jurisdicción– para conocer del asunto en cuestión. En mi opinión, sería el caso de someter en los tribunales costarricenses el conocimiento de un asunto, en el que las partes previamente hubieran pactado lo contrario vía Acuerdo de Elección de Foro, pero que por así disponerlo las normas antes mencionadas del Código Procesal Civil, los tribunales costarricenses fueran competentes.

las partes que soluciona el potencial conflicto de jurisdicciones, y por otro, da elección a un *forum* particular y privado que será el encargado de solucionar la diferencia surgida entre ellas.

Para los anglosajones, la *cláusula compromisoria* no es más que una cláusula de elección de foro (para ellos denominada *Forum Selection Clause*).<sup>20</sup> Lo anterior en razón que la política federal interpreta que el intentar controlar cualquier aspecto comercial o internacional por medio de sus propias leyes y cortes, no es más que anticuado o “*provincial*”. Para el derecho anglosajón, el arbitraje es un foro de solución de controversias con igual autoridad que los tribunales de justicia, que ha sido, por lo menos en los Estados Unidos de América, estimulado bajo el carácter de orden público o *public policy*. En países como éste, el arbitraje es ampliamente respetado, por gozar de igual reputación que sus cortes judiciales. Afortunadamente, esta es una tendencia de constante crecimiento que se consagra en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

De esta manera, podemos decir que en sede internacional, la cláusula compromisoria adquiere el grado de Acuerdo de Elección de Foro, tal y como se ha visto anteriormente. Será entonces para el derecho internacional privado un convenio entre partes para recurrir a sede o *forum* arbitral, de un país específico, tal y como se hace con la elección de foro.

Dentro de este contexto, el arbitraje se consolida como el *forum* alternativo al que las partes someten la solución de sus controversias de índole internacional, especialmente en el campo de los negocios internacionales y materia de comercio internacional. La razón, entre muchas, que más peso puede tener, es que por excelencia el arbitraje es la única instancia o sede, propiamente dicha, a la que las partes en una transacción internacional pueden recurrir, sin involucrarse en el aparato judicial estatal de un país específico. Nótese que no existe alguna corte o instancia judicial que resuelva controversias comerciales –o de *índole de derecho privado*– a nivel internacional o supra-estatal.

La preferencia al arbitraje comercial internacional puede coincidir con la desconfianza que las partes pueden tener de los sistemas judiciales extranjeros. La razón de lo anterior es muy clara: esta alternativa, aunque trate de una controversia de índole internacional, ubicaría el conocimiento y resolución de la misma en el plano del derecho interno de la sede jurisdiccional nacional elegida (elegida por las partes, en forma tácita o expresa). Cabe anotar que al decir que se ubica en el plano del derecho interno no quiere decir que se pone en peligro el sistema de solución de conflicto de leyes del derecho internacional privado. Lo que realmente se quiere decir con ello, es que la forma de solventar el conflicto estará, principalmente, resuelto por medio

<sup>20</sup> Lowenfeld, A.F. *International Litigation and Arbitration*. West Publishing CO., St. Paul, MN, 1993. Pág 281 y 282. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en célebre caso *Scherk vs. Alberto-Culver Co.*, 1974, 417 US 506, 94 S.Ct. 2449, 41 L.Ed. 2d 270: “An agreement to arbitrate before a specified tribunal is, in effect, a specialized kind of forum-selection clause that posits not only the situs of suit but also the procedure to be used in resolving the dispute...”

de las normas jurisdiccionales o procesales internas *-lex fori regit processum-*, y segundo, regido por el derecho sustantivo y/o por las normas de conflicto interno de dicho país. Ciertamente, lo anterior puede generar cierto grado de desconfianza de las partes no familiarizadas con dicha jurisdicción. Así, es el arbitraje comercial internacional el llamado a proporcionar esa confianza y seguridad entre las partes, siempre y cuando concurren las voluntades de todas ellas.

Correlativamente, el pactar recurrir a un arbitraje comercial internacional, visto como foro alternativo de solución de controversias, no deja de presentarle interrogantes a los abogados internacionalistas. Por ejemplo, se presentan los siguientes problemas: a) la selección del lugar donde se llevará a cabo el arbitraje; b) la selección de la normativa que regirá el proceso arbitral, con ello la forma de celebrarse el mismo, la forma de composición y elección del panel arbitral, etc.; c) la selección del idioma; d) la selección de ley aplicable o forma de determinar la misma.<sup>21</sup>

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, cabe destacar que en materia del derecho internacional, la cláusula compromisoria carece de formalismos. Lo anterior, pues la elección de las partes debe ser respetada por un panel arbitral con sede en cualquier lugar o sometida a diversas legislaciones de fondo o procesales, por lo que resulta difícil a las partes ajustarse y someterse de antemano, en una negociación internacional, a una legislación específica, sin que ésta sea la

determinada por las partes como la *lex causae* o la *lex arbitri*.<sup>22</sup>

Con todo lo dicho, podemos concluir que la cláusula compromisoria internacional pretende contribuir a la solución de los *conflictos internacionales de jurisdicciones*. Ahora bien, aún cuando es clara la diferencia entre un acuerdo de elección de foro y una cláusula arbitral, y ésta última, como hemos visto anteriormente, encuentra fundamento en Costa Rica a nivel constitucional; nos preguntamos ¿qué tratamiento debemos dar a las cláusulas compromisorias que pretenden la solución de los *conflictos internacionales de jurisdicciones*?

## B. Fuentes del Arbitraje Comercial Internacional.-

### 1- La Unificación y Armonización del Derecho

Encontramos un movimiento fundamental de gran relevancia que se ha desarrollado en la última mitad del siglo XX. Nos referimos al proceso de unificación y armonización del Derecho que ha dado paso a una nueva tendencia dentro de los internacionalistas: el Derecho Internacional Privado *Contemporáneo*. Éste responde a las necesidades derivadas del proceso de globalización, el cual pretende la consolidación de un mercado integrado a nivel mundial, y requiere que el derecho internacional privado resuelva los múltiples conflictos de leyes y de jurisdicciones –entre otros- que surgen

de la gran movilización mundial de servicios, mercaderías, capitales, personas, etc..

En la actualidad el derecho internacional privado contemporáneo y el derecho mercantil internacional coadyuvan mutuamente y se relacionan entre sí para resolver los múltiples conflictos de leyes y jurisdicciones, sea mediante normas de colisión o normas unificadas. Así, la *Nueva Lex Mercatoria* y los Convenios Internacionales juegan un rol predominante en la estructuración del Derecho Internacional Privado *Contemporáneo*. La tan buscada unificación se obtendría, por un lado, por medio de los convenios internacionales, y por el otro, por medio del derecho mercantil autónomo, que es entendido en la actualidad como parte de la llamada *Nueva Lex Mercatoria*.

Encontramos de esta manera diferentes formas de manifestación de este tipo de derecho internacional, creado para satisfacer las necesidades del comercio mundial. Las *Normas Autónomas* las encontramos en asociaciones o grupos empresariales como la Cámara Comercio Internacional. Los Convenios Internacionales los encontramos tanto a nivel multilateral como regional. A nivel multilateral podemos citar la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Mercantil Internacional<sup>23</sup>. A nivel regional, como es el caso de la Unión Europea, aunque recientemente gracias a las modificaciones incorporadas por el Tratado de Ámsterdam, la integración es más de tipo de armonización (por medio de directivas) y de uniformización (por medio de reglamentos).

