

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



I CONGRESO NACIONAL SOBRE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CONFERENCIA: EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

EXPOSITOR: DR. CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

ÍNDICE

	Pág.
I. Nociones sobre arbitraje comercial internacional.	14
1.1. Concepto de arbitraje	14
1.2. Materias objeto de arbitraje	14
1.3. Clases de arbitraje	16
1.4. La transacción y la conciliación	17
II. Características del arbitraje comercial internacional.	18
2.1. Los árbitros	18
2.2. Instituciones que arbitran	20
2.3. Tipos de litigios que se arbitran	20
2.4. Ventajas y dificultades del funcionamiento del arbitraje	21
III. El procedimiento arbitral.	23
3.1. Formalización del arbitraje	23
3.2. Reglamentos de procedimientos de arbitraje y conciliación	26
IV. Intervención del Poder Judicial y la Ley Modelo de UNCITRAL.	30
4.1. La Ley Modelo de UNCITRAL	30
4.2. Intervención del Poder Judicial	31
V. Conclusiones y recomendaciones.	34

EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

I. NOCIONES SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1.1. Concepto de arbitraje.

Puede definirse como una técnica para la solución de conflictos, que consiste en poner voluntariamente en manos de un tercero la solución de los mismos, comprometiéndose las partes a respetar la decisión que aquél tenga a bien tomar.

Características del arbitraje:

1. El arbitraje es un MEDIO por el que cualquier conflicto puede ser resuelto.
2. Los conflictos se resuelven por ÁRBITROS que son neutrales y específicamente nombrados.
3. Los árbitros actúan en virtud de la AUTORIDAD conferida por las partes en el acuerdo arbitral.
4. Es un sistema PRIVADO de pronunciar sentencias; son las partes y no el Estado quien controla los poderes y deberes de los árbitros.
5. El LAUDO es final y concluyente y pone término al conflicto.
6. El procedimiento arbitral y el laudo son independientes del Estado. Los tribunales ordinarios solo intervendrán para dar eficacia al laudo cuando las partes no lo cumplan.

Concepto de arbitraje comercial internacional.

Técnica para la solución de un conflicto vinculado a una relación jurídica o contrato celebrado entre partes residentes o domiciliadas en países diferentes, sean personas naturales o jurídicas, siempre que esa relación jurídica o contrato tenga naturaleza comercial.

1.2. Materias objeto de arbitraje en el arbitraje comercial internacional.

(i) ¿Qué es arbitrable?

Que la controversia sea arbitrable es el primer requisito, pues si la materia objeto de la

discusión no es susceptible de transacción o de compromiso en un determinado país, el orden público impide que sea sometida o sujeta a arbitraje.

Si llegase a constituirse un arbitraje internacional sobre un asunto que no puede ser objeto de arbitraje según la ley de un país, el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral podrán ser impugnados en ese país. Así lo establece expresamente el artículo 5, inciso 2, de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por Costa Rica, cuando señala que se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Similar disposición contiene el artículo 5, inciso 2, de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá en 1975, de la cual Costa Rica también es ratificante.

(ii) ¿Qué es comercial?

Para algunos son comerciales los comportamientos cuya causa final es lucrativa. Para otros los actos realizados por los comerciantes.

La Comisión de las NNUU para el Derecho del Comercio Internacional, UNCITRAL, ha definido el tema adoptando una posición amplia en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Es así como en el pie de página del artículo 1, párrafo 1, se señala como con posibilidad de someterse a arbitraje: "Todas las relaciones de índole comercial contractuales o no, comprendiendo entre otras:

- cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios
- acuerdo de distribución
- representación o mandato comercial
- transferencia de créditos para su cobro ("factoring")
- arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing")
- construcción de obras, consultoría, ingeniería
- concesión de licencias
- inversión, financiación, banca
- seguros
- concesión de explotación
- asociaciones de empresas ("joint venture"), y otras formas de cooperación industrial y comercial
- transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

Es aceptado generalmente que tampoco comprende este tipo de arbitraje comercial los conflictos entre Estados, en estos casos se aplica la solución de disputas dentro del Derecho Internacional Público.

Es distinto el caso cuando el Estado interviene en un acto de comercio, como cualquier comerciante, sometiéndose a las reglas del comercio internacional.

(iii) ¿Qué es internacional?

