

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



ARBITRAJE COMERCIAL EN COSTA RICA

LIC. FERNANDO BOLAÑOS CÉSPEDES

CONTENIDO

	Pág.
I. Introducción	73
II. Arbitraje interno	74
A. Arbitraje y arbitrio de un tercero. Naturaleza jurídica del arbitraje	74
B. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad	77
C. Cláusula arbitral o compromisoria y compromiso arbitral	79
D. Arbitraje <i>ad hoc</i> y arbitraje institucional	81
E. Objeto del arbitraje	82
F. Partes en el arbitraje	83
III. Base legal del arbitraje comercial internacional en el derecho costarricense	84
A. Criterios de diferenciación con respecto al arbitraje interno	84
B. Base legal del arbitraje comercial internacional en Costa Rica	86
IV. La cláusula arbitral	90
A. El objeto de la cláusula arbitral	90
A.1. Límites <i>ratione personae</i>	91
A.2. Límites <i>ratione materiae</i>	92
B. Efectos de la cláusula arbitral	93
B.1. Incompetencia de jurisdicción	93
B.2. <i>Litis pendencia</i> internacional	95
B.3. Excepción de cosa juzgada	95
B.4. Competencia del tribunal arbitral	96

V. Nombramiento de árbitros y procedimiento	97
A. Nombramiento de árbitros	97
B. Procedimiento para el arbitraje internacional	98
B.1. Lugar del arbitraje	98
B.2. Regulaciones sobre derecho aplicable al arbitraje	99
VI. Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras	100
A. Papel del exequátur	100
B. El reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras en el Convenio de New York	101
B.1. Formalidades. La firmeza de la sentencia	101
B.2. Recurribilidad de la sentencia arbitral	102
B.3. Ejecución de sentencia arbitral extranjera en Costa Rica	104
B.4. Causas de denegación de la sentencia arbitral extranjera	105
C. El reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras en el Convenio de Panamá	110
VII. Conclusión.	111

I. INTRODUCCIÓN

La internacionalización cada día mayor de las relaciones económicas, en un mundo donde el avance en las telecomunicaciones, el transporte, el tráfico de capitales y la tecnología aplicada al sistema financiero en general, desbordan con facilidad las fronteras del Estado-nación, viene delineando nuevos contornos jurídicos, en los que también nuevos agentes entran en escena para desplazar el protagonismo tradicional de los gobiernos y las legislaciones codificadas.

Asistimos pues a una época de renacimiento de un Derecho Internacional de creación directa por las personas físicas y jurídicas que intervienen en el tráfico comercial, lo cual no quiere decir que tal derecho no existiera con anterioridad, aunque no con la autonomía y la rapidez con que lo vemos desarrollarse hoy. Quizás estemos presenciando, como lo afirman algunos estudiosos del Derecho Mercantil, una vuelta a la *lex mercatoria*, que por obra del comercio en las ciudades renacentistas, revolucionó en poco tiempo la creación jurídica en estas sociedades, imponiendo un Derecho Supra-estatal, tiempo antes de que se crearan organismos internacionales o se firmaran tratados entre naciones, para la regulación del Derecho Privado Internacional.

Se nos habla del renacer de fuerzas económicas que actúan como mecanismos de creación de un Derecho Autónomo, de una nueva "*lex mercatoria*", "especie de *ius gentium* renacido, Derecho Común de las Naciones (P.H. Fouchard), o nueva costumbre internacional del Derecho Mercantil (P.H. Francescakis), obra de la sociedad internacional de comerciantes (P.H. Kahn), que es objeto de atenta elaboración en la que prima la sensibilidad de la doctrina francesa".*

Todo lo anterior, cobra vigor y metaboliza su propia existencia, a través de instrumentos procesales que tienden a simplificar la actividad jurisdiccional, a acelerar los trámites de solución de conflictos privados y a abaratar el coste de la justicia ordinaria. Es aquí donde adquiere carta de nacionalidad el Derecho Internacional moderno, el arbitraje comercial internacional, fruto de las preocu-

paciones y necesidades antes expuestas, hijo de las nuevas prácticas comerciales y hermano de la renacida *lex mercatoria*.

Aunque es lógico pensar, como así ha sucedido, que el primer receptáculo del arbitraje comercial internacional, en cuanto instituto adaptado a las necesidades del tráfico mercantil contemporáneo han sido las naciones más desarrolladas, tanto del mundo capitalista, como del espectro de países socialistas, también es cierto que en América Latina hay creciente interés por estos temas, como lo refleja la cantidad de países iberoamericanos que ya han suscrito tanto el Convenio para la ejecución de sentencias arbitrales, Convenio de New York de 1958, como la relativamente reciente Convención Interamericana para el Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá en 1975.

Costa Rica ha ratificado en el año 1977 ambos convenios arriba citados, y con ello ha aceptado que una legalidad desconocida venga a regular directamente lo que hasta entonces había sido monopolio exclusivo de nuestros jueces nacionales y del viejo Código de Procedimientos Civiles, a su vez condicionado por el más antiguo aún Código Civil. Esa apertura de nuestro país al arbitraje comercial internacional plantea no pocas interrogantes y dudas, puesto que los convenios recién ratificados, como se demostrará en este trabajo, conllevan no solo una nueva y distinta mecánica para la práctica del arbitraje, donde la parcela de autonomía concedida a las partes para fijar las condiciones de solución de conflictos es mayor a la concedida por la legislación interna, sino también toda una concepción de fondo o sustantiva sobre el papel de los árbitros internacionales en la creación del Derecho Mercantil Internacional.

Las razones antes expuestas, sumadas al interés por indagar acerca de las relaciones siempre complejas entre Derecho Interno y Derecho Supranacional, han sido las principales inquietudes a las que quisiera dar cauce el presente trabajo.

No hemos pretendido, por las dificultades de tiempo y recursos que ello podría implicar en este

* VERDERA TUELLS, Evello, "El pierce the veil arbitral de Yves Derains", Revista de la Corte Española de Arbitraje, volumen I, 1985, pág. 44.

momento, realizar una investigación que tuviera por objeto cubrir en su totalidad el tema del arbitraje, pues más que la definición de conceptos o institutos procesales, nos interesa el señalar los principales elementos de juicio, que de modo especial confieren el arbitraje comercial internacional, un carácter renovador y diferente.

No obstante lo antes expuesto, hemos creído también que resultaba incompleta nuestra labor si entrábamos de lleno a tratar el tema del Derecho que a través de los convenios internacionales firmados y ratificados por Costa Rica hoy regula la figura del arbitraje internacional privado, sin antes referirnos al arbitraje interno de nuestro país. Es por ello que hemos dedicado el primer capítulo al tema del arbitraje interno, con la intención no solo de exponer resumidamente y a los fines que se adapta la investigación en su totalidad, el esquema normativo del arbitraje interno costarricense, sino también con la idea de aprovechar esa exposición trasunta para introducir algunas nociones conceptuales que de paso pudieran servir para un estudio del arbitraje en general, independientemente de su práctica interna o allende las fronteras nacionales.

En un segundo capítulo, tercero en nuestra numeración, iniciamos el estudio propiamente di-

cho del arbitraje internacional, con una breve reseña histórica sobre los esfuerzos que desde ya hace varios lustros los países del continente americano dedicaron a la creación de cortes arbitrales internacionales. En los capítulos cuarto y quinto continuamos con la exposición y estudio de las normas jurídicas insertas en los convenios internacionales firmados y ratificados por Costa Rica en materia de arbitraje internacional privado, para el capítulo VI abordar el candente y complejo tema de la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, a la luz de los nuevos convenios y de las normas de Derecho Interno costarricense que condicionan su aplicación.

Hubiésemos deseado contar con jurisprudencia costarricense sobre el tema pero creemos que no estamos afirmando una sinrazón cuando decimos que ello no es posible porque en Costa Rica es prácticamente inexistente la práctica del arbitraje. En su lugar, hemos realizado un estudio de jurisprudencia española que por tratarse de sentencias producidas en aplicación de uno de los dos convenios firmados por nuestro país, así como de una legislación interna sobre arbitraje muy similar, creemos que tiene un valor extraordinariamente didáctico para los juristas costarricenses, estudiosos de estos temas.

