

LA CONDENA EN ABSTRACTO EN EL ARBITRAJE

Mauricio París Cruz¹

Introducción.

Se propone en este artículo una revisión a la práctica no poco frecuente, y en mi criterio inaplicable al arbitraje, de solicitar por parte de los abogados litigantes, y ordenar por parte de los árbitros, condenas en abstracto de daños y perjuicios en materia arbitral, a fin de que éstos sean liquidados en vía judicial mediante el procedimiento de ejecución del laudo. Consideramos que esta práctica presenta varios inconvenientes que acá se esbozarán, y además es incompatible con el arbitraje, y lo judicializa.

La condena en abstracto y los principios arbitrales.

La finalidad última del arbitraje no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto. Las partes, haciendo uso de su derecho fundamental a la autonomía de la voluntad y convienen en una cláusula

arbitral para eludir la jurisdicción común, no sólo por el tiempo que ella conlleva, sino por las normas procedimentales que aplica. Para todos es conocido que el arbitraje es costoso, y además implica una renuncia muy importante: la de la jurisdicción común, que en Costa Rica implica la posibilidad de que la decisión de primera instancia sea revisada en dos instancias más, para un total de 9 jueces distintos revisando un conflicto, al menos en asuntos de mayor cuantía y sujetos al recurso de casación. El laudo debe dictarse dentro del plazo reglamentario o legal respectivo², precisamente para garantizar una resolución pronta, y como garantía de ello se sanciona con nulidad el laudo dictado fuera del plazo³.

La práctica de solicitar y conceder condenas en abstracto tiene una evidente raíz judicial, ya que en la jurisdicción común es frecuente echar mano a esta solución, que de hecho está prevista en el artículo 156 del Código Procesal Civil, que al respecto dispone:

-
- 1 El autor cuenta con una maestría en asesoría jurídica de empresa en la Universidad Carlos III de Madrid, y cursó el programa de arbitraje comercial internacional del Instituto de Empresa. Es socio del bufete Expertis GHP Abogados. Email: mparis@expertislegal.com
 - 2 Según se trate de un arbitraje institucional o ad hoc.
 - 3 Dicha nulidad aplica únicamente para el arbitraje doméstico, de conformidad con las disposiciones del artículo 67 inciso a de la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social No. 7727. La Ley sobre arbitraje comercial internacional, No. 8937 no incluye dentro de las causales de nulidad el hecho de que el laudo se haya dictado fuera del plazo. Consideramos que en efecto, el plazo para el dictado del laudo debería ser ordenatorio y no perentorio, y su inobservancia debería estar más relacionada con la responsabilidad de los árbitros que con la eficacia del laudo para poner fin al conflicto.

Artículo 156.- Frutos, intereses, daños o perjuicios. Cuando la sentencia contuviere condena al pago de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fijará su importe si hubiere datos suficientes; de lo contrario, si constare la existencia de esos extremos pero no su cuantía o extensión, se establecerá la condena en abstracto, a reserva de fijar su importe al ejecutar la sentencia, señalando, si fuere posible, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

Se podría interpretar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 39 in fine de la Ley RAC, en tanto dispone que *las normas procesales de la legislación costarricense integrarán, en lo que resulte compatible, el procedimiento arbitral*. Ya en otro momento y lugar hemos denunciado el recurso indiscriminado de esta norma en el arbitraje doméstico costarricense, que ha terminado convirtiéndolo en un *ordinario privado*⁴, y consideramos que la condena en abstracto en el arbitraje es otro de los casos en donde la aplicación automática del Código Procesal Civil riñe abiertamente con los principios del arbitraje y en especial con la autonomía de la voluntad, y por ende hace que el coste del arbitraje y la renuncia al control jurisdiccional que comentamos antes, pierdan todo sentido cuando a las partes, a contrapelo de su decisión de someter su conflicto a la decisión de uno o varios árbitros, se les obliga a acudir a la vía judicial a continuar una disputa que debió resolverse definitivamente en el laudo.