El carácter internacional del arbitraje comercial se puede derivar de un doble punto de vista de conexión:

- a) Subjetivo: que las partes que intervienen en el conflicto sean de diferente nacionalidad o posean diversa residencia.
- b) Objetivo: por el objeto del litigio, pues las partes pueden ser de una misma nacionalidad o igual residencia, pero la relación comercial sea internacional.

En la Ley Modelo de UNCITRAL el carácter internacional de un arbitraje comercial lo define en su artículo 1, párrafo 3: "Un arbitraje es internacional si:

- a) Las partes al celebrar el Acuerdo Arbitral tienen establecimiento en Estados diferentes.
- b) Uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos:
 - el lugar del arbitraje
 - el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial
- c) Las partes han convenido que la cuestión objeto de arbitraje está relacionada con más de un Estado".

En consecuencia definir si una controversia puede o no ser sometida a arbitraje depende de tres factores:

- a) Su "arbitrabilidad", si la materia objeto de discusión puede ser objeto de arbitraje, salvo que una norma de orden público lo impida.
- b) Su "comercialidad", que la controversia tenga carácter comercial.
- c) Su "internacionalidad", definido ampliamente en la ley modelo UNCITRAL.

En Costa Rica según el artículo 1392 del Código Civil, al serle aplicable al arbitraje las reglas y limitaciones establecidas para el contrato de transacción, no pueden ser objeto de arbitraje:

1. La comisión de un delito. Sí lo relativo a la responsabilidad civil proveniente de delito (art. 1375 CC).
2. Estado civil de las personas ni validez del matrimonio. Sí los derechos que se deriven de la declaración del estado civil de una persona.
3. Delito, dolo o culpa futuros.
4. Sucesión futura o sobre herencia.
5. Derecho de recibir alimentos, salvo pensiones alimenticias ya debidas (art. 1377 CC).
6. Cualquier negocio decidido judicialmente mediante sentencia irrevocable, aunque

fuese ignorada por alguna de las partes (art. 1379).

7. Marcas de fábrica o patentes, por ser el Estado quien mediante acto propio de naturaleza pública otorga tales derechos.
8. La quiebra, por ser condición del comerciante que proviene de resolución judicial.

Ciertamente el campo de aplicación es enorme, pues por arbitraje se puede resolver prácticamente todo derecho patrimonial.

El artículo 507 del Código Procesal Civil de Costa Rica así lo establece al señalar que "podrán someterse a proceso arbitral todas las pretensiones patrimoniales" y en el artículo 43 de la Constitución Política se establece que "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente".

Sólo existe un caso: representación de casas extranjeras, pues el artículo 7 de la Ley 6209 sobre protección al representante y distribuidor de casas extranjeras señala que: "La jurisdicción de los tribunales costarricenses y los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta ley, serán irrenunciables".

Esta competencia exclusiva de los tribunales nacionales, impide sea materia arbitrable los litigios derivados de la Ley 6209.

Se incluye a los tribunales arbitrales, por tanto, sí es posible el arbitraje interno, lo que estaría vedado es el arbitraje realizado en el extranjero.

1.3. Clases de arbitraje.

1. Interno o internacional.
2. Ad-hoc o administrado.
3. De derecho o de equidad.
4. Forzoso o voluntario.

1. Arbitraje interno y arbitraje internacional.

Las características del arbitraje internacional ya han sido definidas anteriormente.

El arbitraje interno es el que se celebra en un país, de acuerdo a las normas legales de dicho país y para que tenga eficacia en el mismo. En el arbitraje interno se deberán cumplir las normas del país en cuanto a las reglas re-

lativas a las partes, a la materia que puede ser objeto de arbitraje y a su ámbito de aplicación.

2. Arbitraje ad-hoc y arbitraje administrado.

- a) En el arbitraje ad-hoc las partes regulan en forma autónoma todo lo necesario para atender un determinado conflicto o controversia. Deciden sobre:

- Número y designación de los árbitros.
- Procedimiento arbitral.
- Lugar del arbitraje.
- Idioma.
- Ley aplicable.
- Honorarios, costos, etc.

También denominado Arbitraje Personalizado, dado que en este caso las partes designan expresamente a determinadas personas. Lo hacen pensando en sus concretas y determinadas calidades y en la confianza que les merece.

- b) En el Arbitraje Administrado las partes se someten a un Centro Permanente de Arbitraje que:

- Aplica un determinado reglamento que suele ser internacional.
- Designa o propone los árbitros
- Fija el lugar y forma de determinar honorarios, costos y vigila el desarrollo del arbitraje.