Es en el proceso de unificación del derecho mercantil internacional, que se han incorporado diversas instituciones jurídicas, necesarias para resolver y/o evitar los conflictos de jurisdicciones. Entre ellas encontramos el arbitraje comercial internacional, el cual tanto por medio de la conocida *Nueva Lex Mercatoria* y los convenios internacionales, se impone como la respuesta a la necesidad de las partes envueltas en negociaciones o transacciones internacionales.

### i) El Derecho Transnacional y la Nueva Lex Mercatoria

La idea de Derecho Transnacional ha surgido como respuesta a la unificación informal de instituciones y principios del derecho privado, especialmente el comercial, válidos y uniformes entre varios sistemas jurídicos. Al respecto Matthias Herdegen:

“... *El conjunto de varios órdenes jurídicos, especialmente los relacionados con las instituciones y principios del derecho privado, ha permitido una aproximación al reconocimiento del “derecho transnacional”.* Quienes impugnan tal concepto hacen referencia al hecho de que los tribunales en muchos estados, ya sea para la aplicación de las reglas codificadas, como también por el recurso a la “naturaleza del asunto” para el juzgamiento de asuntos semejantes, desarrollan cada vez más soluciones similares, y recurren a los principios generales del derecho, que comparten un gran número de ordenamientos jurídicos nacionales...”<sup>24</sup>

21 Morzorati, O. *Derecho de los Negocios Internacionales*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DePalma, Buenos Aires, Argentina. 1997. Pág. 757-758.

22 Ibidem. Op cit. Pág. 765.

23 Convención elaborada bajo auspicios de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida por sus siglas en español como la CNUDMI o por sus siglas en inglés como UNCITRAL

24 Herdegen, M. *Derecho Económico Internacional*. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín, Colombia. 1998. Pág. 53

Como resultado, se habla en la actualidad de una *Nueva Lex Mercatoria*, que corresponde a los principios y usos del comercio ampliamente difundidos y generalizados. Esta abarca reglas y/o recopilaciones, condiciones generales, formularios tipo. La encontramos también en los principios generales del derecho contractual, aplicados y reiterados en jurisprudencia arbitral internacional; y en guías de uso general en el comercio internacional y promulgadas por organizaciones internacionales. La *Nueva ley mercante*, como la originada en la antigua Edad Media, emana de los mismos partícipes y operadores del comercio internacional, quienes han sido los creadores de este tipo de auto-regulación.

Se trata de un sistema jurídico desestatalizado, que busca regular y unificar el comercio internacional. Los tres pilares sobre los que descansa, son: (i) la existencia de una sociedad internacional de comerciantes (los arriba mencionados “operadores del comercio internacional”); (ii) la existencia de órganos, asociaciones o grupos que son integrados por estos operadores del comercio internacional; y (iii) la necesidad de prescindir de los Derechos estatales.<sup>25</sup>

De esta manera, podemos mencionar tres organismos principales de donde emana actualmente la *Nueva Lex Mercatoria*: (i) la UNIDROIT<sup>26</sup>, (ii) la CNUDMI o UNCITRAL<sup>27</sup>, y (iii) la Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>28</sup>. Dichas organizaciones son las que han hecho posible la recopilación y *codificación* informal de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y los INCOTERMS de la CCI. Todos estos instrumentos, y muchos otros más, contribuyen a las relaciones comerciales internacionales, y se consolidan gracias a la inserción voluntaria de las partes involucradas en ellas.

Es así como la *Nueva Lex Mercatoria* depende ineludiblemente del principio de AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, mediante el cual las partes logran incorporarla como ley aplicable al contrato o a su relación. De esta manera, el ámbito natural en que se presenta la *Nueva Lex Mercatoria*, es la contratación internacional. A este respecto el Profesor Ralph Amisshah:

“...Este orden regulatorio a-nacional es hecho posible por: (a) La aceptación del Estado a la libertad de contrato (con excepción de

25 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J. *Derecho Internacional Privado. Volumen I*. Editorial Comares, Granada, España, 2000. Pág. 43.

26 Es una organización intergubernamental independiente creada en 1926, bajo el auspicio de la Liga de las Naciones, la cual se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica.

27 Ésta comisión es el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional, encargado de la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional.

28 Organización con sede en París que representa los intereses de los comerciantes de sectores como Banca, Finanzas, Seguros, etc. Lo más importante de esta organización son las recopilaciones de reglas y usos comerciales, dependiendo del sector, que se realizan, en esmero de producir documentos que puedan ser utilizados por los operadores del comercio internacional, y que unifiquen las instituciones jurídicas y sus regulaciones, evitando, y en ocasiones resolviendo, los conflictos de leyes y/o de jurisdicciones.

*orden público*). (b) *La santidad del contrato contenido en el principio pacta sunt servanda*. .... (e) *Un mayor efecto transnacional es obtenido a través de la exclusión de la ley del Estado como ley del contrato. Normalmente, sustituyendo ésta con la elección de principios generales del derecho o lex mercatoria, o haciendo un llamado a los árbitros para que actúen como amigables componedores o ex aequo et bono, para una mayor predecibilidad preferiblemente a través de la aplicación de los Principios de la UNIDROIT.*<sup>29</sup>

A pesar que la *Nueva Lex Mercatoria* tiende a ser referida más en relación con la ley de fondo, a ser utilizada para solucionar controversias de índole comercial internacional (Lando, Goldman, Lowensfeld, Schmitthof)<sup>30</sup>, y no tanto a cuestiones de jurisdicción; no hay duda que de ella se ha inspirado y nutrido el arbitraje comercial internacional. Por un lado, en el arbitraje no sólo se requiere de la voluntad de las partes, sino que es además,

por excelencia, una institución autónoma y a-nacional.<sup>31</sup> Al respecto, Calvo Caravaca y Carrascosa González nos indican:

“... Este Derecho transnacional, situado al margen de los Derechos estatales, se funda en el contrato internacional y en el arbitraje comercial internacional: los contratantes indican a los árbitros las ‘reglas’ que deben aplicar, -las de la ‘Nueva Lex Mercatoria’-, lo que resulta posible, ya que los árbitros no pertenecen al Poder Judicial de ningún Estado y no están vinculados a un ‘sistema estatal’ de fuentes del Derecho...”<sup>32</sup>

La ventaja es la posibilidad de que las disputas sean resueltas por medio del conocimiento real y actual de las prácticas comerciales, difundidas y generalizadas, en el contexto mundial. Para ello, los arbitrajes comerciales internacionales son cruciales, pues los árbitros encuentran mayor independencia a leyes estatales, de cualquier Estado particular.

29 Amisshah, R. *The Autonomous Contract. Reflecting the Borderless electronic-commercial environment in contracting*. Lectures on Private Law Aspects of International Trade at the Faculty of Law, University of Tromsø, Norway Pág. 30.