4 Para un análisis detallado de este tema consúltese: PARÍS CRUZ, Mauricio: "El necesario divorcio entre el Código Procesal Civil y el arbitraje comercial". En: Revista Judicial No. 109. Disponible en línea en el siguiente enlace: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/Revista%20109/PDFs/08_necesario_divorcio.pdf

5 LEDESMA NARVAEZ, Marianella: "¿El laudo pone fin al proceso arbitral? En: Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Palestra Editores, Vol. No. 5. Lima, Perú, 2008. Págs. 17 – 48.

Piénsese además que, con el dictado del laudo el tribunal arbitral recibe sus honorarios, y el centro arbitral (en caso de un arbitraje institucional) cobra sus gastos de administración, pero si existe una condena en abstracto se remite a las partes a incurrir en más costos y costas, y a invertir más tiempo en una liquidación judicial, que muchas veces toma varios años. Es decir, un conflicto aún no resuelto, o resuelto a medias, es cobrado en su totalidad, y además termina sumando un caso más al circulante judicial, para que un juez de la República tenga que interpretar lo que el Tribunal quiso decir en su laudo.

Al respecto se ha afirmado:

*"Razones de costos, tiempo, especialidad y confianza, hacen que la discusión deba mantenerse en sede arbitral y no derivarla a la jurisdicción ordinaria, en donde el juez, no conocedor del tema en particular laudado, sea por lo técnico o particular del caso, tendrá que internalizar en su intelecto la materia definida y los términos de ejecución en atención a esa definición, con la consecuente demora propia de la sobrecarga procesal de los juzgados y con el riesgo del poco conocimiento que pudiera tener sobre la materia en ejecución."*⁵

En palabras del Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo del Reino de España:

"... el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la

*misma no sea absolutamente indispensable, y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial: si el mismo no se aceptase no tendría razón de ser el arbitraje comercial internacional, pues los inconvenientes que puede plantear la renuncia a la jurisdicción ordinaria no quedarían compensados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución."*⁶

Precisamente por las razones antes expuestas el artículo 58 de la Ley de resolución alterna de conflictos – en lo sucesivo Ley RAC- es claro al decir que el laudo será **definitivo**, y una vez dictado, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora. Si el laudo no es definitivo, no puede producir los efectos de cosa juzgada material, y las partes no pueden cumplirlo sin demora.

Uno de los principios arbitrales que más ha defendido la Sala Primera de la Corte Suprema Justicia al resolver sobre materia arbitral ha sido el Principio de mínima intervención judicial. En virtud de dicho Principio, la participación de la jurisdicción común se limita fundamentalmente a los siguientes aspectos:

- i) Nombramiento de árbitros (Art. 27 Ley RAC).
- ii) Resolver el recurso de apelación en materia de competencia (Art. 38 Ley RAC).

6 XIOL RÍOS, Juan Antonio: "El arbitraje y los tribunales de justicia". Ponencia tomada del sitio web: http://www.clubarbitraje.com/files/docs/ponencia_xiol.pdf

iii) Auxilio judicial en el dictado de medidas cautelares (Art. 52 Código Procesal Civil).

iv) Auxilio judicial para recabar datos o solicitar auxilio de cualquier autoridad (Art. 12 párrafo primero Código Procesal Civil).

v) Ejecutar las resoluciones legalmente dictadas por los árbitros (Art. 12 párrafo segundo Código Procesal Civil).

vi) Resolver los recursos de nulidad y revisión contra el laudo (Arts. 64 y 65 Ley RAC).

vii) Otorgar el reconocimiento y facilitar la ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero (Art. 705 Código Procesal Civil, 54 Ley Orgánica del Poder Judicial y Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales).

No puede ni debe entonces el sistema judicial, intervenir en ningún aspecto adicional a los antes mencionados, o a cualquier otro que expresamente no esté contemplado en una norma imperativa. Así lo dice con meridiana claridad el artículo 5 de la Ley de arbitraje comercial internacional No. 8937 – en lo sucesivo Ley Modelo-: *En los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.*

En consecuencia, en nuestro ordenamiento, no se les concede a los jueces de la República facultades de liquidar ni fijar una

condena arbitral en abstracto, ni tampoco de coadyuvar a los árbitros en el mandato contractual que les otorgaron las partes en la cláusula arbitral para poner fin a la controversia.