En definitiva, un Arbitraje Administrado ofrece a las partes mayor seguridad y confianza en que el resultado será rápido, eficiente e independiente.

En lugar de designar árbitro a una persona física, es preferible encomendar a una institución de arbitraje la solución de conflictos que puedan surgir en una relación contractual. La institución arbitral difícilmente desaparecerá. Las partes eligen así la institución que por su experiencia y prestigio les merece mayor confianza. Es decir, la que a través de su actividad diaria es buena garantía de eficaz gestión y acreditada neutralidad. A la institución arbitral se le encomienda la labor importantísima de

designar los árbitros si faltara el acuerdo al respecto entre las partes, al igual que la labor de controlar imparcialmente la recusación que los árbitros pudieran realizar las partes en el conflicto. La institución arbitral, además, vigilará el procedimiento arbitral en todas sus fases, respaldando el laudo final con la autoridad del prestigio, no sólo del árbitro que dicta la sentencia, sino de la institución en cuyo marco se ha realizado el procedimiento arbitral. El arbitraje institucional supone un verdadero refuerzo de la actividad concreta de los árbitros, quienes se saben respaldados por una entidad especializada en temas arbitrales; de esta forma, se facilita el recurso a personal auxiliar especializado (expertos técnicos, asesores, traductores...). El centro arbitral cede, de igual manera, lugares neutrales adecuados para la celebración de las sesiones. En fin, el árbitro se siente seguro al dictar su sentencia porque confía en que la misma pasará por el lógico control institucional del órgano arbitral que, al dictarse la sentencia en su marco y con su respaldo, tiene un interés indiscutible en que el resultado final no venga en descrédito de su labor administradora.

3. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

Esta clasificación está en función de si el arbitraje corresponde ser resuelto por árbitros con arreglo a Derecho o que resuelvan la controversia según su leal saber y entender.

El arbitraje de derecho obliga a los árbitros a emitir un laudo conforme a las disposiciones de fondo, teniendo presente además la jurisprudencia y la costumbre.

Son jueces privados en el más estricto sentido. No se les está dado prescindir de la ley y como los jueces, a falta de norma legal expresa deben aplicar las que la analogía permita y en su defecto, los principios generales del Derecho.

A estos árbitros se les exige que tengan conocimientos profesionales. Incluso la ley interna de cada país, exige el cumplimiento de ciertas formalidades y requisitos como el hecho de ser abogado.

Las partes deciden si será o no un arbitraje de Derecho. En caso que no decidieran

suele entenderse que se trata de un arbitraje de Derecho. En otras palabras, el Arbitraje de Equidad debe optarse expresamente.

El arbitraje de equidad supone la participación de árbitros que resuelven según su leal saber y entender, para lo que no requieren ser profesionales, sino poseer conocimientos y sentido común.

Fallan conforme a la idea de justicia que tienen, a lo que entienden justo.

En el fondo es un arbitraje de conciencia. Con la sola observancia de ciertos principios fundamentales como pueden ser citación de las partes y posibilidad efectiva de prueba.

4. Arbitraje forzoso y arbitraje voluntario.

Voluntario: se origina en la voluntad de las partes. Es lo más común.

Obligatorio o forzoso: se origina en la ley. En Costa Rica lo establece la Ley de Seguros. 30/10/24 N° 12. Art. 25: (ratificado en la ley 5279 del 27/7/73: "Toda cuestión de hecho o de derecho que surja entre el Instituto y el asegurado, relativa al contrato (póliza), será resuelta por el juicio arbitral, excepto en lo que concierne al seguro de riesgos profesionales".

1.4. La transacción y la conciliación.

a) La transacción.

Es la solución que supone un trato directo entre las partes sin la intervención de terceros que puede concluir con una transacción. A fin de facilitar la negociación directa y por ende la transacción, conviene tener en cuenta las disposiciones contenidas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (Viena 80) que en sus artículos 45 al 52 establece los derechos y acciones del comprador en caso de incumplimiento del vendedor, y en sus artículos 61 al 65 se refiere a los derechos y acciones del vendedor frente al incumplimiento del contrato por parte del comprador.

En la transacción existen concesiones recíprocas que se hacen las partes, distinto al arbitraje donde, mediante un proceso, se dicta un laudo que determina a cuál de las partes corresponde el derecho.