30 Berger, K.P. *The New Law Merchant and the Global Marketplace. A 21<sup>st</sup> Century View of Transnational Commercial Law* en *The Practice of Transnational Law*, La Haya, Londres, Boston 2001, Pág 1 y ss.; publicado también en el *International Arbitration Law Review* 2000, Pág 91 y ss.

31 Amisshah, R. Op. cit. Pág. 32 “...**2.3.1 International commercial arbitration (ICA)** It appears accepted that ICA has become the most prevalent means of dispute resolution in international commerce.<sup>40</sup> This is hardly surprising as ICA is a cornerstone of the autonomous contract, and unlike litigation survives on its merits as a commercial service to provide for the needs of the trading community. As such ICA adheres more closely to the rules of the market economy, responding to those needs and catering for them more adequately. It has consequently been more dynamic than the national courts, in adjusting to the changing requirements of modern world trade.<sup>41</sup> ICA, in taking its mandate from and giving effect to the will of the parties, provides them with greater flexibility and frees them from many of the limitations of municipal law. As examples of this, it seeks to give effect to the parties’ agreement upon: the lex mercatoria as the law of the contract; the number of, and persons to be “adjudicators”; the language of proceedings; the procedural rules to be used, and; as to the finality of the decision. ICA through state support provided by the New York Convention (and where implemented by the UN Model Law on ICA) grants international commercial contracts an unparalleled enforcement apparatus world-wide. <sup>42</sup> Much that has been essential to the success of ICA has been contributed by the activities of international organisations, both governmental <sup>43</sup> and non-governmental, <sup>44</sup> in providing the necessary legal infrastructure for arbitration in the form of international legal instruments and the dissemination of information about their application on a world-wide basis. There are multitudes of papers and publications dedicated to ICA...”

32 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, Op. cit. Pág. 43 y 44.

La *Nueva Lex Mercatoria* nos proporciona igualmente normas, reglas y usos, sobre arbitraje comercial internacional, que pueden ser utilizadas por las partes para someter en forma segura sus controversias a un foro especializado; normas procedimentales adecuadas y ágiles, apropiadas para resolver conflictos de índole internacional, con indiferencia a las idiosincrasias particulares de un Estado específico. Entre estas normas encontramos las reglas sobre arbitraje internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Arbitraje (conocida como la AAA), que es una agrupación autónoma norteamericana dedicada a la resolución de disputas, su par en el arbitraje internacional, sea el Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR, por sus siglas en inglés)<sup>33</sup>, la CNUDMI y otras organizaciones autónomas e institucionales del arbitraje internacional.

El arbitraje comercial internacional, desde la óptica de la *Nueva Lex Mercatoria*, coincide y concuerda con los postulados del derecho internacional privado. Los sistemas de éste no son hostiles frente a los postulados de la *Nueva Lex Mercatoria*, ya que ambos pretenden facilitar las relaciones privadas internacionales.<sup>34</sup> Así, la ya comentada cláusula compromisoria para arbitraje

internacional es justificada y su pretensión, como elección de foro *alternativo* de resolución de conflictos, contribuye a resolver los conflictos internacionales de jurisdicciones. Sin perjuicio de lo arriba dicho, debemos aclarar que a pesar de constituir la *Nueva Lex Mercatoria* una norma autónoma, los Estados pueden ejercer su control sobre su uso por las partes interesadas, sin que ésta pierda su carácter y naturaleza.<sup>35</sup> Ello, también lo encontramos en nuestro tema de estudio. Así, tenemos como ejemplo el control sobre la arbitrabilidad o no de una cuestión, ejecución de un laudo arbitral, aceptación o no de la cláusula de elección de ley y/o de foro, etc., que se incluye en la legislación interna de cada Estado.

En Costa Rica la *Nueva Lex Mercatoria* ha sido escasamente prevista o regulada. Sin embargo, su aplicación no atentaría en nada con el sistema que nos rige, pues tanto se respeta la ley estatal como la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación, dándole a las partes en una transacción la seguridad de que lo que acuerden entre ellas será ley. De igual manera, la *Nueva Lex Mercatoria* se encuentra ya presente en la jurisprudencia arbitral nacional, al ser utilizada por paneles arbitrales locales, en la interpretación del derecho costarricense.<sup>36</sup>

33 Ver la página de internet: [www.adr.org](http://www.adr.org)

34 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, Op. cit. Pág. 46.

35 Este control lo podemos encontrar en diversas materias como: Circulación de Mercancías y Derechos de la Propiedad Industrial (el agotamiento internacional de los derechos); Derechos de Protección del Consumidor; Derecho de la Competencia (Antitrust); Derecho de la Competencia Desleal; Derecho en Materia de Responsabilidad Especial de los Empresarios (responsabilidad objetiva); Contratos de Distribución, en ciertos países, especialmente de Latinoamérica (a pesar de los modelos de la CCI de Contratos Uniformes de Agencia Internacional (No. 496) y de Concesiones Comerciales (No. 441).

36 Pérez Vargas, V. y Pérez Umaña, D. *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts in Costa Rican Arbitral Practice*, en Uniform Law Review/Reveu de Droit Unifrome, NS – Vol. XI. 2006-1. Pág. 180.

No podemos dejar de lado la importancia inspiradora de la *Nueva Lex Mercatoria*, en las relaciones comerciales internacionales con conexión en nuestro país. Si bien la *Nueva Lex Mercatoria* no es fuente escrita del derecho en nuestro país, la inserción de éste en un mundo globalizado, donde la inversión extranjera es omnipresente y donde cada vez más los participantes en los negocios locales son empresas extranjeras, obliga al operador del derecho, a la parte litigante y al árbitro, a su conocimiento. Su aplicación práctica vincula indirectamente al país, al respeto de la cláusula arbitral internacional; si la *Nueva Lex Mercatoria* no se puede negar, menos se podría ignorar el arbitraje comercial internacional.

## ii) Derecho Convencional Internacional

Los Tratados o Convenciones Internacionales representan la posibilidad de un Estado a limitar su soberanía. Estas limitaciones de soberanía versan sobre una sinnúmero de temas y materias, dentro de las que encontramos la competencia legislativa y la competencia jurisdiccional. El derecho convencional internacional constituye la fuente de mayor importancia para el derecho comercial internacional y derecho internacional privado. Existen en este sentido distintas clases de convenios internacionales. Como se ha dicho, encontramos por un lado las convenciones

internacionales, que incluyen normas de colisión o conflicto, que pretenden uniformar la solución de los diversos conflictos de leyes y de jurisdicciones, como lo es el Código de Bustamante. Por otro lado, encontramos las convenciones internacionales que incluyen normas de fondo o de aplicación directa, que se ubican dentro de la tendencia unificadora y uniformadora del derecho.<sup>37</sup> Para citar algunos ejemplos, el Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y los Convenios UNIDROIT de Ottawa de 1988 sobre los contratos internacionales de leasing o factoring.