Desde luego que acá lo que nos interesa entonces es delimitar qué implica la facultad de *ejecutar las resoluciones legalmente dictadas por los árbitros*, en los términos del artículo 12 del Código Procesal Civil.

Dice el Diccionario de la Real Academia que ejecutar es *Desempeñar con arte y facilidad algo*, mientras liquidar es *Hacer el ajuste formal de una cuenta*. Ambas palabras no son sinónimas. Pero la respuesta a esta interrogante nos ha de llevar más allá de un análisis sintáctico.

Las facultades de ejecución que tiene el Poder Judicial en materia arbitral tienen que ver exclusivamente con el ejercicio de una potestad reservada a dicho órgano: el *ius imperium*, es decir la ejecución forzosa de las resoluciones legalmente vinculantes, como los laudos, haciendo uso del monopolio de la fuerza con que cuenta el Estado. Es decir, la potestad en este punto no es de auxilio o asistencia a la hora de resolver la controversia, ni de dictar un laudo en coautoría, sino simplemente de ejecutar una resolución dictada por el tribunal arbitral. Así por ejemplo se ha afirmado:

“Se subraya, en suma, que el ejercicio de la función judicial en relación con el arbitraje no implica una sustitución de las facultades

*de los árbitros, sino un apoyo para su ejercicio cifrado en la resolución de las cuestiones procedimentales que escapan a sus facultades o al poder de disposición de las partes, en la adopción de medidas cautelares o ejecutivas o medios de prueba para garantizar el buen fin del laudo y en el control de la regularidad formal y externa del mismo (...). El arbitraje requiere una especial tutela jurisdiccional a lo largo de su recorrido, pero la intervención de los tribunales es esencial para garantizar su eficacia cuando se trata de obtener su cumplimiento por medios coactivos monopolizados por el poder del Estado. El sistema de ejecución del laudo constituye el centro de gravedad de la protección jurisdiccional que debe dispensársele para su eficacia. En consecuencia, el acuerdo de resolver definitivamente la controversia por vía de arbitraje debe interpretarse en el sentido de que las partes consienten la llamada ejecución automática, cláusula contenida en muchos acuerdos de arbitraje en los Estados Unidos.”*⁷

La ejecución automática antes mencionada, no es otra cosa más que la disposición contenida en el artículo 58 de la Ley RAC, en cuanto obliga a las partes a acatar el laudo sin demora, lo cual nuevamente se frustra si el laudo requiere una liquidación no prevista en nuestra legislación.

Conviene traer a colación el derecho comparado, por ejemplo, el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española – en lo sucesivo LEC- regula lo que en dicho

⁷ XIOL RÍOS, Juan Antonio: “Notas sobre la ejecución de los laudos arbitrales”. En: Revista del Club Español del Arbitraje No. 5-2009. Págs. 93 a 109.

país se denomina sentencia con reserva de liquidación, que es nuestro equivalente a una condena en abstracto. Dice la norma:

*1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, **no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.***

*2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, **que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.***

*3. Fuera de los casos anteriores, **no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución.*** No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad

de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos **cuando ésa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.**

Esta norma procesal española se fundamenta en un principio totalmente aplicable a nuestro artículo 156 del Código Procesal Civil, en tanto la condena con reserva de liquidación o en abstracto, tanto en España como en Costa Rica, debe contener las bases a fin de que la ejecución consista en una simple operación aritmética⁸. No debe el juez de ejecución entrar a recabar prueba, a valorarla ni tampoco a juzgar nuevamente el fondo del asunto, si quiera superficialmente. En ese sentido, refiriéndose eso sí a un proceso judicial, ha dicho esta Sala:

*“La posibilidad de condenar en abstracto no exime al actor del deber de concretar en qué consisten los daños y perjuicios que se reclaman y realizar su estimación. Pues la condenatoria en abstracto se refiere solo al caso de que no existan datos suficientes para fijar su importe, cuantía o extensión de los daños.”*⁹