En un procedimiento arbitral, las partes pueden llegar a una transacción que resuelve el litigio, el tribunal dará por terminadas las actuaciones, y, si lo piden ambas partes, y el tribunal lo admite, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. En este caso, el laudo no tiene por qué ser motivado.

b) La conciliación.

Cuando las partes deciden la participación de un tercero, éste puede simplemente sugerir soluciones al conflicto, no resolver como en el arbitraje. En este caso estamos frente a la conciliación.

La conciliación tiene un procedimiento sencillo y flexible que puede ser modificado durante su desarrollo por las partes.

El arbitraje es un mecanismo autónomo, la conciliación es un medio instrumental. El laudo tiene título ejecutivo. El documento fruto de una conciliación carece de dicho título, salvo que pueda constituir una transacción.

En la práctica, a nivel de conflictos internacionales, la conciliación se está utilizando con mucha frecuencia y su vigencia es reconocida en las instituciones que arbitran. Es voluntaria, pudiendo las partes recurrir a la conciliación primero y, si fracasa, recurrir al arbitraje que sí es obligatorio.

Características fundamentales de la conciliación:

i) Es de carácter no-procesal.

En la Conciliación, las únicas formalidades admisibles son las que las propias partes de-

seen establecer cuando consideran que son necesarias para el mejor desarrollo del diferendo, aunque la experiencia demuestre que en muchos casos sean prácticamente inexistentes.

ii) Libertad y buena voluntad de las partes.

Estos dos postulados son esenciales en la conciliación al punto que de su respeto dependen directamente el éxito o el fracaso de un acuerdo de conciliación.

iii) Participación de conciliadores especializados.

Una de las aristas más importantes de la conciliación la constituye la presencia de un conciliador especializado, esto es, respetable, imparcial, objetivo, ecuánime, convincente, independiente y con dominio del tema propio de la diferencia a cuya superación trata de contribuir. De su actuación dependerá la forma como el diálogo se desarrolle y, consecuentemente, la concreción o fracaso del arreglo.

iv) Es de carácter reservado.

Los reglamentos de conciliación existentes establecen una "reserva" sobre todos aquellos elementos de juicio o información que hayan allegado las partes a las conversaciones, para que no puedan ser utilizados en el proceso arbitral u ordinario.

II. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

2.1. Los árbitros.

Árbitro es toda persona designada por las partes para que, luego de analizar una controversia, dicte un laudo, sea con arreglo a derecho (abogado) o según su leal saber y entender (lego).

Cualidades: imparcialidad, pues el árbitro es un juez y no un abogado de las partes.

Independencia, dado que no debe existir vínculo económico, de dependencia, de consanguinidad con las partes. En este sentido el Conciliador no debe ser árbitro, ni testigo del arbitraje posterior.

Confianza, porque las partes lo conocen o por la garantía que ofrece la Institución que administra y lo designa.

Conocimiento: experto o no, depende; abogado o no, depende; tal vez combinar en el tribunal el experto, el abogado, el lego, con distinta formación para una decisión más fundamentada y sólida.

De acuerdo al Reglamento de UNCITRAL, utilizado como modelo para el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, las partes son libres para determinar el procedimiento para la designación de los árbitros.

Cada parte designa uno y los dos un tercero. Si una parte no nombra en 30 días del requerimiento de la otra para que lo haga; o si los dos árbitros designados no se ponen de acuerdo sobre el tercero después de 30 días de ser nombrados los designa el tribunal u otra autoridad competente a pedido de una parte.

La tendencia uniforme es permitir a los extranjeros desempeñar la función de árbitros. Así se desprende, por ejemplo, de la Convención Europea de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975.

Composición del tribunal.

El principio básico es el de la libre determinación de los árbitros, número y sus integrantes o sistema de nombramiento. Esta libertad obviamente está limitada por ciertas normas de orden público, como aquellas que fijan los requisitos que deben llenar los árbitros como tales.

La tendencia fundamental es la de indicar un número impar, dejando de antemano a las partes la indicación del número exacto ej.: Venezuela, Colombia, Perú; en algunos países como Uruguay y Nicaragua, expresamente indican el número de árbitros.

El otro sistema utilizado es el de no indicar expresamente el número de los árbitros. Normalmente lo que ocurre es que se crea la figura del tercer árbitro dirimente que debe entrar a decidir los empates, como su mismo nombre lo

indica. Dicha previsión existe en Brasil y Chile principalmente.