El Prof. Marco Gerardo Monroy Cabra es claro en sostener que los tratados internacionales enmarcan uno de los procedimientos más eficaces para lograr, lo que se define y distingue como unificación<sup>38</sup> y armonización<sup>39</sup>. Así, encontraremos tratados internacionales que pretenden la unificación y armonización tanto de normas de colisión como de derecho de fondo. La ventaja indudable de la unificación y armonización del derecho de colisión es reducir la incerteza de la ley aplicable o *lex causae*, eliminando las posibilidades de que ésta estuviera condicionada al foro elegido. Por su lado, la unificación y armonización del derecho de fondo permitiría la uniformidad de criterios jurídicos entre diversos países, como sería el caso de uniformar la validez legal de las

37 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J. Op. cit. Pág. 35. Estos autores nos remiten a convenciones internacionales con combinaciones de normas indirectas y directas.

38 Monroy Cabra, M.G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Editorial Temis Librería, Bogotá, Colombia, 1983. Pág. 40; quien comenta: "La unificación consiste en insertar en uno o más sistemas legislativos reglas de derecho con el mismo contenido normativo."

39 Ibidem. Pág. 40 y 41. donde se indica: "...la armonización vista desde el punto de vista negativo se sitúa más allá de la diversidad originaria de los distintos sistemas legislativos, pero más acá de otra uniformidad en el cuadro de esos mismos sistemas jurídicos... La armonización se caracteriza por su variabilidad y busca reglas materiales, lo que representa unificación de los principios."

cláusulas compromisorias y de la aceptación de ejecución de sentencias arbitrales. Este último punto es lo que pretendieron los países signatarios de la Convención de Nueva York de 1958 y de la Convención de Panamá de 1975, que más adelante abordaremos.

Así las cosas, es el derecho convencional internacional, al igual que el derecho transnacional o *Nueva Lex Mercatoria*, el que da paso al reconocimiento formal de procedimientos de arbitraje a nivel internacional. Sin duda alguna, las convenciones internacionales de mayor relevancia son la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (de Nueva York de 1958) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje (Convención de Panamá de 1975). Es gracias a estas dos últimas, que nuestro país reconoce la importancia, y por qué no, la necesidad de recurrir y aceptar el arbitraje comercial internacional como alternativa para la solución de problemas de tráfico externo.

## 2. La Convención de Nueva York vs. Convención de Panamá.

Nos comenta Cristián Conejero Roos que en Latinoamérica “...el impacto de las convenciones internacionales sobre la materia ha sido, en efecto, el primer paso crucial en el desarrollo de un marco regulatorio apropiado para la práctica del arbitraje internacional...”. Acertadamente, dicho actor, se refiere al cambio del escenario en países

latinoamericanos a partir de la “... *gradual pero hoy casi unánime ratificación de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, ... , y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional de 1975, ... , que permitieron a la gran mayoría de los países latinoamericanos adherentes a tales convenciones, contar con una solución apropiada y expedida para el reconocimiento de acuerdos o convenios arbitrales y para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.*”<sup>40</sup> Costa Rica no es la excepción, al aprobar y ratificar ambas convenciones en diciembre de 1977. Se encuentra así en ellas el fundamento jurídico del arbitraje comercial internacional en Costa Rica.

No queremos desmeritar el aporte de la *Nueva Lex Mercatoria*. Como se ha comentado, claramente ésta contribuye en el mantenimiento y transcurso del arbitraje comercial internacional, pero tal y como lo hace en los demás países, como fuente autónoma. Costa Rica reconoce la fuerza e importancia de su contenido, sin embargo, no podríamos decir que es el fundamento del arbitraje comercial internacional costarricense. Véase que los documentos contenidos en la *Nueva Lex Mercatoria* no son reconocidos como la norma imperante en nuestra legislación.<sup>41</sup>

La Convención de Nueva York es uno de los instrumentos jurídicos internacionales de mayor relevancia a nivel mundial, ratificado por más de 140 países. Fue redactada y suscrita

40 Conejero Roos, C. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un panorama General*, en *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*, Marco Legal y jurisprudencial, Pag. 60 y 61.

41 No obstante, ello puede cambiar en el corto plazo, si se aprueba la iniciativa del Ministerio de Justicia, impulsada por la sociedad civil y un grupo de abogados y juristas nacionales, participantes activos en el arbitraje nacional e internacional, de promulgar la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de la CNUDMI. Al respecto ver expediente legislativo 17.593.

bajo auspicios de las Naciones Unidas, en la Ciudad de Nueva York, en Junio de 1958; en reconocimiento de la importancia creciente del arbitraje internacional como medio de resolver las controversias comerciales internacionales. Por ello, por medio de ésta, se trató de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros y no nacionales.

La Convención de Panamá, por su parte, nace del consenso interamericano convocado por la Organización de Estados Americano, que resultó en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP I), celebrada en Ciudad de Panamá en 1975. Esta Conferencia trató temas tan diversos desde el arbitraje hasta las sociedades mercantiles. Lo que se buscaba en esa época era continuar el proceso de armonización de las normas sobre conflictos de leyes en América, y que se retomara el trabajo que por varias décadas había llevado a cabo las Conferencias Internacionales Americanas, mismas que dieron frutos de alto valor jurídico, como el Código de Bustamante de 1928.<sup>42</sup>

Analizando ambas convenciones, la de Nueva York y de Panamá, notamos que ellas obligan a los Estados signatarios a reconocer la validez del acuerdo de partes de

someterse al procedimiento de arbitraje, sea en sede nacional o extranjera<sup>43</sup>. Igualmente, ambas convenciones unifican y armonizan los ordenamientos jurídicos internos de los Estados signatarios en cuanto al procedimiento para reconocer y ejecutar sentencias y laudos arbitrales extranjeros, en el entendido que sean emitidos en territorios diferentes a los del Estado donde se pretenda su reconocimiento y ejecución.

En cuanto a los acuerdos arbitrales, la Convención de Nueva York indica en su 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 contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*

3. *El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual*

42 Monroy Cabra, M.G. Op. cit. Pág. 381 a 390.

43 Ver Artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, New York, 10 de junio de 1958; y Artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional Comercial, Panamá, 30 de enero de 1975.

*las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable....”*

Por otro lado, la Convención de Panamá, dispone también, en su artículo 1:

*“...Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex....”*

Claramente, la convenciones internacionales citadas, responden a la imperiosa necesidad de unificar y armonizar los criterios jurídicos respecto a la aceptación y reconocimiento del arbitraje comercial internacional, como medio alternativo elegido por las partes para la solución de sus controversias.