Se ha planteado en España la discusión de si el laudo con reserva de liquidación es sujeto del proceso de ejecución, concluyéndose que sería aplicable a éste el presupuesto del inciso 3) del artículo 219 de la LEC, antes transcrito, en tanto obligaría a sustanciar un

⁸ Un ejemplo de una simple operación aritmética podría ser la liquidación de costas en el arbitraje doméstico, en donde la tarifa está tasada en el Arancel de Honorarios del Colegio de Abogados. Sin embargo, por economía procesal es innecesario que el tribunal arbitral haga que las partes acudan a un proceso de ejecución de laudo únicamente a liquidar un rubro que debe ser liquidado en el propio laudo. Por suerte, en nuestra experiencia, en los últimos años los tribunales han optado mayoritariamente por incluir en el laudo una liquidación de las costas personales y procesales.

⁹ Sala Primera, Votos No. 774-2003, de 20 de noviembre y 127-1996 de 13 de enero.

nuevo pleito, es decir, acudir a un proceso declarativo o arbitral. Al respecto, citamos:

“Por lo que respecta al segundo interrogante planteado (si el art. 219.3 LEC es aplicable también a los laudos arbitrales), puesto que el precepto no establece limitación expresa al respecto, ello podría hacer pensar en una respuesta negativa y, por tanto, en que en fase de ejecución pudieran llevarse a cabo las correspondientes operaciones de liquidación del laudo arbitral. Lo cierto es que nos encontraríamos en este caso ante una resolución de condena carente de eficacia ejecutiva como consecuencia de su iliquidez, por lo que no podría iniciarse la ejecución forzosa y no podría liquidarse, por tanto, de acuerdo con el procedimiento previsto en los arts. 712 y ss LEC. [Se trata del proceso equivalente a la ejecución de sentencia] Se plantea el problema, pues, de determinar cuál es el mecanismo adecuado para su liquidación. Por ello, considero que la reserva de liquidación prevista en el art. 219.3 LEC es también aplicable a los laudos, de modo tal que ante una resolución arbitral ilíquida cabría, bien acudir a un proceso declarativo para proceder a su liquidación, bien acudir a un nuevo arbitraje para discutir exclusivamente acerca de la determinación de la condena.”¹⁰

Entonces, el principal problema es la práctica no infrecuente de dictar condenas que no implican al juez de ejecución una simple operación aritmética, ya que en esos casos **¿Bajo qué criterios podrá el**

10 FERNANDEZ LÓPEZ, Mercedes: “Notas sobre las sentencias con reserva de liquidación”. En: Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil. No 26, Abril 2006, Págs. 17 a 29.

11 LEDESMA NARVAEZ, Óp. Cit. Pág. 32.

juez de ejecución fijar la condenatoria? Sobre todo en aquellos casos en donde la discusión implica producción de prueba pericial o documental, por lo que lejos de ser una simple operación aritmética, se trata de la continuación de un debate no precluido, y requiere una definición que no puede concederse en dicha sede, como acertadamente se ha indicado:

“Por otro lado, universalmente se considera tanto a los procesos de cognición como los procesos de ejecución, los dos pilares sobre los que se construye la dinámica procesal; en el primer supuesto (procesos de cognición) nos encontramos con los conflictos que buscan definirse, que buscan se reparta los derechos en conflicto; en cambio los procesos de ejecución no buscan ninguna definición, pues las prestaciones ya han sido definidas anteladamente (sic), sea a través de la sentencia de condena o por acuerdo de partes, de ahí que se considere que el título es vital para la ejecución, pues, sin título no hay ejecución.”¹¹

La condena abstracta puede constituirse también en una fórmula perfecta para burlar la ultra petita, ya que puede darse el caso de que la petitoria a unos daños y perjuicios en la demanda arbitral tuviera un límite, pero que el tribunal arbitral condene en abstracto a tales extremos y remita a la parte vencedora a ir a una ejecución de sentencia a procurar demostrar lo que no pudo, o no quiso demostrar en el proceso arbitral, sin fijar tan siquiera ese monto peticionado como tope a esos daños y perjuicios, esto

implica que se podría perfectamente burlar la *ultra petita* si en el proceso de ejecución de sentencia se llega a fijar un monto superior como indemnización. Es una suerte de *ultra petita* delegada, que sólo ayuda a contribuir a la inseguridad jurídica derivada de esta práctica judicializadora.