Finalmente vale la pena mencionar cómo en la Ley de Arbitraje Comercial Ecuatoriana y en la legislación colombiana la intervención de la justicia ordinaria se ha reducido en forma tal que ante la ausencia de árbitros, dicho nombramiento lo realizan en el primer caso, en la Cámara de Comercio por sorteo y, en el segundo, el Director del Centro de Arbitraje correspondiente.

Los árbitros en Costa Rica.

1. Designación.

En el compromiso arbitral, señalando nombres, apellidos, profesión u oficio y el domicilio o procedimiento para nombrarlos.

Si partes no los nombran lo hace el juez.

2. Requisitos.

i) Abogados, árbitros de derecho.

- Distinguidos.
- Costarricenses.
- Más de 10 años de práctica profesional.

ii) De equidad.

- Aptas para el cargo.
- Sin nexos con los litigantes.

3. Aceptación de los árbitros.

Los árbitros deben aceptar el cargo.

Si no aceptan, es sustituido por las partes.

4. Recusación e impedimento.

No pueden ser nombrados árbitros de derecho o de equidad:

- Quienes tengan motivo de impedimento, recusación o excusa.
- Los incapaces.
- De equidad: los analfabetos.

5. Funcionarios y tribunales de justicia.

Pueden ser investidos como árbitros.

No están obligados a cumplir con el plazo para laudar. (No más de 6 meses).

6. Número de árbitros.

Uno o colegiado (3).

7. Remuneraciones.

Se fija en el compromiso arbitral.

De lo contrario se aplica el artículo 517. Los funcionarios y tribunales en caso que las partes se sometan al órgano jurisdiccional atribuyéndoles capacidad arbitral, no cobran honorarios.

La retribución del o de los árbitros se encuentra garantizada normalmente en el arbitraje institucional por el hecho de que el árbitro percibe su remuneración a través de la propia institución.

En general, los gastos del arbitraje, incluyendo los honorarios de los árbitros, suelen ser fijados por la institución administradora, conforme a unas escalas porcentuales en función de la cuantía objeto del litigio. En la CCI existe una doble escala porcentual de honorarios mínimos y máximos a percibir por los árbitros en función de su intervención, corriendo a cargo de la Corte la definitiva fijación.

En el caso de Costa Rica, el artículo 517, fija las pautas para establecer los honorarios de los árbitros, cuando éstos tienen derecho a cobrarlos.

2.2. Instituciones que arbitran.

En el mundo se han ido estableciendo más de 70 centros de arbitraje que pueden clasificarse en:

- Generales.
- A nivel de productos.
- Generales, como la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, las Cámaras de Comercio, Asociaciones de Arbitraje, Comisión Interamericana de Arbitraje, Cámara de Comercio Internacional de París.
- Especializados, por productos, como la Asociación de Cereales, Asociación de Café, de Granos, Cacao, etc. que reúnen a comerciantes de determinados productos para fines gremiales y además ofrecen el servicio de administrar arbitraje en la rama de producción de su actividad.

Las instituciones que administran cuentan básicamente con lo siguiente:

- Secretaría.
- Reglamento de arbitraje.
- Árbitros.
- Corte o tribunal de arbitraje.

Entre los principales institutos de arbitraje internacionales encontramos la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, que fue fundada en 1919 y adoptó sus primeras reglas de arbitraje en 1922.

En los Estados Unidos funciona la American Arbitration Association (AAA), con sede en Nueva York, de gran importancia en ese país. A nivel interamericano, encontramos la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), fundada en 1934, como consecuencia de la Resolución XLI de la VII Conferencia de Estados Americanos reunida en Montevideo (Uruguay) en 1933. Esta resolución recomendó a las Cámaras de Comercio de los diversos países del hemisferio que preparasen y firmasen una Convención sobre arbitraje internacional, fijando normas de procedimiento en materia arbitral.

Por otro lado en diversos países, las Cámaras de Comercio e Industria, Bolsas de Comercio, Cámaras especializadas y asociaciones profesionales ofrecen sus servicios para dirimir controversias entre los interesados, a través del arbitraje, la conciliación, la mediación, según el caso, a través de la organización de tribunales permanentes o ad-hoc.