II. ARBITRAJE INTERNO

A. Arbitraje y arbitrio de un tercero. Naturaleza jurídica del arbitraje.

Siendo de suma importancia delimitar desde el inicio de este trabajo la figura conceptual del arbitraje, creemos conveniente iniciar tal proceso de abstracción lógica, mediante la diferenciación entre la figura propiamente dicha del arbitraje, con respecto a otra figura de parentesco cercano, denominada, genéricamente por la doctrina, "arbitrio de un tercero". Al efecto de precisar la distinción anterior se habla también por algunos tratadistas de "arbitradores" y "árbitros", reservándose el término "árbitro" para quienes actúan como directores dentro de un proceso de arbitraje, con el objeto de utilizar la denominación de arbitrador en el caso de arbitrio de un tercero. Tal distinción entre árbitros y arbitradores, utilizada en la forma antes expuesta, siendo válida para algunos ordenamientos jurídicos; no nos parece conveniente

de ser usada en Costa Rica, dado que nuestra legislación procesal actual refiere los antedichos términos de manera diferente, utilizando la denominación de árbitro para el caso del arbitraje "*iuris*", y el de árbitro arbitrador para las situaciones de arbitraje de equidad, ambos dentro del marco genérico de procesos arbitrales (artículo 395, párrafo primero, del Código de Procedimientos Civiles).

Dicho lo anterior y volviendo a la temática de diferenciar las figuras del llamado por nuestro Código Procesal Civil "juicio arbitral", con respecto a la figura del "arbitrio de un tercero", resulta conveniente citar el artículo segundo de la ley española sobre arbitraje de Derecho Privado, Ley del 22 de diciembre de 1953, en la cual se señala que: "A los efectos de esta ley, se entiende por arbitraje la institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se

comprometen previamente a aceptar su decisión". En tal sentido, agrega el párrafo segundo del mismo artículo, "no se considerará arbitraje la intervención del tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente".

La regulación de las situaciones jurídicas indicadas por el párrafo segundo que se acaba de transcribir, se encuentra sometida, conforme el párrafo tercero ibídem, "al régimen particular que hoy en cada supuesto se establece".¹

La distinta regulación a que hace referencia el artículo segundo de la ley sobre arbitraje español sobre supuestos distintos de intervención de un tercero en las relaciones jurídicas de Derecho Privado, ha sido objeto de diversas teorías en la doctrina del Derecho Procesal. Para algunos, la distinción nace de señalar que mientras en el arbitraje se decide sobre una relación jurídica, el arbitrio de tercero recae sobre meras cuestiones de hecho. En el arbitrio según esta tesis, no se somete al tercero, como en el compromiso o en el proceso, una relación jurídica o sus consecuencias jurídicas, sino solamente un hecho o un elemento de una relación jurídica. Se critica la anterior posición, asegurando con razón que en realidad no existen juicios de hecho y juicios de derecho, sino que todo juicio exige la resolución de cuestiones de diferente carácter, de cuestiones de hecho y de cuestiones de derecho".²

Para otro sector de la doctrina procesalista, la diferenciación entre una y otra institución jurídica en estudio, vendría dada por el hecho de que mientras en el arbitraje se resuelven controversias de tipo jurídico o litigiosas, el arbitrio resolvería controversias de tipo económico, o en otro sentido también denominadas, "conflictos de intereses simples". Se combate la tesis anterior, señalándose que la resolución de un conflicto de intereses no puede caracterizar a una u otra figura, porque en el caso concreto del arbitrio de un tercero tal conflicto pudiera o no existir al momento en que interviene el tercero. Así por ejemplo, en el nombramiento de perito para justiprecio de un bien en

el contrato de compraventa sujeto a tal condición, o en el nombramiento de tercero para la valoración de bienes que van a ser aportados en concepto de capital social, en el contrato de sociedad, la intervención del tercero generalmente se realiza antes de que se haya producido un conflicto de intereses y su función es precisamente el de evitarlo. Por lo demás, la distinción entre controversia económica y controversia jurídica nos parece nada convincente, toda vez que en las controversias así llamadas de carácter jurídico o litigioso, latén también diferencias de carácter patrimonial y por tanto susceptibles de valoración económica.

Finalmente, se ha dicho, y es esta la tesis más consistente, que la distinción entre arbitraje y arbitrio es la misma que entre el pronunciamiento sobre una discusión y el pronunciamiento sobre un acuerdo. En efecto, en el arbitrio el arbitrador no emite su pronunciamiento sobre la discusión de las partes, sino que fija un elemento de acuerdo o directamente concreta el acuerdo, sea que como antes se expuso, el desacuerdo no es esencial al arbitrio. "El árbitro se pronuncia sobre una discusión (litigio), pero ello no impide la existencia de acuerdo entre las partes. El arbitrador —se refiere al arbitrio de un tercero, distinto de arbitraje— se pronuncia sobre el acuerdo de las partes (contrato), pero en tanto lo hace, en cuanto que el acuerdo de las partes no es pleno, en cuanto que falta un acuerdo total entre ellas".³ Véase además, que en el proceso de arbitraje, los sujetos que lo solicitan hacen actuar la maquinaria del Estado, sea para el nombramiento de árbitros, homologación del compromiso arbitral, o como en el caso del arbitraje comercial internacional, en el momento de ejecución de la sentencia en aplicación de las leyes del foro, mientras que en la intervención del tercero, aquí denominada arbitrio, dicho tercero posibilita el acuerdo entre partes, sin que se haya preconstituido la figura procesal de litigio.

En palabras del autor a quien hemos preferentemente seguido para la exposición de este tema, profesor Luis Díez Picazo, "el arbitraje se desenvuelve, siempre en torno a un litigio, el arbi-

1. *Ley sobre Arbitraje de Derecho Privado*, B.O.E. de 24 de diciembre de 1953.

2. DÍEZ PICAZO, Luis y DE LEÓN, Ponce, "El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos", Editorial Bosch, Barcelona, 1957, pág. 67.

3. DÍEZ PICAZO, Luis, *op. cit.*, pág. 74.

trio en torno a un negocio. El árbitro es el juez de un litigio, el arbitrador (no confundir con nuestro "árbitro arbitrador") es el juez de un negocio".⁴

En conclusión, el arbitraje tal como nos interesa considerarlo en el futuro, para los efectos de este trabajo, y con la idea de no confundirlo con otras figuras que se le asemejan, resulta ser instrumento para la solución de conflictos de intereses, pero no cualquier tipo de conflicto, sino aquellos que tienen por objeto la solución de un litigio o pleito. Son los conflictos que alcanzan esta categoría los que son llevados a arbitraje.

La conclusión anterior lleva implícita una crítica al artículo segundo supracitado de la ley española, pero no nos interesa insistir aquí sobre una posición doctrinal que ha sido sabiamente tratada, a nuestro juicio, por la doctrina española, sino referirnos inmediatamente a nuestra propia legislación en aras de comprobar el tratamiento que tal normativa procesal da a estos temas.

Una rápida lectura del título quinto, libro segundo del Código Procesal Civil, costarricense, nos permite afirmar, sin mayor preámbulo, que a diferencia de la legislación española sobre arbitraje privado, nuestra ley somete a una misma regulación las situaciones antes delimitadas de procesos arbitrales propiamente dichos, y de intervenciones de terceros que la doctrina denomina "arbitrios de un tercero". Lo anterior se desprende sin más, del artículo 395 del Código de rito, que en sus dos primeros párrafos reza lo siguiente: "Toda cuestión de diferencia patrimonial entre particulares puede ser sometida por ellos a sentencia compulsiva de árbitros arbitradores o de árbitros *juris*, aun cuando penda entre los mismos litigio judicial. Toda cuestión o diferencia, entre particulares respecto a la estimación de alguna cosa o a la ejecución de cualquier obra o sobre puntos técnicos, puede ser sometida por los interesados a la decisión pericial de prácticos o profesionales".