Mucho se ha comentado sobre la razón de ser de la Convención de Panamá de 1975, dado que coincide en forma casi idéntica con la Convención de Nueva York de 1958. Sin embargo existen diferencias marcadas entre ambas convenciones. El jurista holandés Albert Jan van den Berg<sup>44</sup>, ha resumido con claridad dichas diferencias, veamos:

a) Campo de Aplicación: La Convención de Panamá no incluye en su texto limitación

alguna para su aplicación, tal y como si lo hace la Convención de Nueva York en su artículo I.3. (respecto a la reserva de reciprocidad y la limitación a arbitraje comercial, sin embargo, en cuanto a este último punto, es claro que la Convención de Panamá trata sobre arbitraje de cuestiones de índole comercial)

b) Remisión a Arbitraje por una corte nacional: La Convención de Panamá no contiene una disposición expresa en cuanto a la obligación de las cortes nacionales de un país signatario a remitir a arbitraje en caso de que le sea presentado una cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje. Así, no hay que los redactores se atuvieron a que dicha obligación estuviera incluida en las leyes internas del país signatario. Lo anterior, a pesar que en los artículos 1 al 3 de la Convención de Panamá se establezca la validez del acuerdo de partes en este sentido.

c) Requisitos a ser cumplidos por el solicitante de ejecución del laudo arbitral: La Convención de Panamá no contiene una disposición como la incluida en la Convención de Nueva York en su artículo IV, en cuanto a los requisitos a ser cumplidos por la parte que pida el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. En este sentido dichos requisitos, como el original del laudo arbitral y/o del acuerdo o compromiso arbitral, ambos debidamente traducidos al idioma oficial del país en que se invoque tal reconocimiento y ejecución, serán establecidos por las leyes internas de cada país.

d) Aplicación de las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial: La Convención de Panamá contiene además una disposición única en su tipo, que la distingue ampliamente de la Convención de Nueva York. Su artículo 3 establece que *“... a falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial...”*. De esta manera, la ausencia de acuerdo entre las partes será suplido, en cuanto a un tema de tanta importancia, por las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Así, cabe plantearnos, que existiendo diferencias entre una Convención y la otra y dada la simultaneidad e identidad de ratificaciones, nótese que todos los países ratificadores de la Convención de Panamá lo son de la Convención de Nueva York, nos preguntamos: ¿cuándo se aplicaría la Convención de Panamá sobre la Convención de Nueva York?

Muy pocos Estados signatarios y ratificadores abarcaron el tema. Uno de los que si lo hizo al momento de suscribir la Convención de Panamá fue los Estados Unidos de América. En este sentido su representante estableció:

*“..1. Al menos que entre las partes en un acuerdo sobre arbitraje exista un compromiso expreso en contrario, cuando se cumplan los requisitos para la aplicación tanto de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional como de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, si la mayoría de dichas partes son ciudadanos de un Estado o Estados que han ratificado o hayan*

*adherido a la Convención Interamericana y sean Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, se aplicará la Convención Interamericana. En todos los demás casos se aplicará la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. 2 .Los Estados Unidos de América aplicarán las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que estén vigentes en la fecha en que depositen el instrumento de ratificación, al menos que con posterioridad los Estados Unidos de América tomen una decisión oficial de adoptar y aplicar las modificaciones ulteriores de dichas reglas. 3. Los Estados Unidos de América aplicarán la Convención sobre la base de reciprocidad, sólo para el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de otro Estado Contratante...”*

Pero, ¿deberíamos creer que la posición de los Estados Unidos de América es la que en derecho corresponde? Al respecto, se analizan dos posiciones distintas:

a) Lo dispuesto expresamente por las Convenciones de Nueva York y/o la Convención de Panamá, en cuanto a otros tratados internacionales.

b) Lo dispuesto por las reglas de conflicto de tratados internacionales.

En cuanto a la primera posición, es la Convención de Nueva York la única que contiene disposiciones en este sentido. Así, se establece en el artículo VII.1 lo siguiente:

*“Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias*

<sup>44</sup> Van den Berg, A.J. *The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?*, en *Arbitration International*, London Court of International Arbitration. 1989, Vol.5. Pág. 214-229.

*arbitrales concertado por los Estados Contratantes ni privará a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tender a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.*" (con excepción del Protocolo de Ginebra de 1923 y la Convención de Ginebra de 1927, pues el artículo VII.2 las deja sin efecto al momento en que entrara en vigor la Convención de Nueva York)

Según la anterior norma, podría decirse que la Convención de Panamá se aplicaría sobre la Convención de Nueva York en todo momento, siempre y cuando estén involucrados Estados contratantes y no en forma universal.<sup>45</sup> Claro que cabe la discusión de si la Convención de Nueva York se refería a acuerdos multilaterales o bilaterales ya suscritos al momento en que cada Estado suscribiera o ratificara la Convención de Nueva York. Al respecto recordemos que la Convención de Panamá es posterior a la de Nueva York. Esto nos lleva al segundo criterio: los principios para la solución de conflictos de tratados.

Los principios tradicionales son *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*. Sin embargo, se nos menciona una regla de reciente aceptación: *la règle d'efficacité maximale*. La regla de "eficacia máxima" nos da una pauta muy clara, sea que se será de aplicación el tratado internacional que mantiene la validez del acto. Al respecto, sería de obvia aplicación el principio de ley posterior deroga ley anterior, pero la interrogante que se nos presenta ¿cómo identificar lo anterior cuando la aprobación o ratificación de ambas

convenciones es simultánea?. En este caso, la regla de "eficacia máxima" pareciera ser la solución.<sup>46</sup>

### C. Efectos y Aplicación de Convenios Internacionales sobre Arbitraje Comercial Internacional: ¿Son de aplicación directa y carácter erga omnes?

Como vimos, existen distintas clases convenciones internacionales, encontramos por un lado, las convenciones internacionales propias del derecho internacional privado, que pretenden uniformar la forma de solución de los diversos conflictos de leyes y de jurisdicciones. Por otro lado, encontramos las convenciones internacionales que incluyen normas de fondo o de aplicación directa, que se ubican dentro de la tendencia unificadora y uniformadora del derecho, y hasta las hay que incluyen un sistema mixto. Sea cual sea el caso, es importante considerar que ambos tipos son y deben ser tratados en el derecho interno como tratados internacionales con la vigencia y jerarquía que cada ordenamiento les asigne. En el caso de Costa Rica, con supremacía sobre la ley, según el artículo 7 de la Constitución Política.

Sin embargo, poco ha sido comentado sobre la posibilidad de que los tratados internacionales sean de aplicación directa (autoejecutables) y también si son o no de aplicación restringida a situaciones entre Estados parte. El primer problema, sobre la posibilidad de aplicación directa de los tratados internacionales, trata sobre la posibilidad de que un individuo, no sujeto directo del derecho internacional público, reclame los derechos emanados de la

convención o tratado internacional mismo. Ya la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha resuelto en nuestro ordenamiento este problema, estableciendo como precedente vinculante dos condiciones para que las normas de los tratados internacionales se incorporen y apliquen directamente a favor de los individuos nacionales de los Estados involucrados, sea el primero una condición de forma, referido a que la norma internacional cuente con una formulación clara; y el segundo una condición de fondo, sea que la norma jurídica sea incondicionada, completa y jurídicamente perfecta, es decir que su aplicación no debe estar subordinada a ningún otro acto de derecho positivo interno. Así la Sala Constitucional ha establecido:

*"I.- Que, si bien el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando que al hacerlo violan la jerarquía normativa superior del segundo, de conformidad con el artículo 7° de la Constitución Política, ello no obsta a que, **cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado.** De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución (Ley No. 7128 de 18 de agosto de 1989, vigente desde el 1° de setiembre) y, sobre*

*todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (No. 7135 del 11 de octubre de 1989, vigente desde su publicación el 19), se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley.... III.- En lo que se refiere al objeto concreto del presente recurso, considera la Sala que la norma invocada, ... **es absolutamente clara e incondicionada...** IV.- **Ese derecho es, como se dijo, incondicionado, en cuanto que la Convención no lo subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna otra condición suspensiva o complementaria; pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando este provea la organización institucional y procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir, o, dicho de otra manera, cuando ese ordenamiento no carezca de los medios institucionales y procesales necesarios para que el derecho se ejerza; si no los tuviera, obviamente el recurso no podría ejercerse sin ellos, en cuyo caso la obligación internacional del Estado de respetar y garantizar el derecho, ... se traduciría en la de crearlos conforme con el artículo 2°. V.- En el caso concreto, considera la Sala que se está ante un supuesto de aplicación inmediata del tratado, porque existen en Costa Rica tanto el órgano como el procedimiento ..."***<sup>47</sup> (Lo resaltado no es del original)

Ahora bien, en cuanto al segundo problema, respecto a la aplicación restringida de los tratados internacionales, sea su eficacia *erga omnes* y/o *inter partes*; este problema consiste

45 Se estaría interpretando en este sentido que la Convención de Panamá no es erga omnes.

46 Van den Berg, A.J. Op. cit. Pág 227.

47 Voto 282-90 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 17 horas del 13 de marzo de 1990.

en determinar hasta que punto las normas incluidas en el texto de la convención o tratado del que se trate, serán aplicados únicamente a situaciones ligadas a los individuos nacionales de Estados parte, o según lo establecido en la convención o tratado mismo, a todos aquellos individuos que se encuentren en las situaciones reguladas en dicha convención o tratado.<sup>48</sup>

La mayoría de las convenciones internacionales limitan expresamente su aplicación, con manifestaciones como: “*Cualquier individuo nacional de otro Estado Contratante*”, o “*Que provenga del territorio de otro Estado Contratante*”, etc. Sin embargo, la duda se extiende a aquellos casos en que se hayan omitido manifestaciones o declaraciones de este tipo. Lo que nos lleva a cuestionarnos: ¿Son las normas de colisión o normas uniformes contenidas en derecho internacional privado convencional de aplicación general, por el simple hecho de ser parte del ordenamiento jurídico interno? La doctrina en este sentido se ha inclinado por responder en forma negativa la anterior cuestión.<sup>49</sup>

Establecido lo anterior, debemos valorar lo dicho con respecto a las Convenciones de Nueva York y Panamá.

En cuanto a la Convención de Nueva York, la CNUDMI, redactora de la Convención, pretendió una unificación y armonización plena en materia de arbitraje. Las intenciones de esta Convención van sin duda más allá de lo normalmente obtenido en este tipo de tratados internacionales. Me refiero específicamente al aspecto de que la Convención de Nueva York fue redactada de manera tal, que los Estados signatarios la acogieran tanto a lo externo en sus relaciones internacionales como a lo interno en su ordenamiento jurídico.

Así, el artículo 1.3 de dicha Convención establece la posibilidad de las partes a restringir la aplicación de su contenido únicamente a territorios de otro Estado Contratante a *condición de reciprocidad*<sup>50</sup>, lo que interpretado en sentido contrario, nos indica que los Estados Contratantes que no hicieran dicha reserva de reciprocidad, según lo ahí establecido, estarían admitiendo que las disposiciones incluidas en la Convención fueran de aplicación general *erga omnes*.

Claramente, con lo dicho, la Convención de Nueva York pretendió el compromiso firme de los Estados Contratantes de reconocer la validez y legalidad de las cláusulas de arbitraje comercial internacional y los laudos arbitrales

48 Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J. Op. cit. Pág 35.

49 Ibidem. Pág.35. Estos autores interesadamente han criticado como en España se olvida que el Convenio de Roma de 1980 es de aplicación *erga omnes* y por ello debe ser de aplicación general aunque no se tenga la nacionalidad de estados parte –sin embargo en la actualidad ya es derecho comunitario, por lo que es legislación de obligatorio acatamiento y aplicación.

50 El artículo 1.3. dispone lo siguiente: “*En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el Artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que solo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.*”

extranjeros que se dieran en cualquier territorio Estatal, sin limitarse a aquellos territorios de los países signatarios. Así, la condición o base de reciprocidad –admitida tradicionalmente en el derecho internacional público para las relaciones internacionales- debe, según el artículo comentado, ser alegada al momento de suscripción o ratificación, de lo contrario los efectos de la Convención serían *erga omnes*. Con esto, debemos reconocer que Costa Rica, al no haber alegado la reciprocidad mencionada, debe aplicar el contenido y las disposiciones de la Convención de Nueva York en forma general, a favor de procesos y laudos arbitrales que se den dentro o fuera de los territorios de Estados Contratantes, es decir, en cualquier parte del mundo.

Por otro lado, determinar el carácter de *erga omnes* o no de la Convención Interamericana de Panamá de 1975 es de mayor complejidad. Su texto no es del todo claro. En líneas arriba citamos la posición doctrinal en cuanto a tratados internacionales que no contuvieran manifestación expresa respecto a los efectos *inter-partes*, dicho de otra manera, tratados internacionales que no establecieran referencias específicas respecto a que si su aplicación sería a favor de Estados Contratantes únicamente, sea aquellos suscritos sobre condición de reciprocidad. Según se dijo, la ausencia de una manifestación sobre condición de reciprocidad no implica necesariamente la interpretación a *contrario sensu*. En este sentido, la posición doctrinaria es negar la aplicación *erga omnes*, aún cuando los tratados internacionales no

hayan limitado expresamente sus efectos. Sin embargo, la Convención Interamericana, si bien no limita sus efectos con lenguaje claro de condición de reciprocidad, ni tampoco acepta la aplicación general de sus disposiciones, comparto con varios autores en este tema<sup>51</sup>, que lo que buscaban los países interamericanos era repetir de alguna manera lo obtenido en la Organización de las Naciones Unidas, en Nueva York en el año 1958. No obstante, debo coincidir con el Prof. Albert Jan van den Berg, en cuanto a que no tendría mucho sentido considerar la Convención de Panamá de aplicación *erga omnes*, al existir en el momento de su redacción la Convención de Nueva York.<sup>52</sup> Inclusive se puede llegar a esa conclusión si se analiza el marco dentro del cual la Convención de Panamá fue adoptada. Hay, por lo tanto, más razones que inclinan el resultado a favor de la aplicación bajo condición de reciprocidad de la Convención de Panamá, contra razones que le den a ésta efectos *erga omnes*.<sup>53</sup>

Llama la atención igualmente la reserva de los Estados Unidos de América, citada arriba, en cuanto a que dándose los requisitos para la aplicación tanto de la Convención Panamá como de la Convención de Nueva York, si la mayoría de dichas partes son ciudadanos de un Estado o Estados que han ratificado o se hayan adherido a la Convención de Panamá y sean Estados miembros de la OEA, se aplicará la Convención de Panamá; y también respecto a que los Estados Unidos de América aplicarán la Convención de Panamá sobre la base de reciprocidad, sólo para el reconocimiento

51 Garro, A. *Conferencia y Seminario Saggi*, Centro di studi e ricerca di diritto comparato e straniero y Van den Berg, A. J. Op. cit. Pág. 215.