2.3. Tipos de litigios que se arbitran.

Revisada la Jurisprudencia en materia de arbitraje comercial internacional de laudos dictados en Estocolmo, París, Nueva York, Londres, Ginebra, Estrasburgo etc., por Centros de Arbitraje como la Cámara Arbitral Marítima de París, la Grain and Feed Trade Association Ltd. (GAFTA) de Londres, la Federation of Oils Smed and Fath Associations Ltd. de Nueva York, la Cámara Arbitral de Estrasburgo, la Federación de Comercio del Café de Londres, se advierte que los litigios objeto de arbitraje son de los mas variados, destacando los referidos a:

- Interpretación de los contratos de compraventa internacional.
- Demoras y daños en el cumplimiento de un contrato de fletamento.
- Incumplimiento en el transporte de mercancías según el conocimiento de embarque.
- Transporte aéreo de mercancías: responsabilidad por pérdida de la mercancía; límite de la responsabilidad.
- Conflicto entre el Convenio Internacional de Nueva York y el Tratado franco-suizo sobre la competencia judicial y la ejecución de los laudos.
- Interpretación de los contratos de fletamento.
- Inejecución de los contratos de distribución.
- Embargo de buques.
- Definición de remuneraciones en un contrato de corretaje o agencia.
- Definir la competencia en base al contrato de fletamento y no al contrato de seguro en un contrato de transporte internacional de mercancías.
- Violación de la cláusula arbitral contenida en un contrato de fletamento.
- Demora en la descarga en contrato de transporte internacional terrestre.
- Régimen de condiciones en un contrato de préstamo internacional.
- Calificación jurídica del buque como establecimiento mercantil.
- Nulidad de un contrato de fianza por insuficiente demostración de la cuantía de la deuda garantizada.
- Verificación de oficio de la arbitrabilidad de una controversia.
- Concesión de derechos a un tercero en un contrato de licencia.
- Omisión de la "cláusula valor" en una letra de cambio para el pago en un contrato de compraventa internacional.

En relación con la institución arbitral con más experiencia, es decir, la Cámara de Comercio Internacional, la naturaleza de los litigios que arbitra es de una gran variedad, destacándose dos grandes categorías: el suministro de equipos industriales y trabajos públicos

de ingeniería (30%) y las transacciones comerciales (25%). Además, se tratan otros asuntos relacionados con contratos de representación de productos farmacéuticos, aparatos de laboratorio, productos químicos, maquinaria agrícola, equipos eléctricos, etc. La propiedad industrial (patentes de invención, procesos de fabricación, marcas comerciales) ocupa una categoría de menor vuelo, junto con los asuntos marítimos, contratos de edición, publicación, disolución de sociedades comerciales, etc. De estos litigios, un 53% son de una cuantía superior a US \$ 200.000.

2.4. Ventajas y dificultades del funcionamiento del arbitraje.

De los factores que mayor incidencia han tenido para el auge del proceso arbitral en la época moderna son, sin duda, el factor tiempo y la necesidad de que los conflictos sean resueltos por expertos en la materia objeto de la diferencia a lo cual, cada día menos responde la justicia ordinaria.

Podría decirse que las ventajas del arbitraje comercial internacional frente a cualquier solución jurisdiccional son las siguientes:

- a) La existencia —y probablemente la inviabilidad inmediata de su constitución— de un tribunal mercantil internacional exige en muchos casos hacer equilibrios en torno a la jurisdicción competente. Muchos contratos se contraen entre partes de diferente nacionalidad y se ejecutan en lugares muy distintos. Una primera dificultad para encontrar el tribunal competente radica, precisamente, en los múltiples puntos de conexión que puedan tener los diferentes aspectos de un contrato.
- b) Además, el tráfico mercantil internacional tiene cada vez más un carácter desnacionalizado. Con dificultad podrían localizarse muchos de estos contratos que diariamente se suscriben en un determinado ordenamiento jurídico y mucho menos en una determinada organización jurisdiccional.
- c) La institución resulta atrayente por el hecho de que la solución jurisdiccional es inevitablemente lenta. Los jueces están sometidos

dos a una norma de procedimiento que difícilmente pueden acelerar si no es en perjuicio de la seguridad jurídica de cuantos pueden y deben intervenir en un determinado procedimiento; no debe olvidarse que el respaldo jurisdiccional no es otro que la propia soberanía estatal y que sólo cuando se cumplan requisitos formales y de procedimiento puede hablarse de una verdadera garantía de la seguridad jurídica. La lentitud del procedimiento se complica enormemente en temas internacionales si es necesario oír testigos que residen al margen de las fronteras, realizar pruebas en lugares distantes donde no puede ejercitarse la soberanía del Estado en cuestión.