El artículo 396 por su parte, continúa yuxtaponiendo, cual si se tratase de instituciones similares, el nombramiento de árbitros con el de peritos, al incluirlos en la misma forma referida a nombramiento de los mismos. No obstante, el artículo 396 introduce una diferencia importante, a la vez que lógica, pues mientras indica por un lado que "los árbitros pueden ser nombrados por las partes, o por los tribunales", señala en otro de sus

aportes que "los peritos serán nombrados según lo hubieran convenido las partes, y a falta de ese convenio o en la imposibilidad de acatarlo, el nombramiento se hará de acuerdo con las disposiciones fijadas en el juicio ordinario de mayor cuantía". Queda claro entonces que mientras en el arbitraje son los tribunales quienes directamente y conforme a las reglas del mismo título eligen o designan los árbitros en ausencia de designación de los mismos por las partes, los cuales se escogen dentro de una lista conformada por la Corte Suprema de Justicia, en el caso de arbitraje *juris*, (artículo 396, párrafo segundo), los peritos no elegidos de mutuo consenso por las partes, lo son por el juez o alcalde a quien correspondiera, siguiendo para ello disposiciones propias del juicio ordinario de mayor cuantía.

En este último caso, y a diferencia del procedimiento seguido en el arbitraje *juris*, el juez no está obligado a realizar la selección de perito de entre ninguna lista preelaborada, sino que tal nombramiento se hará discrecionalmente, atendiéndose únicamente a la norma según la cual, y tratándose de cuestiones técnicas, "harán la designación en una persona que tenga título en la ciencia o arte a que corresponda el punto sobre que ha de rendirse dictamen, de honorabilidad y competencia reconocidas, y que no tenga nexos de parentesco o de amistad íntima o de cualquier otra naturaleza, o dé motivo de enemistad con las partes". Si el dictamen versare sobre puntos o cuestiones que no exijan conocimientos técnicos, se deberán seguir similares criterios que los ya apuntados, pero sin el requisito del conocimiento de una ciencia o arte sobre los que versare el difiendo (artículo 289, CPC).

Por su parte, el artículo 396 del Código Procesal costarricense sujeta el nombramiento de árbitros y peritos a iguales reglas en cuanto a integración del órgano (unipersonal o colectivo), igual jurisdicción para resolver con autoridad de cosa juzgada, y en cuanto a atribuciones meramente adjetivas como las de recibir declaraciones, hacer notificaciones, tomar juramentos, etc. (artículo 397, CPC).

La confusión entre ambos institutos procesales es clara, pues el artículo 401 habla incluso de una similar potestad para dictar "fallos" por árbitros y peritos, a lo que debería agregarse que todo

4. Díez PICAZO, Luis, *op. cit.*, pág. 75.

este título de nuestro Código se encuentra redactado bajo la denominación genérica de "juicio arbitral". Es evidente para nosotros que las reglas contenidas en toda esta sección del Código de Procedimientos Civiles fue diseñada para la regulación de arbitrajes de Derecho Privado, y por ausencia de un claro deslinde normativo con respecto a figuras procesales distintas, fue incluida de contrabando la designación de peritos, cuya normativa debe atenderse a uno de dos casos: o se le asigna potestades de verdaderos árbitros, en cuyo caso dejan de ser peritos, en sentido técnico, para convertirse en árbitros, o su función se limita a la intervención que otras normas procesales y sustantivas les asignan en el ordenamiento jurídico, sin otorgar eficacia jurisdiccional a sus dictámenes, tal cual es el caso de los árbitros, tanto *juris* como árbitros arbitradores. Recordemos en efecto, y para el caso de estos últimos, que si bien arbitraje y proceso son instituciones distintas, el ordenamiento jurídico atribuye a determinados extremos del arbitraje —ejecutoriedad, cosa juzgada, etc.—, la misma eficacia que al proceso, por lo que se afirma que el arbitraje tiene "eficacia procesal".

La temática que ahora tratamos, nos refiere directamente a la importante discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, con lo cual nos separamos ya del caso más próximo de arbitrio de un tercero, para continuar en adelante el tratamiento exclusivo del arbitraje.

Sabido es que la doctrina del Derecho Procesal ha discutido sobradamente sobre la naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje. No creemos que conforme a los objetivos del presente trabajo nos sea posible ni debido detenernos ahora en este punto. Si nos parece relevante en cambio explicar que si bien es cierto, no llega en nuestros sistemas jurídicos el árbitro a disponer de la potestad coercitiva que tienen los órganos jurisdiccionales del Estado —prisión del deudor, secuestro de bienes, etc.— su decisión resulta equivalente a la sentencia judicial, o al menos puede llegar a serlo, previa homologación judicial, cuando este requisito existe en el ordenamiento de que se trate.

Conforme a lo anterior, esta figura procesal —el arbitraje— que tiene en su origen un acuerdo

de partes, y cuya paternidad por tanto se imputa al régimen contractualista, recibe la tutela del Estado a efecto de que la labor de los árbitros resulte equiparada a la función jurisdiccional de Derecho Público del juez ordinario, en elementos centrales como es el valor de la sentencia y su efectividad procesal ulterior. Podría decirse entonces, siguiendo a un conocido procesalista hispanoamericano, que la situación jurídica del árbitro "varía, pues, entre la inmediata superior a la de un perito o experto con facultad decisoria sobre el punto de hecho y la inmediata inferior de la que es propia de un juez; sin perjuicio de que, dados ciertos presupuestos, el resultado, de su actividad pueda ser idéntico al que produce un juez".⁵

B. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

Pese a que en la práctica, sobre todo del arbitraje comercial internacional, ha decaído la diferencia entre estos dos tipos de arbitraje, gracias a los poderes cada vez más amplios que se otorgan a los árbitros para decidir sobre el derecho aplicable y las reglas del arbitraje en general, lo cierto es que tanto los ordenamientos jurídicos internos, como los organismos internacionales —a través de los convenios sobre la materia— continúan utilizando la terminología clásica que distingue al arbitraje de derecho o *juris*, del arbitraje de equidad.

La legislación sobre arbitraje interno, en Costa Rica, reproduce la tradicional bipartición, señalando al respecto que "toda diferencia patrimonial entre particulares puede ser sometida por ellos a sentencia compulsiva de árbitros arbitradores o de árbitros *juris*, aun cuando penda entre los mismos litigio judicial" (artículo 395, CPC).

La distinción entre árbitro *juris* y árbitro arbitrador, es concordante con la que hace la doctrina entre árbitros *iudex* o de Derecho y árbitros de equidad, según deban resolver conforme a reglas de Derecho Objetivo, o según su leal saber y entender, cláusula esta última conocida como "*ex aequo et bono*", respectivamente. Por su parte, el arbitraje de Derecho puede ser de dos tipos, según se trate de un proceso en que las partes han señalado el derecho aplicable por el juzgador o según nos hallemos frente a la situación por la

5. BARRIOS DE ANGELIS, Dante, "Naturaleza jurídica del arbitraje privado. Su proyección en la práctica", Revista de la Corte Española de Arbitraje, volumen I, 1984, pág. 57.

que las partes han confiado a los árbitros determinar el derecho aplicable. En este punto, hay una clara inclinación doctrinal por considerar que ante el silencio de las partes en cuanto al derecho aplicable del arbitraje, corresponderá a los árbitros esa determinación.⁶

Curiosamente, en Costa Rica, no aparece claramente establecida alguna exigencia específica en cuanto a la debida indicación por las partes del derecho aplicable al arbitraje. Ni siquiera contiene el título quinto del libro segundo del Código Procesal Civil, dedicado al juicio arbitral, norma determinada que obligue a las partes a consignar en el compromiso arbitral si el arbitraje es de derecho o de equidad, así como tampoco contiene este título definiciones conceptuales que permitan deslindar dentro del derecho patrio, lo que debemos entender por arbitraje *juris* y arbitraje de árbitros arbitra- dores.