52 Van den Berg, A.J. Op cit. Pág. 221.

53 Norberg, Ch. “*General Introduction to Inter-American Commercial Arbitration*”.

y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de otro Estado Contratante. Es importante la reserva hecha, pues no hay que olvidar que Estados Unidos de América no reconoce la Convención de Nueva York con efecto *erga omnes*, al haber hecho reserva de aplicación bajo condición de reciprocidad.

No obstante, a pesar de lo dicho, el punto parece no tener mayor relevancia en nuestro territorio, y siempre y cuando no trate sobre puntos que se refieran a aspectos diferentemente regulados por una y otra convención, en razón de que para nosotros la convención que da el derecho a reclamar el pacto compromisorio internacional y la validez para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, en forma general –*erga omnes*– deriva claramente de la Convención de Nueva York.<sup>54</sup> Ello quiere decir que ese derecho lo disfrutarán en nuestro país, individuos o entidades que deseen discutir asuntos en arbitraje en cualquiera de los países americanos signatarios o no de la Convención de Panamá. Aún, el tema pierde importancia para casos en que nuestros nacionales deseen hacer valer pactos compromisorios internacionales o sentencias arbitrales de origen costarricense en territorios de Estados Contratantes de la Convención Interamericana, que no sean parte en la Convención de Nueva York (por el momento no existen tales), puesto que aún cuando la Convención Interamericana no sea de aplicación *erga omnes* si lo sería *inter-*

*partes*, y al ser Costa Rica parte contratante su aplicación en cualquier otro Estado Contratante sería obligatoria.

Nos queda por comentar lo concerniente a la aplicación directa o el carácter *autoejecutable* de las convenciones comentadas. Siguiendo el criterio de la Sala Constitucional respecto a cuando es un tratado internacional de aplicación directa, debemos establecer que los derechos consignados en ambas son claros e incondicionados. Por lo que son indudablemente de aplicación directa. Así, de existir cierta contradicción entre alguna ley de la República y alguna disposición contenida en estas convenciones internacionales, no sería necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad previo a hacer valer el derecho reclamado y de mayor jerarquía, nótese en este sentido lo establecido por don Rodolfo Piza en el voto en comentario:

*“...De esta manera, la antinomia entre ley y tratado, a partir de la reforma de los artículos 10, 48, 105 y 128 de la Constitución ... y, sobre todo, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional ... se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley...”*<sup>55</sup>

Es claro entonces, que el derecho, establecido en las convenciones mencionadas, a recurrir a arbitraje comercial internacional

54 Y así para el resto de Estados Contratantes a la Convención Interamericana, ya que todos son partes de la Convención de Nueva York - Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela. Sin embargo, esta Convención de Nueva York será aplicada sobre base de reciprocidad únicamente para Argentina, Ecuador, Guatemala, Estados Unidos de América y Venezuela, en virtud de reservas hechas en este sentido.

55 Voto 282-90 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 17 horas del 13 de marzo de 1990.

y/o a reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en nuestro territorio, deviene de norma jerárquicamente superior a ley ordinaria y es de aplicación *erga omnes* y en forma directa, sin que sea necesaria entonces la declaratoria de inconstitucionalidad de alguna norma inferior que EXPRESA o CLARAMENTE la violente.

Vemos así como las Convenciones citadas son plenamente consistentes con el artículo 43 de la Constitución Política, armonizando el derecho supremo de acudir al arbitraje comercial internacional.

#### **D. La Leyes Internas sobre Arbitraje Comercial Internacional.**

Una gran variedad de países cuenta con leyes internas que regulan en forma concreta y específica la materia concerniente a arbitrajes comerciales internacionales. Costa Rica no cuenta aún con una ley interna que regule la materia. Como se indicara en la introducción de este trabajo, nos encontramos a la espera de la votación y aprobación del proyecto de ley incluido en el expediente legislativo No. 17.593, referente a la promulgación de la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, y a la expectativa de sus resultados, que transformarán sin duda el ambiente nacional del arbitraje internacional.

Debe quedarle claro al lector que cualquier ley interna sobre arbitraje comercial internacional, sea la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, o cualquier otra ley de su tipo, en nada cambiaría lo dicho en apartados anteriores. Esta ley no dará al

arbitraje comercial internacional más o menos valor. Lo que esta ley hará es transformar el derecho local nacional propiciando, en Costa Rica, arbitrajes internacionales sobre cuestiones que pueden o no tener conexiones con nuestro país.

Una ley sobre arbitraje comercial internacional tampoco afectará la continuidad de la aplicación de la Ley RAC. Como se entenderá, Costa Rica seguirá un sistema dualista, en el que convivirán ambas legislaciones: una, sobre arbitraje local, y otra sobre arbitraje comercial internacional. Lo anterior en oposición al sistema monista, que apunta a una única y misma regulación legal del arbitraje comercial, tanto doméstico como internacional.<sup>56</sup>

Así, la Ley RAC regulará todos aquellos procesos arbitrales locales o nacionales, entendiéndose éstos como aquellos excluidos de la definición de *arbitraje comercial internacional*, según la Ley Modelo. Ley cuyo parámetro predefinido entiende a los arbitrajes comerciales internacionales como aquellos que surgen cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo arbitral está relacionada con más de un Estado; cuando las partes en un acuerdo arbitral cuentan, al momento de la celebración de ese acuerdo, con sus establecimientos en Estados diferentes, uno del otro; o cuando el lugar del arbitraje (si éste se ha determinado en el acuerdo arbitral), o el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial, o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado donde las partes tienen sus establecimientos.<sup>57</sup>

56 Conejero Roos, C. Op. cit. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un panorama General*. Pág. 68.

57 Artículo 1, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

Una ley interna sobre arbitraje comercial internacional se convertiría en la *lex arbitri* costarricense, que regularía los procedimientos arbitrales internacionales, cuya sede sea Costa Rica. Esta ley entonces superaría los grandes obstáculos para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en suelo costarricense, que se generaron con las restricciones incluidas en la Ley RAC, y según interpretaciones jurisprudenciales. En este sentido, es ilustrativo el documento “Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006”, que resalta la importancia de la Ley Modelo ante situaciones, como la que se presenta en el escenario costarricense, con la Ley RAC:

“...6. Las formas de insuficiencia que se observan en leyes nacionales anticuadas comprenden disposiciones que equiparan el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales estatales y normas de carácter fragmentario que no regulan todas las cuestiones de derecho sustantivo. Incluso la mayoría de las leyes que, al parecer, son modernas y completas se elaboraron teniendo presente ante todo, si no exclusivamente, el arbitraje nacional. Aunque este criterio es comprensible por cuanto aún hoy la gran mayoría de los casos regulados por el derecho arbitral tendrán un carácter exclusivamente interno, entraña desafortunadamente la consecuencia de que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, con frecuencia, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna. 7. Es posible que las expectativas de las partes, que se ponen

*de manifiesto en la elección de un conjunto de normas de arbitraje o en la celebración de un acuerdo de arbitraje “específico”, se vean defraudadas, sobre todo en virtud de disposiciones por las leyes nacionales pueden impedir, por ejemplo, que las partes sometan sus controversias futuras a arbitraje o nombren libremente los árbitros y que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustración son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido al redactar el acuerdo de arbitraje. Incluso la falta de disposiciones legislativas puede provocar dificultades por el mero hecho de no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales propias del arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje. La finalidad de la Ley Modelo es disminuir el riesgo de esas posibles frustraciones, dificultades o sorpresas...”*<sup>58</sup>

Para ponerlo en contexto con lo que hemos venido analizando. El arbitraje comercial internacional, hoy por hoy, es válido en Costa Rica; los acuerdos arbitrales suscritos por las partes, sometiendo asuntos a un procedimiento arbitral con reglas, sedes, y en idiomas extranjeros deben ser respetados. Al amparo de la Convención de Nueva York (y de Panamá), las cortes nacionales de nuestro país deben respeto a dichos acuerdos arbitrales, independientemente de la nacionalidad de las partes, el lugar de la sede, la ley aplicable al conflicto, etc.