- d) El juez es un funcionario y, como tal, alejado del mundo de los negocios. Su decisión estará basada sobre el sentido común, pero no puede pedírsele en la mayoría de los casos una necesaria especialización, que sólo tiene quien habitualmente y por profesión participa en el mundo de los negocios dentro del cual se desenvuelve la relación contractual de los conflictos.
- e) La seguridad jurídica del procedimiento judicial implica necesariamente la publicidad para llamar a quienes puedan estar interesados en el procedimiento y permitirles que manifiesten sus puntos de vista. Muchas relaciones comerciales exigen una decisión sin trascendencia para terceros y amparadas por el secreto profesional de quienes intervienen en el procedimiento.

Por otro lado, los servicios de arbitraje internacional ofrecen sus propias ventajas, pues han sido especialmente concebidos para resolver litigios de naturaleza comercial. Ello se ve confirmado por la gran cantidad de asuntos que ellos tratan cada año y el éxito que alcanzan en la solución de los mismos. Las ventajas pueden sintetizarse del modo siguiente:

Neutralidad.

- Neutralidad de la nacionalidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral.

- Neutralidad del lugar del arbitraje.
- Neutralidad del idioma utilizado.

Flexibilidad.

- Las partes pueden elegir las personas más aptas para resolver el litigio, según un procedimiento apropiado a las circunstancias del litigio. De esta manera las partes, actuando de común acuerdo, pueden derogar parcialmente las disposiciones del Reglamento de Arbitraje y conferir a los árbitros las facultades de amigables componedores, renunciando a todos los recursos que puedan entablar en contra de la sentencia arbitral.

Eficacia.

- La flexibilidad del arbitraje comercial internacional es una garantía más de su eficacia, pues ella favorece las posibilidades de una solución amigable. Por otra parte, la mayoría de las sentencias son cumplidas sin necesidad de recurrir a la ejecución forzada de las mismas. Las convenciones internacionales, asimismo, confieren a las sentencias arbitrales mayor eficacia internacional que a las sentencias ordinarias.

Soluciones internacionales.

- El árbitro puede buscar la ley aplicable al conflicto que sea la más apropiada, según la naturaleza del asunto, sin estar sometido de una manera rígida a los conflictos de leyes estáticas. El conocimiento profundo de las prácticas del comercio internacional le permite aplicar aquellas que mejor se avienen con la materia en disputa.

Es confidencial.

- En el arbitraje comercial internacional las partes conservan su anonimato. Las audiencias no son públicas y ninguna persona, excepto los litigantes, puede recibir copia de la sentencia arbitral.

En razón de las ventajas antes enumeradas, resulta de ordinaria frecuencia que en los contratos internacionales se incluya un acuerdo arbitral y se mencione un Centro de Arbitra-

je Internacional que dé garantías a ambas partes.

¿Por qué, entonces, si la posibilidad del arbitraje está establecida desde hace cerca de 100 años; si ha sido ratificada en diferentes normas legales; si su desarrollo está previsto en los Códigos de Procedimientos Civiles; si hay convenciones internacionales que lo establecen, el arbitraje no ha logrado una aceptación generalizada que lo convierta en un mecanismo usual en la solución de conflictos?

Podríamos mencionar tres aspectos principales que han atentado contra el uso generalizado del arbitraje:

1. En primer término, la mistificación del arbitraje. Algunos de los más expertos juristas se han encargado de rodear de un hábito de misterio la práctica del arbitraje, haciendo olvidar que se trata, simplemente, de una técnica para la solución de los conflictos, consistente en que las partes trasladan la competencia de los jueces especiales para resolver, en derecho o en conciencia, las

controversias que se le sometan convierten el arbitraje en cada vez menos "transparente" y menos accesible a la mayoría de las personas que podrían utilizarlo si lo consideran un mecanismo próximo, cercano a sus posibilidades.

2. Conceptuación "elitista": como consecuencia de su mistificación el arbitraje ha adquirido la imagen de una justicia elitista, a la cual sólo tiene acceso quienes puedan pagar los altos honorarios que le "autoliquidan" los árbitros.

3. La justicia arbitral no ha sido realmente organizada, por tanto no garantiza la celeridad de los procedimientos.

Es así como en la más extendida forma de funcionamiento el arbitraje en Latinoamérica, el "arbitraje ad-hoc", los procesos se desarrollan en las oficinas personales de los árbitros y bajo el inefectivo impulso de secretarios improvisados, circunstancias que en conjunto, generan una nueva lentitud no muy diferente a la de una justicia tradicional que se pretende agilizar.

III. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

3.1. Formalización del arbitraje.

1. Clasificación.

Antes que suceda la controversia:

- Cláusula compromisorio o contrato preliminar de arbitraje, que puede ser independiente o estar incorporado en un contrato; que viene a ser un pacto de someter a arbitraje una futura controversia.

Sucedida la controversia:

- Compromiso arbitral, que es un contrato porque dos o más convienen que una controversia existente sea resuelta por terceros a quienes designan y a cuya decisión se someten.

Sucedida o por suceder la controversia:

- Acuerdo de arbitraje: contrato por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determina-

da relación jurídica, contractual o no contractual.

2. Aspectos básicos a considerar.

Los aspectos básicos sobre los que las partes se ponen de acuerdo en la formalización del arbitraje, son los siguientes:

- árbitros
- procedimiento
- idioma
- lugar/sede
- ley aplicable

En cuanto a los árbitros y al procedimiento nos remitimos a lo ya expuesto.

a) Idioma.

Normalmente no corresponde al de ninguna de las dos partes y conviene que sea de uso internacional: inglés, francés, etc. por su estre-

cha vinculación con los documentos de embarque y las reglas internacionales que suelen formularse en dichos idiomas.

b) Lugar o sede del arbitraje.

En el Acuerdo Arbitral suele adoptarse un lugar neutral.

El lugar del arbitraje tiene estrecha vinculación con la ley aplicable, tanto en cuanto al procedimiento y como al laudo.

Así por ejemplo, la Convención de Nueva York, en su artículo V, 1) párrafo d) establece que, a falta de acuerdo entre las partes en relación a la ley aplicable al procedimiento arbitral, se aplica la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.

En cuanto al laudo, el lugar del arbitraje podrá determinar la llamada "nacionalidad del laudo". En principio el laudo tiene la nacionalidad del lugar donde se dicta.

c) Ley aplicable.

Como la norma suprema del arbitraje es la voluntad de las partes, el árbitro decidirá su laudo así como llevará el procedimiento de acuerdo a la ley y al procedimiento elegido de común acuerdo por las partes y determinado en el Acuerdo Arbitral. A falta de este acuerdo será aplicable la ley que determinen los árbitros.

La ley aplicable tiene que considerarse en dos aspectos: el fondo del asunto y el procedimiento.

1. Ley aplicable al fondo del asunto.

Será el que la voluntad de las partes hubiesen establecido en el Acuerdo Arbitral. Y se completa por los usos del comercio internacional.

Cuando las partes no dijeron nada, se aplicará la ley que determinen los árbitros.

2. Ley aplicable al procedimiento.

Será no tanto la ley aplicable sino más el procedimiento que las partes hubiesen estipulado. Sin embargo, puede suceder que el procedimiento no se pronunciara sobre todos los aspectos, por ejemplo: cuando procede la recusación del árbitro, determinar si el árbitro es o

no competente para pronunciarse sobre un tema, etc. En estos casos la ley procesal aplicable será norma supletoria.

Es conveniente tener en cuenta la Convención de Panamá que señala en su artículo 3 que "a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial" (CIAC).

3. Cláusula compromisoria/Contrato preliminar de arbitraje.

a) Concepto.

Es aquel convenio por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o algunas discrepancias que en el futuro se susciten entre ellas derivadas de una relación jurídica concreta, y que pueden ser objeto de solución arbitral.

b) Características.

- 1) Es un contrato, pues supone un acuerdo entre las partes sobre una declaración de voluntad común.
- 2) Su objeto está dado por la celebración de otro contrato. Lo que las partes buscan es que se dé un nuevo acuerdo de voluntades para que surja el contrato definitivo.
- 3) Sus efectos son futuros.
- 4) Es un contrato preparatorio, en cuanto está destinado a preparar la celebración del contrato definitivo.

c) Formalización.

Es libre, es decir podría ser inclusive verbal. Sin embargo, siendo un contrato preliminar debe seguir la forma de éste. Y la doctrina y los reglamentos exigen que el compromiso sea escrito, por lo que se recomienda que sea escrito.

d) Cláusula compromisoria en Costa Rica.

Sobre los efectos y alcances de la cláusula compromisoria, el artículo 509 del Código Procesal Civil establece: Esta cláusula le da derecho a cada uno de los contratantes, una vez que se presenten las cuestiones previstas para obligar al otro a que otorgue el compromiso, en caso de que no quisiera, se establece a