En el artículo 399 CPC, que es el numeral donde se establecen los requisitos de forma del compromiso arbitral, no recoge en ninguno de sus incisos la obligatoriedad de hacer alusión al tipo de arbitraje. Se trata pues de una omisión que el juez encargado de homologar el compromiso arbitral deberá exigir a las partes llenar, pues aunque el artículo 399 no lo indique expresamente, está claro del contexto de los tres capítulos que conforman el título, y de la regulación doctrinaria sobre arbitraje, que es requisito "*sine qua non*" del compromiso indicar al menos si se trata de un arbitraje *juris* o de un arbitraje de equidad. En el caso concreto de la legislación procesal costarricense, tal diferencia es fundamental a los efectos de determinar el procedimiento posterior, pues ella contiene disímiles regulaciones en cuanto a aspectos básicos, como nombramiento de los árbitros, facultades de los mismos, recursos contra el laudo, etc. según nos encontremos en uno u otro caso. De allí que resulte necesario, repetimos, que el juez o alcalde a quien corresponda homologar el compromiso de arbitraje exija el cumplimiento del requisito de indicar cuál es la naturaleza del proceso arbitral.

Una duda distinta se nos plantea en la hipótesis de que, habiendo señalado las partes el tipo de arbitraje, y habiéndose inclinado por un "juicio

de árbitros *juris*", no establezcan sin embargo cuál es el derecho aplicable. Conforme al artículo 399 del CPC, no encontrándose tal exigencia dentro de las que prescribe esta norma, sería de dudosa legalidad el que pudiera exigírseles bajo sanción de no homologar el compromiso, tal inclusión, tomando en cuenta, sobre todo la naturaleza privada del arbitraje y el papel preponderante que juega el principio de la autonomía de la voluntad en este tipo de procesos.

Habría que distinguir sin embargo, ante la laguna que se apunta, entre las normas adjetivas o procesales que regirán el proceso arbitral, y el derecho de fondo, propiamente dicho, con fundamento en el cual se fallará la contienda. En lo que se refiere al primer punto, la omisión de las partes en relación con el derecho aplicable no tiene en realidad mayor trascendencia, pues la regulación del procedimiento viene ya dada por el mismo Código de Procedimientos Civiles, ya sea en los artículos 405 a 417 para el juicio de árbitros *juris*, o en los que van del numeral 418 al 424 para el juicio de árbitros arbitra- dores, a lo que habrían de sumarse las normas que diferencian ambos procedimientos en el capítulo I, del título quinto.

Donde realmente nos encontraremos con la laguna que estaría dejando sin resolver la legislación y el compromiso arbitral sería en el derecho sustantivo aplicable, pareciéndonos más lógica la solución que apunta a considerar que ante el silencio de las partes habría un encargo táctico a los árbitros, para que fueran ellos quienes decidan el derecho objetivo y de fondo que aplicarán en la resolución del arbitraje.

En materia de nombramiento de los árbitros, claramente distingue nuestra legislación procesal en cuanto al procedimiento que se seguirá en cada uno de los casos. En el arbitraje *juris* los árbitros podrán ser nombrados por las partes, sea directamente o indicando el procedimiento para elegirlos o en su defecto por los tribunales ordinarios, según sistema de sorteo de entre una lista previamente elaborada por la Corte Suprema de Justicia tratándose de asuntos correspondientes a alguna de las cuatro provincias que se localizan en la parte central del país; nombramiento por el tribunal que corresponda, según reglas de discrecional-

6. "El silencio del pacto arbitral sobre la forma del procedimiento implica el atribuir al árbitro o árbitros competencias para dirigir el trámite del modo que consideren apropiado, siempre que las partes sean tratadas con igualdad y cada una de ellas tenga la oportunidad de presentar sus pruebas y argumentos". DUNSHEE DE ABRANCHEZ, Dr. C.A., "El acuerdo arbitral", artículo publicado en la obra "El arbitraje comercial de Iberoamérica", publicación del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1982, págs. 11 y 12.

lidad para el juez o alcalde, cuando el asunto se conozca en jurisdicción de cualquiera de las tres provincias restantes del país.

En los procesos de arbitraje de equidad también se encuentran facultadas las partes para el nombramiento de sus árbitros, sea indicándolos de antemano en el compromiso arbitral o mediante señalamiento del procedimiento para elegirlos. En ausencia de nombramiento o de indicación de procedimiento para su nombramiento, los árbitros serán escogidos por el tribunal que conozca del asunto, conforme a reglas de discrecionalidad que deben atender en todo caso a que los árbitros no guarden nexos con las partes y se trate de persona honorable, apta para el cargo.

Analizadas en su conjunto y en detalle las reglas que contiene nuestro Código Procesal sobre nombramiento de árbitros, no pareciera tener espacio en nuestra normativa el sistema según el cual cada parte es representada en el proceso por un árbitro, como tampoco la variante según la cual un tercer árbitro sería de nombramiento de los dos árbitros que representan a cada parte. El artículo 397 del CPC, reza al respecto: "El tribunal arbitral será unipersonal o colectivo, según convengan las partes, pero si fuere colectivo, el número de personas que lo integre debe ser impar". De allí pudiera inferirse que el nombramiento de los árbitros debe ser consensual por las partes en contienda, no siendo aplicable pues el sistema parte-árbitro.⁷

C. Cláusula arbitral o compromisoria y compromiso arbitral.

Conforme al artículo 1386 de nuestro Código Civil, el compromiso de partes para someter a decisión de árbitros o arbitradores sus "cuestiones actuales", reviste el carácter de contrato típico, precisamente denominado por dicho Código "contrato de compromiso". La normativa alrededor de este contrato es raquítica, remitiendo el artículo 1392 ibídem, en lo que fueran aplicables respecto del contrato de compromiso, a las reglas y limitaciones que prescribe ese cuerpo de leyes respecto del llamado contrato de transacción. A ellas, volveremos cuando examinemos el objeto de los acuerdos arbitrales.

Pues bien, la redacción del artículo 1386 CC no nos dice nada nuevo en cuanto a la naturaleza contractual que evidentemente tiene el compromiso de someter una controversia al conocimiento de árbitros, aunque debe hacerse notar que la regulación adjetiva de los procesos arbitrales a que se refiere el Código Civil, no se encuentra en este Código, sino en el capítulo denominado "juicio arbitral" del Código de Procedimientos Civiles, lo cual dice de la naturaleza jurisdiccional o pública que acompaña en un segundo momento a la figura del arbitraje. De allí el carácter mixto y si se quiere "*sui géneris*" de esta institución procesal, casada con el derecho de fondo y el derecho procesal, como forma de realización de la voluntad de las partes.

El otro aspecto digno de ser reseñado respecto del artículo 1386 del CC, es su autolimitación a una sola de las especies que componen el género "acuerdo arbitral" (*arbitration agreement, acord arbitral*), al no referirse a las llamadas cláusulas compromisorias y contemplar únicamente el compromiso arbitral sobre una controversia actual. Sabido es que el acuerdo de partes por el que ellas se obligan a someter parcial o totalmente una o varias controversias a arbitraje, puede manifestarse de dos distintas maneras. "La primera cuando ya existe una controversia perfectamente caracterizada y las partes han acordado el nombre o nombres de los árbitros y demás elementos del procedimiento arbitral. Esta primera forma de acuerdo arbitral es conocida como el compromiso (*compromis, submission, agreement*). La segunda forma es la cláusula compromisoria (*clause compromissoire, submission clause*) incluida en el contrato para establecer la obligación de que todas o algunas de las controversias futuras, resultantes de dichos contratos, sean sometidas a la decisión del árbitro o árbitros. . .".⁸

La legislación procesal costarricense, en el capítulo primero, sobre "disposiciones generales" del juicio arbitral, tiene en la mayor parte de sus normas, como punto de partida, la existencia de un compromiso con indicación mínima de: a) exposición y enumeración de los hechos en que las partes estén de acuerdo, con toda claridad y preci-

7. Tal es el criterio que sostuvo el procesalista costarricense Dr. Olman ARGUEDAS SALAZAR en su artículo: "El arbitraje en Costa Rica", y que nosotros compartimos. Publicación del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1982, pág. 107.