El motivo por el cual se llega a dictar una condena en abstracto también debe analizarse en detalle. Usualmente se llega a esa situación por inactividad procesal en la producción de prueba adecuada que liquide los daños, siendo que el litigante se enfoca principalmente en demostrar la existencia del daño o del perjuicio, descuidando la prueba sobre su liquidación y extensión. En este caso, la condena en abstracto es aún más reprochable en tanto consiste en una segunda oportunidad para la parte vencedora de producir la prueba que no quiso o no pudo producir en el proceso arbitral.

Una solución factible y acorde con los principios arbitrales podría ser la bifurcación del procedimiento¹², en donde las partes acuerden al inicio del proceso, o el tribunal así lo determine, separar la discusión en dos etapas: una primera en donde se discuta la existencia del daño o del perjuicio, y una segunda (sujeta a dicha existencia), en donde se liquide su importe.¹³

12 Sobre el tema puede consultarse: DE NADAL, Elisabeth: “Bifurcación del procedimiento arbitral y laudos arbitrales. Estrategia y eficiencia”. En: Arbitraje: Comentarios prácticos para la empresa. Ed. Difusión Jurídica, 2011. Págs. 127 a 138.

13 La bifurcación del proceso es un tema muy interesante que no se desarrolla en este artículo por motivos de espacio. Sería muy deseable que los distintos centros de arbitraje del país incluyeran normas al respecto que permitan al tribunal su aplicación aun cuando no exista acuerdo entre partes. También debe tomarse en consideración que estaríamos en presencia de un proceso que eventualmente podría implicar dos laudos parciales, ambos sujetos al recurso de nulidad, uno con relación a la existencia del daño o perjuicio, y otro con relación a su liquidación.

Por último, es interesante el ejercicio de imaginar un laudo que, dictado en Costa Rica incluya una condenatoria en abstracto, y deba ejecutarse en otro país. Es interesante pensar si la liquidación tendría que realizarse o no en Costa Rica, o si podría presentarse en el país en donde la ejecución del laudo se solicite. En cualquier caso, aun cuando el proceso de liquidación de dicha condena se realice en Costa Rica, si el laudo se debe ejecutar en otro país, la sentencia judicial que lo liquida no sería un laudo, sino una sentencia judicial, por lo que no aplicarían los extremos de la Convención de Nueva York sobre la ejecución de las sentencias arbitrales, así que debería realizarse el trámite de exequátur de una sentencia judicial ordinaria, con las complejidades que esto conlleva. Sin duda el tema ofrece múltiples aristas que no pueden ser abarcadas en este artículo por motivos de espacio.

A manera de conclusión.

La participación del Poder Judicial en la ejecución del laudo se limita a garantizar su eficacia, no a adicionarlo, ampliarlo o liquidarlo. Es deseable que, como parte del proceso de depuración y sofisticación que debe sufrir el arbitraje en Costa Rica, se erradique la costumbre de otorgar condenas en abstracto en los laudos arbitrales. En

esta labor, es necesario que los abogados litigantes eviten incluir pretensiones de ese tipo, y propongan la producción de prueba que liquide los daños y perjuicios; asimismo, es necesario que los árbitros rechacen estas pretensiones en caso de que se les soliciten, y cumplan su deber de liquidar todos los extremos cuando cuenten con información

en el expediente, o propongan a las partes considerar bifurcar el procedimiento. Por último, la labor de la Sala Primera, como unificadora de la jurisprudencia arbitral, es sumamente importante en tanto en los casos que sea necesario, anule las condenatorias en abstracto que no se limiten a simples operaciones aritméticas.

)