58 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006”, Pág. 26 y 27.

El inconveniente que actualmente existe, con la falta de una ley de arbitraje internacional, es que los acuerdos arbitrales que sometan un conflicto a un arbitraje comercial internacional, y que elijan Costa Rica como sede, se ven ampliamente limitados. Lo anterior pues, al ubicar el procedimiento arbitral al territorio costarricense, las partes deberán regir el procedimiento arbitral según lo ordenado por la Ley RAC. Ésta, como es conocido, no sólo impone una serie de limitaciones, sino que ha sido interpretada en sentido restrictivo, que hacen inoperante el procedimiento arbitral comercial internacional. Por ejemplo, el proceso arbitral debe conducirse en idioma español, los árbitros en un arbitraje de derecho (y una gran mayoría de los arbitrajes internacionales son de derecho) deben estar inscritos ante el Colegio de Abogados de Costa Rica<sup>59</sup>, lo que hace imposible que juristas y expertos de renombre en el arbitraje comercial internacional puedan conformar tribunales arbitrales en nuestro país. Así, las partes con una cláusula arbitral que elija sedes extranjeras, con leyes más flexibles y amigables al arbitraje comercial internacional, reciben un trato preferencial, respecto a aquella partes que elijan como sede al territorio costarricense.

Cristián Conejero Roos nos comenta al respecto, en alusión a la experiencia pasada de otros países latinoamericanos:

*“...La existencia de convenciones internacionales sobre la materia, no obstante ser extremadamente útil, no resultaba*

*suficiente para evitar la diversidad de problemas y limitaciones que un marco legal doméstico de esta naturaleza creaba, sobre todo porque las convenciones no cubrían los diversos aspectos propios de un arbitraje internacional sino que se enfocaban sobre todo en hitos específicos dentro de dicho proceso como la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral. En este contexto, la adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno todavía existente en las leyes nacionales sobre arbitraje, y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de disputas internacionales...”*<sup>60</sup>

La importancia de promulgar la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, es que se permitirá con ella la implementación de una ley flexible, conocida ampliamente por los operadores del derecho comercial internacional, que favorece al arbitraje internacional, permitiendo su desarrollo en su máxima expresión. No sólo arbitrajes que pretendan solucionar conflictos con elementos de conexión situados en Costa Rica, podrán ser resueltos en el país, por medio de reglamentos de arbitraje mundialmente conocidos como el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el de la Cámara de Comercio Internacional. Sino que además, hará posible la elección de nuestro país como sede de arbitrajes internacionales, en conflictos internacionales sin conexión alguna con Costa Rica. La exposición de motivos del proyecto de ley antes citado, hace ver las bondades de la Ley Modelo:

59 Voto 000177-A-00 Bis SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las 16 horas del 21 de junio del 2000.

60 Conejero Roos, C. Op. cit. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Un panorama General*, Pág. 64.

“...La Ley Modelo ha servido como un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales, puesto que regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Desde su aprobación por la CNUDMI, la Ley Modelo ha pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y un número significativo de países han promulgado leyes en la materia tomándola como base. A setiembre de 2009, se habían promulgado leyes basadas en la Ley Modelo, conforme al texto aprobado en 1985 y su posterior reforma de 2006, en 61 países, muchos de los cuales son grandes socios comerciales de Costa Rica...”<sup>61</sup>

Con la promulgación de una ley de este tipo, Costa Rica no sólo formará parte del grupo de países amigables con el arbitraje comercial internacional, sino que además, tiene grandes posibilidades de convertirse en sede de importantes procesos arbitrales. Para ello, debemos cumplir con los criterios exigidos a nivel internacional, tales como: 1) posibilidad del uso de los idiomas requeridos por las partes o elegidos por ellas; 2) la facilidad de infraestructura y logística, la cual incluye transportes, telecomunicaciones y visados, etc.; 3) la seguridad política; 4) explotar la situación geográfica, que implica la cercanía con respecto de los participantes para reducir los costos de traslados de partes, testigos, y otros participantes, 5) contar con abogados y

árbitros locales expertos y versados en arbitraje internacional, y 6) contar con alta calidad de profesionales accesorios al proceso.

Ya es tiempo para que Costa Rica cuente con legislación apta para conducir arbitrajes de nivel internacional. No sólo el alto tránsito comercial internacional existente en estos tiempos, sino también la alta inversión extranjera en nuestro hemisferio, hacen necesaria la implementación de regulaciones que propicien a Costa Rica como sede de arbitrajes internacionales. Se requiere así de regulaciones que subsanen las deficiencias de la Ley RAC, y se complementen con los convenios internacionales a los que Costa Rica es parte. Como se ha mencionado, ni la Ley RAC ni las Convenciones de Nueva York o Panamá son suficientes.

### III- CONCLUSIÓN

Costa Rica ha incluido en su Constitución Política el derecho a dirimir controversias de índole patrimonial entre privados. Así, es reconocido como derecho constitucional la posibilidad de recurrir a un procedimiento arbitral. Dicho derecho es trasladado a las relaciones privadas internacionales, al ser posible la elección de las partes de un foro arbitral internacional, muy necesario para solucionar los conflictos internacionales de jurisdicciones y solventar las desconfianzas que los órganos estatales de un país específico generan en los comerciantes extraños a él.

Es el arbitraje comercial internacional el sistema reinante, en el contexto de un

nuevo orden económico, que gracias a las tendencias unificadoras y a los convenios internacionales, se impone como la respuesta práctica y segura a la necesidad de las partes involucradas en negociaciones o transacciones internacionales.

En nuestro país la Convención de Nueva York y la de Panamá, constituyen la base normativa que obliga a las cortes estatales a reconocer la validez del acuerdo de partes, de someterse al procedimiento de arbitraje, en sede nacional o extranjera. Pero principalmente, será la Convención de Nueva York, con sus efectos

generales, directos y *erga omnes*, la que da contenido al derecho constitucional de acudir a procesos arbitrales, para cuestiones internacionales.

No obstante lo anterior, encontramos en Costa Rica un elemento faltante. Una legislación apta para conducir arbitrajes de nivel internacional en nuestro territorio. Costa Rica debe seguir el camino que muchos otros países latinoamericanos han emprendido, con la adopción de leyes modernas de arbitraje necesarias para propiciar el uso del arbitraje comercial internacional en el país.

61 Exposición de motivos Expediente Legislativo Número 17.593.