8. DUNSHEE DE ABRANCHEZ, Dr. C.A., "El acuerdo arbitral", artículo publicado en la obra citada *supra*, "El arbitraje comercial en Iberoamérica", pág. 8.

sión; b) exposición y enumeración de los hechos en que las partes están en desacuerdo expresando el motivo o motivos de disidencia; c) indicación exacta de las pretensiones de las partes y de los puntos de discrepancia; d) determinación precisa de las cuestiones que se someten a la decisión del tribunal de arbitraje; e) indicación del personal fallador o del procedimiento para nombrarlo, o expresión de que no existe tal acuerdo, así como de los términos que se le concedan a ese personal para el estudio, preparación y fallo, con indicación final de si las partes renuncian a todo recurso contra la sentencia arbitral o si se reservan tal derecho; f) indicación de si las partes consideran el negocio de menor a mayor cuantía; g) fijación de honorarios para árbitros y auxiliares, de suma prudencial para otros gastos y costes, salvo que se trate de árbitros que sean al mismo tiempo funcionarios o tribunales de justicia; y h) indicación de si las partes se exigen fianzas de costas y por qué suma (artículo 399 CPC).

No obstante, en el artículo 398 del mismo Código de rito podemos leer el siguiente tenor: "la estipulación de que serán resueltas por árbitros o arbitradores las cuestiones que pueden surgir de determinado negocio, da derecho a cada uno de los contratantes, una vez que se presenten las cuestiones previas, para obligar al otro a que otorgue el compromiso, y si se negare a ello, será responsable al pago de daños y perjuicios, y el juez redactará la exposición y bases del compromiso, procediendo luego al nombramiento de árbitros en la forma indicada en el artículo 396".

Es claro que la norma antes transcrita se refiere a las llamadas cláusulas compromisorias, insertas dentro de un contrato.⁹ Lo interesante de este artículo, más que su referencia puntual a las cláusulas sobre arbitraje, resulta de la forma de solución prevista para los casos de incumplimiento del pacto arbitral. Lo anterior por cuanto ha sido preocupación de la doctrina el que algunos ordenamientos nacionales consideren este tipo de cláusula como simples obligaciones de hacer y no como acuerdos arbitrales completos, por lo que la contumacia de una de las partes para suscribir el compromiso, y con ello dar marcha hacia adelante

al procedimiento del arbitraje, solo puede ser sancionada con el pago de daños y perjuicios; solución esta última que en poco ayuda a la parte que sí desea el arbitraje, por la dificultad de demostrar tales daños y perjuicios. Por lo demás es claro que en esa hipótesis, la cláusula arbitral no habrá cumplido su fin de expeditar la resolución de un conflicto, pues en última instancia y a falta de compromiso deberán las partes acudir a la jurisdicción civil ordinaria.

De este modo, lo importante de la norma contenida en el numeral 398 del CPC, es el aportar una solución más justa, permitiendo al juez sustituir la voluntad de las partes, para lo cual se le autoriza a redactar las bases del compromiso, y proceder al nombramiento de árbitros. Véase además, que bajo el silogismo legal del artículo 398, no solo se termina considerando la cláusula arbitral como un pacto arbitral "completo", y por tanto capaz de poner en funcionamiento toda la maquinaria procesal del título quinto, sino que se establece también una sanción clara para quien incumple, aneja a la solución que derive del incumplimiento. Nos referimos al pago de daños y perjuicios por el contumaz en favor de la parte que solicita el arbitraje. Claro está que estos daños y perjuicios, en justicia, deberán estar limitados por relación causa efecto, a los que se deriven de la negativa a suscribir el compromiso, siendo por tanto independientes de los daños y perjuicios que pudieran derivarse del resultado del laudo arbitral.

La observación final del párrafo anterior nos demuestra algo que, para la mayoría de la doctrina dedicada al tema del arbitraje, resulta ser una conclusión obligada, y es la de que en realidad la cláusula compromisoria viene a ser un contrato independiente inserto dentro de otro contrato principal, no debiendo confundir por tanto la validez y efectos de uno, con la validez y efectos del otro, no obstante reconocer lo íntimamente ligados que en la práctica devendrán la validez de uno y otro.

La diferenciación anterior ha resultado clave en el arbitraje internacional, en aplicación de convenios como el de New York de 1958, por ser propio de los árbitros el examinar en un primer momento la legalidad de la cláusula arbitral, con

9. En su artículo "El arbitraje en Costa Rica", presentado por el Dr. Olman ARGUEDAS SALAZAR, profesor costarricense, al Seminario Iberoamericano de Arbitraje Comercial, celebrado en Madrid, en abril de 1977, se sugiere la siguiente redacción a título de cláusula compromisoria: "ambos contratantes convienen en que cualquier diferencia que surja con motivo del presente contrato, será sometido a arbitraje conforme al compromiso que en su oportunidad se confeccionará". "El arbitraje comercial en Iberoamérica", op. cit., pág. 104.

independencia del objeto del contrato principal, y ser tarea del juez nacional el examinar ambas legalidades hasta en un segundo momento y conforme a criterios más restringidos (por tratarse de normas de excepción para el no reconocimiento y ejecución de un laudo ya fallado en el extranjero o con arreglo a ley distinta a la del foro).

Igualmente resulta de vital importancia esa diferenciación, para los efectos de eventuales excepciones de incompetencia de jurisdicción o de *litis pendencia*, ante cuyo examen el juez nacional que conoce de un proceso que tenga por objeto una controversia sujeta a compromiso de arbitraje, deberá examinar en primer término, la validez de la cláusula arbitral, antes que la legalidad del contrato principal. En nuestro país, tratándose de arbitraje interno, y sin que por tanto prejuzguemos la solución para las normas que regulan el arbitraje internacional, resulta difícil decidir si en situaciones como las examinadas deberían prosperar excepciones como las de incompetencia de jurisdicción, o *litis pendencia* (caso en el que hay un proceso arbitral en marcha y simultáneamente se plantea el asunto en la jurisdicción ordinaria).

A nuestro juicio, y aunque el Código de Procedimientos Civiles no contenga una norma clara al respecto, la respuesta debe ser afirmativa, pues a tenor del párrafo primero del artículo 395 CPC, el pacto arbitral es válido aun cuando penda entre las partes litigio judicial. Ciertamente que el artículo 414 del mismo CPC contiene una solución propia para el caso de compromiso que se celebra encontrándose en trámite el mismo asunto y pendiente de fallo en primera instancia. Sin embargo, este nos parece una solución particular, con detalles que le son propios, pues en realidad, en esa hipótesis el arbitraje se convierte en una especie de transacción aceptada por ambas partes de un juicio sometido a la jurisdicción ordinaria.

Como veremos más adelante al tratar el tema del arbitraje internacional, en ese terreno se ha aceptado que la cláusula de arbitraje sin más, siendo válida y eficaz, fundamenta la excepción de incompetencia de jurisdicción aunque se trate de una excepción para ser conocida únicamente a solicitud de parte, y nunca de oficio.¹⁰

D. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional.

La diferencia entre arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional no tiene carta de nacionalidad en nuestros viejos códigos de procedimientos civiles hispanoamericanos, como tampoco en la Ley Española de Arbitraje Privado de 1953, aún vigente.

Precisamente, refiriéndose a esta última legislación, don Jesús Marina Martínez Pardo, magistrado vocal del Consejo General del Poder Judicial Español, emite las siguientes críticas: "Es muy formalista, el arbitraje para ser eficaz necesitaría ajustarse a las prescripciones de esta ley, según dice el artículo primero. El compromiso arbitral, para que produzca efectos, debe ser formalizado judicialmente. No hay arbitraje sin controversia previa. Los árbitros deben ser siempre designados de común acuerdo entre las partes y carece de valor el pacto de diferir a un tercero la facultad de hacer elección. Con esta ley, solo cabe el arbitraje *ad hoc* y se dificulta la actividad de la Corte de Arbitraje, organismo que existe cada día en más países. Es una ley muy judicialista; pormenorizada regulación del proceso que se asemeja al judicial y solo en el arbitraje de equidad deja entrever la autonomía del árbitro en cuestiones de tipo procedimental".¹¹

Varias de las observaciones que se hacen a la ley española, según el comentario antes transcrito, resultan plenamente aplicables a la ley procesal costarricense. En nuestro país, podría decirse, de igual forma, que nos enfrentamos a una regulación formalista y judicialista, por la cual todo compromiso arbitral debe ser homologado judicialmente, de previo al nombramiento de los árbitros, quienes incluso son juramentados por el juez o alcalde que conoce del asunto (artículos 399 y 400, CPC). El procedimiento se encuentra regulado de manera reglamentarista, sobre todo para el caso del arbitraje *iuris*, otorgándole al juez o alcalde que homologó en su origen el compromiso la facultad de fallar el asunto, cuando transcurriere el plazo estipulado por las partes, y salvo que estas convinieran en prorrogarlo, sin que se hubiese producido el fallo de los árbitros *iuris* (artículo 417, CPC). Para el caso del arbitraje por arbitradores, si transcurriere el plazo sin

10. Ver de MARTÍNEZ PARDO, Jesús Marina, "Efectos procesales de la cláusula de arbitraje de la Corte Suprema Internacional", Revista de la Corte Española de Arbitraje, volumen II, 1985, pág. 100.

11. "Efectos procesales de la cláusula de arbitraje de la Corte Suprema Internacional", op. cit., págs. 93-94.

sobrevenir el fallo, se tendrá por nulo lo actuado o practicado, debiendo archivar el expediente, en el archivo judicial, en el estado en que se encontrare (artículo 424, CPC).

Tal concepción del proceso arbitral, por nuestras leyes, dificulta indudablemente el llamado arbitraje institucional, aunque no hallándose expresamente prohibido en nuestra legislación procesal, y previa adecuación de sus características a dicha legislación, no vemos razón para que conforme a reglas de arbitraje interno, pudiera en Costa Rica no darse el arbitraje de tipo institucional. Recordemos que el arbitraje institucional es una figura de reciente uso y que tiene como soporte fundamental el impulso recibido por las cámaras de comercio nacionales e internacionales, así como organismos permanentes de carácter internacional, tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y la Conferencia Permanente de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos.

A diferencia del arbitraje *ad hoc*, que es el más usual y que sirve de paradigma a nuestros códigos y leyes sobre arbitraje, en el arbitraje institucional se hace una expresa remisión por las partes, ya en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral, a las reglas de arbitraje y a la forma de procedimiento de determinada institución. En consecuencia, el pacto arbitral termina incorporando a su normativa, todas las disposiciones que al efecto ha preestablecido la institución escogida para confiar en ella el arbitraje. De este modo, las reglas de arbitraje de la institución escogida, pasan a tener fuerza contractual entre las partes.

En este sentido, es mundialmente conocido y aplicado en la actualidad el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, recomendado en su uso a todos los Estados que integran la Organización de las Naciones Unidas, según resolución 31-98 de la asamblea general, celebrada en fecha 15 de diciembre de 1976.

En el ámbito de nuestros países, son conocidas por su prestigio en la administración de arbitrajes comerciales internacionales, la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París,

y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), con sedes en Río de Janeiro y Washington.

Además de la diferencia señalada, con respecto al arbitraje *ad hoc*, en cuanto a forma y contenido del acuerdo arbitral, el arbitraje institucional se distingue "por el hecho de que las partes al firmar el compromiso o el contrato en el cual se incorporan las reglas del arbitraje de la institución especializada, requieren automáticamente los servicios administrativos de la misma".¹²

Las dificultades para un arbitraje institucional con arreglo al ordenamiento interno que regula el arbitraje en Costa Rica saltan a la vista. Tal hipótesis solo podría cumplirse en el supuesto de que la institución que administre el arbitraje se sometiera de previo en su propia reglamentación, a las exigencias de la legislación costarricense; lo cual como dijimos no es al menos, jurídicamente imposible. No obstante, es obvio también, que en tal circunstancia el arbitraje institucional termina desnaturalizándose, al conceder una libertad restringida a la institución administradora, contraria a la teoría y práctica que dieron origen a su nacimiento, cual fue la de independizar precisamente el arbitraje, del ámbito judicial, para regularlo por reglas expeditas y propias del comercio internacional, dando paso ya no solo a una nueva normativa procesal en materia de arbitraje, que agilice los conflictos entre contratantes de ámbito internacional, sino incluso a una nueva normativa de fondo, en cuyo espectro se abre paso una nueva "*lex mercatoria*" internacional.

Volveremos sobre estos últimos puntos en la segunda parte del presente trabajo.

E. Objeto del arbitraje.

Aun cuando el artículo 395, párrafo primero, del Código de Procedimientos Civiles extiende el objetivo del arbitraje, a "toda cuestión de diferencia patrimonial entre particulares", es lo cierto que el Código Civil, en su libro IV, dedicado a los contratos delimita mediante una mayor concreción conceptual y la imposición de algunas prohibiciones, el campo de operación del arbitraje.

Por el artículo 1392 CC, le son aplicables al arbitraje las reglas y limitaciones establecidas para el contrato de transacción, por lo que resulta pro-

12. DUNSHEE DE ABRANCHEZ, Dr. C.A., "El acuerdo arbitral", *op. cit.*, pág. 14.

hibitivo el someter a proceso arbitral la comisión de un delito, lo cual deriva, a nuestro juicio, no solo de la expresa mención de los delitos de "orden público" a que refiere el Código Civil, sino de la naturaleza misma del Derecho Penal, resultando por ende indiferente que se trate de responsabilidad penal por la comisión de un delito de acción pública, de acción privada, o de acción pública e instancia privada. Es posible someter a arbitraje en cambio, todo lo relativo a responsabilidad civil proveniente de delito (artículo 1375 CC).

Tampoco podrían llegar a acordar las partes en conflicto, el someter a proceso arbitral la determinación del estado civil de las personas, ni la validez del matrimonio, aunque sí podrían llegar a serlo los derechos que de la declaración de estado civil pudieran deducirse a favor de una persona siempre y cuando ello no implique declaración sobre adquisición o pérdida de estado civil (artículo 1376 CC).

Resultaría igualmente nulo el compromiso arbitral que tuviere por objeto delito, dolo o culpa futuros, así como la responsabilidad que nazca de ellos; sobre la sucesión futura o sobre la herencia, antes de abrirse la testamentaria del causante; y sobre derecho de recibir alimentos, salvo que se trate de pensiones alimenticias ya debidas (artículo 1377 CC).

Finalmente, y de gran importancia en la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, resulta nulo por expresa prescripción legal, el arbitraje sobre cualquier negocio decidido judicialmente mediante sentencia irrevocable, aunque esta fuese ignorada por alguna de las partes, o por todas ellas (artículo 1379).

En su artículo "*El arbitraje en Costa Rica*", del profesor Olman Arguedas Salazar, publicado junto con otros comentarios y artículos de ilustres procesalistas iberoamericanos bajo el título "*El arbitraje comercial en Iberoamérica*", se agregan a la lista de materias para las que estaría negado jurídicamente el proceso de arbitraje, las siguientes: marcas de fábrica o patentes, por ser el Estado quien mediante acto propio de naturaleza pública otorga tales derechos y la quiebra, por ser condición del comerciante que proviene de la resolución judicial.¹³

Las observaciones anteriores del profesor costarricense, nos llevan a pensar de que en realidad, todos aquellos derechos que provengan de un acto de la administración pública y que tengan por objeto el ostentar una titularidad que esa administración puede otorgar o revocar según normas de Derecho Público, no pueden ser objeto de arbitraje, independientemente de la condición de comerciantes que puedan tener tales titulares. Verbigracia: las autorizaciones que otorga el Estado para operar un vehículo como taxi, o para operar un autobús dentro de una línea de autobuses, derechos para venta de lotería, etc.

En todo caso, y vistas las limitaciones que en Costa Rica podrían reducir el objeto del arbitraje, lo cierto es que su campo de aplicación sigue siendo enorme, pues cubre prácticamente todo el derecho patrimonial, con las excepciones vistas en materia subordinada a normas de Derecho Público o a otras ramas del Derecho, que como en el caso del Derecho Laboral, contienen sus propias instituciones de arreglo de conflictos y de arbitraje.

F. Partes en el arbitraje.

De acuerdo con el texto del ya antes citado artículo 395 del Código Procesal Civil costarricense, tanto las personas físicas como las jurídicas pueden someter sus diferencias a procesos arbitrales, puesto que no se hace diferenciación en cuanto a ellas en el articulado. Por lo que se refiere a la capacidad de esas partes, y en vista de la remisión que señalábamos líneas atrás hace el Código Civil la figura de la transacción, dicha capacidad vendría dada por la igual facultad de enajenación de bienes y derechos.¹⁴

Ello afecta, doblemente, a particulares, y lógicamente, a las personas de Derecho Público. En cuanto a las primeras, resulta claro que no podrían ser partes en un arbitraje quienes se encuentren en estado de interdicción, o quienes no hayan alcanzado aún la mayoría de edad, necesaria para enajenar sus bienes. En cuanto a las segundas, ya el mismo artículo 395 CPC, hace referencia a ellos, señalando la capacidad del Estado y sus instituciones para someterse a arbitrajes según las reglas de ese título, previa autori-

13. ARGUEDAS SALAZAR, Dr. Olman, "*El arbitraje en Costa Rica*". *op. cit.*, pág. 105.

14. En efecto, el artículo 1373 del Código Civil, textualmente expresa: "Sólo lo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos".

zación del Poder Legislativo o Ejecutivo, según correspondiere, situación que se encuentra hoy reglada por la Ley General de la Administración Pública.¹⁵

En cuanto a la postulación procesal de las partes, el artículo 399 CPC, expresamente indica que el compromiso arbitral cuya calificación se pedirá homologar al juez que corresponda, deberá ir suscrito, además de las partes, por un abogado autorizante, quien será responsable de la redacción y técnica del mismo. Nótese que un mismo abogado puede, en consecuencia aparecer patrocinando la solicitud de ambas partes, sin que sea necesario el patrocinio, en este momento procesal, de un abogado para cada parte.

Salvo la autorización de letrado que en este caso concreto se exige y que acompaña la solicitud de los interesados, no vuelve la legislación procesal costarricense a referirse a este tipo de requisitos, por lo que cabe entender que en los procedimientos que realicen las partes ante el tribunal patrocinio de letrado. Distinto es el caso de gestiones varias que puedan presentar las partes durante el curso del procedimiento arbitral ante el juez homologante, pues aquí regirán las reglas comunes en materia civil sobre necesidad de au-

tenticación de las firmas por parte del letrado, (artículo 1050, CPC).

Por lo demás, nada impide que las partes se hagan representar, tanto en el compromiso arbitral como en las gestiones ante los tribunales ordinarios o el tribunal arbitral, por medio de apoderados, siempre y cuando se sigan las normas que al efecto establece nuestra legislación civil en materia de contrato de mandato, así como para la representación de una persona en juicio (artículos 1052 y siguientes, CPC).

En cuanto a este último, pareciera que el poder entregado a abogado para actuar en juicio de árbitros debe ser un poder general judicial (artículo 1269 CC) y no simplemente poder especial judicial, dada la expresa prohibición del artículo 1054 del Código de Procedimientos Civiles para que una persona que ostenta este último tipo de poder pueda comprometer un negocio en árbitros.¹⁶ Esta interpretación nos parece sin embargo algo ajustada, siendo más propio pensar que esa prohibición se refiere únicamente al momento de someter el compromiso formal a la homologación judicial, mas no en los momentos posteriores del proceso, en que sí podrá actuar quien ostente poder especial judicial para ellos (artículo 1053, CPC).

III. BASE LEGAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO COSTARRICENSE

A. Criterios de diferenciación con respecto al arbitraje interno.

No encontramos en la legislación de Costa Rica ni en los principales convenios internacionales suscritos por el país que regulan el arbitraje comercial internacional, normas específicas cuyo objeto sea diferenciar el arbitraje interno del arbitraje internacional, lo cual no quiere decir que en

los convenios que se citarán, no se introduzcan elementos que permiten tal distinción.

Por lo anterior, resulta necesario remitirnos a la doctrina del Derecho Procesal y del Derecho Internacional Privado, así como a algunas normas de los principales tratados que regulan a nivel internacional estas materias.

15. Ley General de la Administración Pública, Art. 27, Inc. 4).

16. Expresa el artículo 1054 del CPC: "El poder especial judicial cualquiera que sea la forma en que se otorgue, no autoriza para traspasar o gravar bienes, transigir o comprometer el negocio en árbitros, recibir dinero u otros valores, salvo que el poder expresamente, y no por referencias o deducciones, consigne sus facultades".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Para el profesor brasileño C.A. Dunschee de Abranchez, "El arbitraje se conceptúa como interno si las partes en el acuerdo arbitral tienen su domicilio en el territorio del mismo Estado y pactan que el laudo será preferido en el respectivo territorio, sometiéndose así a la ley nacional". Por exclusión, agrega este mismo autor, "califícase como internacional en relación con un determinado Estado, el arbitraje cuyo laudo ha sido dictado en el exterior o una de las partes está domiciliada fuera del territorio nacional".¹⁷

En contraposición a la tesis anterior, y siguiendo el criterio de los más recientes tratados internacionales que se han firmado en el campo del arbitraje —siendo sin duda el más importante de ellos, por su universalidad y por el claustro materno en que vino a la vida, el Convenio de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, firmado en New York el 10 de junio de 1958—, se dice que el domicilio de las partes no resulta ser determinante de la extranjería del arbitraje. Tampoco serían elementos diferenciadores de arbitraje interno y externo, el lugar donde se resuelva el arbitraje o la nacionalidad de las partes.¹⁸

Se afirma, por otros, que en la determinación de la extranjería de una sentencia (cuyos criterios nos pueden resultar útiles a los efectos de diferenciar dos tipos de arbitraje), puede atenderse a dos situaciones:

- 1) La sentencia arbitral tiene la nacionalidad del país donde se pronuncia.
- 2) Tiene la nacionalidad, sea cual fuere el lugar de su pronunciamiento, dependiendo de la ley aplicada al procedimiento.¹⁹

En realidad, como bien lo afirma el profesor Antonio Remiro Brotons en la misma obra donde cita los dos criterios arriba mencionados, ellos no resultan suficientes para cubrir toda la gama de posibilidades que nos ofrece el arbitraje comercial moderno, pues aun bajo el caso contemplado en la segunda situación, no sabríamos dónde colocar las sentencias que han sido dictadas con arreglo a las normas de una institución administradora de

arbitraje, como podría ser el caso de las sentencias arbitrales que dicta la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París.

Podría argumentarse entonces que más allá de un criterio restrictivo de "ley" aplicable, lo que diferencia la sentencia extranjera, y también al arbitraje internacional, es el régimen a él aplicable, con lo cual no cabría problema a la hora de situar las sentencias de una corte arbitral privada, pues, aun bajo esos supuestos, hay siempre un régimen internacional normativo que garantiza la efectividad del arbitraje, y que en ciertos casos regula el arbitraje mismo, llámese ese conjunto normativo Convenio de New York de 1958, Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional, o Convenio Europeo sobre el Arbitraje Comercial Internacional.

Lo anterior nos coloca ante la disyuntiva, de obtener un concepto de arbitraje internacional, a partir de la exégesis de las normas de Derecho Internacional, hoy contenidas en los tratados que regulan la materia. De este modo los criterios diferenciadores con respecto al arbitraje interno nos los darán tales convenios internacionales, a falta de normativa nacional, que como en el caso de Costa Rica nos defina puntualmente uno y otro tipo de arbitraje.

Siguiendo este método, por nosotros recomendado, sugeriríamos la referencia concreta al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras de 1958, más conocido como Convenio de New York. En este convenio, ratificado por Costa Rica por decreto legislativo minero 6.165 de 15 de noviembre de 1977 podemos leer en su artículo primero, lo siguiente: "La presente convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución".

17. DUNSCHÉE DE ABRANCHEZ, Dr. C.A., *op. cit.*, pág. 7.

18. Así, por ejemplo, en "Panorámica española del arbitraje comercial internacional", del profesor Bernardo, CREMANDES, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1975, págs. 36 y 37.

19. REMIRO BROTONS, Antonio, "Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras", Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunido, S.A., Madrid, 1980, pág. 49.

Claramente se desprende, del texto anterior, que los criterios utilizados por los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas firmantes del tratado para la aplicación del Convenio, fueron dos: 1) que se trate de una sentencia dictada en el territorio de un Estado distinto, naturalmente siempre y cuando esa sentencia se haya dictado conforme a los requerimientos que otros artículos del convenio expondrán; ó 2) sentencias no consideradas como nacionales por el derecho interno de cada Estado, precisamente porque han sido dictadas conforme a un régimen jurídico internacional diferente, cual puede ser el que establece ese mismo convenio o el que establecen otros convenios internacionales ratificados por el país donde se pretende ejecutar la sentencia arbitral.

Es interesante conocer, que durante la Conferencia Internacional en que se aprobaría el Convenio de New York, Italia propició una enmienda para la aceptación de una facultad de reserva, por la que los Estados pudieran negar aplicación al Convenio "cuando ambas partes son nacionales, tienen su domicilio o residencia en su territorio y la diferencia. . . carece de conexión razonable fuera del territorio nacional" o "cuando ninguna de las partes es nacional de un Estado contratante o está domiciliada o reside habitualmente en su territorio". La enmienda propuesta fue rechazada.²⁰

Partiendo pues de la gran acogida que en todo el orbe ha tenido el Convenio de New York y su aplicación general en todos los continentes, deberíamos concluir en que ciertamente no son ya elementos como el domicilio de las partes o la nacionalidad de esas partes, como se creyó en otros tiempos, lo que determinan la calificación del "arbitraje internacional", sino que ello dependerá fundamentalmente, y mientras los ordenamientos jurídicos internos no legislen al respecto, de los regímenes de aplicación que establezcan los convenios internacionales sobre el arbitraje suscritos por los distintos Estados que forman la comunidad internacional. Por lo demás, según iremos analizando en este trabajo, los criterios que se utilizan

en los principales convenios tienden a coincidir en la conceptualización de un régimen arbitral internacional, en materia comercial sobre todo, cuyas notas características son la informalidad y el amplio poder concedido a las partes y a los árbitros para resolver sus diferencias conforme al derecho que más convenga a esas partes. En otras palabras, la tendencia actual es a conceder una amplia libertad negocial conforme a los principios de la autonomía de la voluntad.

B. Base legal del arbitraje comercial internacional en Costa Rica.

Tal como se indicara en el aparte anterior, la legislación costarricense no contempla el arbitraje comercial ni el referido a otras materias, de ámbito internacional. También es preciso indicar, que tampoco contempla nuestro Código de Procedimientos Civiles, en su título II del libro IV, capítulo segundo, que es el dedicado a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, norma alguna que pudiera indicarnos que dentro de las sentencias extranjeras susceptibles de ser ejecutadas en Costa Rica, se encuentran las arbitrales. Todo lo contrario, la omisión expresa a estas sentencias lleva a pensar que siguiendo criterios de derecho interno, exclusivamente, no sería posible ejecutar sentencias arbitrales extranjeras en nuestro país.²¹

En efecto, el artículo 1020 del CPC, que encabeza el capítulo referido, nos habla llanamente de tribunales extranjeros, sin que ninguna otra norma anterior o posterior de carácter interno autorice a pensar que dentro de esos tribunales se ha pensado contemplar los de carácter arbitral, máxime partiendo del carácter judicialista y centralista que hemos visto sigue nuestro sistema de arbitraje.

Pues bien, habría que decir que las normas jurídicas por las cuales el concepto de "tribunales extranjeros", contenido en el artículo 1020 del Código Procesal, se nutre a efecto de hacerse extensivo a los tribunales arbitrales extranjeros, son aquellos contenidos en varios convenios inter-

20. Esta situación es citada por el Prof. Antonio REMIRO BROTONS, en su obra ya antes mencionada, *"Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras"*, pág. 58.

21. Esta es la conclusión a la que llega el profesor costarricense Dr. Olman ARGUEDAS SALAZAR cuando expresa: "Hay que partir necesariamente de que la ley procesal civil es esencialmente territorial y que una determinada actividad procesal puede ser aprovechada en el extranjero y viceversa, pero ello debe estar regulado en la ley. Entonces, si nuestra ley habla de 'tribunales', entendemos que esa expresión se refiere solo a los tribunales jurisdiccionales y no a los arbitrales, porque siendo estos la excepción a la regla debieron haber estado comprendidos expresamente en la norma, lo que no ocurre". *Op. cit.*, pág. 111.

nacionales suscrito por Costa Rica, con posterioridad a la vigencia del Código de maras. Según nuestro criterio, la acción extensiva a que nos referimos en el párrafo anterior, se inicia con la ratificación por nuestro país del Código de Derecho Internacional Privado, más conocido como Código de Bustamante, aprobado en la VI Conferencia Panamericana, celebrada en La Habana el 13 de febrero de 1928.

El Código de Bustamante, en sus artículos 423 a 430, contiene una serie de reglas fundamentales para la ejecución de todo tipo de sentencias civiles o contencioso administrativas, dictadas en uno de los Estados contratantes. Pues bien, en su artículo 432, dicho Código expresa lo siguiente: "El procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores, se aplicarán en los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables compondores, siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite".

Ciertamente, la Delegación costarricense firmó la convención, con la expresa reserva de que se suscribía la misma en todo aquello que no estuviera en contradicción con su legislación interna; lo cual se incluyó en el Congreso de la República en el decreto legislativo de ratificación, haciendo extensiva la reserva a la legislación interna que se produjera en el futuro. No obstante, no existiendo en el Código Procesal costarricense, ni en ninguna otra norma jurídica, regla alguna por la que pudiera haberse entendido prohibida la ejecución de una sentencia arbitral en Costa Rica, y siendo la redacción del artículo 1020 del CPC lo suficientemente amplia como para no oponerse expresamente al artículo 432 del Código de Bustamante, no vemos razón para no considerar vigente en nuestro país, en todo aquello que no se oponga a tratados posteriores sobre ejecución y reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras, de firma posterior, el Código de Bustamante.

Es claro para nosotros que la aplicación del Código de Bustamante para sentencias arbitrales extranjeras es hoy más una curiosidad jurídica

que un problema real, toda vez que encontrándose vigentes para nuestro país el Convenio de New York de 1958 y el llamado Convenio de Panamá de 1975, mucho más amplios y completos en su redacción y ratificados sin reservas por nuestro país, son estas y no otras las reglas jurídicas que informan el arbitraje internacional en Costa Rica.²²

Los esfuerzos panamericanos por constituir un sistema de arbitraje uniforme se remontan a los años posteriores a la fundación de la Unión Panamericana. Sabemos hoy, para citar tan solo algunos cuantos hitos históricos, que la Séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Montevideo en diciembre de 1933, en su resolución número cuarenta y uno, autorizó la creación de una agencia comercial interamericana, una de cuyas funciones sería el establecimiento de un sistema interamericano de arbitraje comercial.

En 1934, representantes de la Asociación Americana de Arbitraje —asociación norteamericana— y el Consejo de Relaciones Interamericanas fundaron la Comisión Interamericana de Arbitraje, instando a cada República el nombramiento de representantes de entre hombres de negocios, así como la creación de comités nacionales. El primer presidente de la comisión fue el norteamericano Spruille Braden.

Se asegura que esta comisión conoció en el lapso de 12 años más de mil causas sometidas a ella. No obstante, con la llegada de la Guerra Mundial, perdería importancia.

Las funciones de la comisión y de sus comités nacionales, incluyen:

- 1) El mantenimiento y administración de un sistema de arbitraje para la solución de quejas y controversias provenientes del intercambio y comercio entre las repúblicas americanas.
- 2) La promoción del uso uniforme y difundido de la cláusula del arbitraje y de la comisión en los contratos comerciales interamericanos.
- 3) Modernización y estandarización de la ley y procedimiento arbitral en todas las repúblicas americanas de acuerdo con los principios adopta-

22. Igual apreciación podríamos hacer respecto a otros tratados en materia de arbitraje suscritos por nuestro país, con carácter bilateral, tales como: Tratado de Conciliación, Arreglo Judicial y Arbitraje entre Costa Rica y Suiza, de 15 de enero de 1965; Convención de Arbitraje entre Costa Rica e Italia, de 8 de febrero de 1910; Convención sobre Arbitraje entre Costa Rica y Nicaragua, de 28 de junio de 1889; Tratado de Arbitraje entre Costa Rica y Portugal, de mayo de 1914, y Tratado de Conciliación y Arbitraje entre Costa Rica y el Reino de Italia, de 31 de octubre de 1933.