





PREAMBULO

Por muchos años creímos que para el desarrollo del país bastaba con mejorar la producción, la economía, la tecnología. Ahora nos damos cuenta de que también necesitamos sistemas jurídicos modernos y eficientes que garanticen un clima propicio para la inversión privada y el crecimiento económico. Por ello, los términos "Justicia", y "Derecho", hoy forman parte de la temática del desarrollo.

Heredamos de la escuela exegética francesa una concepción rígida de la aplicación del derecho. El juez, al aplicar la ley debía ser su simple voz: no tenía que hacer otra cosa que establecer los hechos para que la consecuencia jurídica prevista en la norma se produjera en forma automática.

Sin embargo, esa aplicación mecánica del derecho, se enfrenta hoy a una sociedad en la que todo cambia con gran rapidez. Aquella estabilidad que nos proporcionaba el derecho, con reglas claras y permanentes, está desapareciendo.

Hoy la regla es la flexibilidad, pues sólo con una acentuada capacidad de adaptación al cambio podemos avanzar hacia el desarrollo. Ya nos lo advertía Alvin Toffler en "El Shock del Futuro", cuando afirmaba que el mundo iniciaba una era de cambios. Los "vientos del cambio", usando la famosa frase de Harold MacMillan, nos orientan a un mundo de economías globalizadas, de informática y tecnología, de competitividad y progreso.

En lo jurídico, los cambios nos conducen hacia una justicia más participativa y más humana. También, se pretende disminuir el número de casos atendidos por los

tribunales, de forma tal que su labor se restringa a aquellos casos en los cuales por la naturaleza de la disputa es indispensable la intervención del Estado.

Con ese objetivo, el Profesor Victor Manuel Garita, explora en el presente trabajo algunos mecanismos alternativos para la solución de conflictos en el campo empresarial.

"El arbitraje, un nuevo horizonte para la búsqueda de una mejor justicia " es una obra que analiza detenidamente las opciones que podrían presentarse al empresario para la resolución de conflictos en materia comercial, con un marcado énfasis en el arbitraje.

El análisis de la legislación nacional, la referencia a normas extranjeras, la necesidad de reformas legales y reglamentarias, el impulso que debe darse a la mediación y el arbitraje comercial, desde el sector privado, son algunas de las ideas que quedan luego de la lectura del trabajo del Profesor Garita.

Con claridad, independencia de criterio, y profundidad, don Victor nos presenta una obra que sin duda alguna contribuirá al debate nacional que necesariamente debe darse sobre la Resolución Alternativa de Conflictos en materia Comercial.

San José, Marzo de 1995.

Hernando París R.
Director General
Programa RAC

EL ARBITRAJE

UN NUEVO HORIZONTE PARA LA BUSQUEDA DE UNA MEJOR JUSTICIA

Introducción

Pretende este trabajo brindar un aporte en el discernimiento de la realidad del derecho costarricense frente al arbitraje. Ello no implica que se haya hecho un análisis positivo exhaustivo, norma por norma, artículo por artículo, del arbitraje en nuestra realidad jurídica. Tampoco se orienta a brindar una teorización del arbitraje en todos sus aspectos.

En realidad, el propósito se ubica más en el interés de medir la viabilidad del proceso arbitral en la realidad actual de nuestro país, con sus códigos y leyes vigentes. Es decir, se centra en el arbitraje doméstico, dejando de lado la rica veta de análisis que brindaría el arbitraje internacional.

Para ello, resultarán de especial interés las normas que al respecto tiene nuestro Código Procesal Civil en el que se encuentra el eje regulatorio de nuestro sistema. El análisis será, sin embargo, más orientado hacia el perfil general, hacia los institutos, hacia los principios, que a la norma y al detalle. Si será necesario evidenciar la fragilidad y error con los que, al menos a veces, se regulan algunos aspectos. En este sentido, el fácil expediente de recurrir a la legislación comparada no puede ser desperdiciado cuando existen ejemplos exuberantes del "como debería ser".

También interesa hacer el esfuerzo de discernir sobre la esencia de lo arbitrable en la realidad costarricense y un intento de dogmatización de los elementos claves que podrían guiar el examen de lo arbitrable.

Por último, más hacia la sustancia, merece cerrar con un análisis de algunas áreas jurídicas de la realidad costarricense en las que, adelantándonos en materia, podremos decir que su idoneidad para el arbitraje las convierte en objetivos francamente alcanzables para la cultura del arbitraje.

Evidentemente, ni siquiera desde los ángulos que pretenden ser la guía de este trabajo será posible el análisis final o exhaustivo. Sin embargo, si esperamos que pueda ser una luz en el proceso de introspección que pareciera requerir el propio sistema jurídico costarricense en cuanto al arbitraje.

I- ANALISIS DE LA LEGISLACION PROCESAL

1. La Visión del Arbitraje como Instituto Procesal

La legislación costarricense, al igual que la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas, tiene un enfoque fundamentalmente procesalista sobre el arbitraje. La evidencia más clara de ello es que, precisamente, está regulado casi en su totalidad en el Código Procesal Civil. Este constituye un rasgo clásico del arbitraje latinoamericano.

Como lógica consecuencia de esta realidad legislativa, el tratamiento dogmático, doctrinario y académico se ha dado tradicional y predominantemente en esta materia desde la perspectiva procesal.

Es claro, sin embargo, que uno de los aspectos en que se ha manifestado como mayor evidencia la evolución en el arbitraje es, precisamente, en el alejamiento de la perspectiva estrictamente procesalista como punto de referencia obligado. La visión predominantemente procesalista ha propiciado que el arbitraje sea visto, en la práctica, como un "tipo más de proceso" perteneciente a la categoría de los procesos propios de la jurisdicción común y solamente con algunos rasgos distintos.

La ubicación misma que tienen las normas sobre arbitraje en nuestro Código Procesal Civil confirma esta tesis: el arbitraje forma parte --y de hecho es uno-- de los denominados "procesos especiales" regulados en el Código.

Resulta obvio concluir que este acercamiento sobre el arbitraje propicia una preocupación reguladora no sólo eminentemente procedimental sino, particularmente, una visión restringida y limitada en el tanto como "procedimiento especial" que es, debe mantener los rasgos de un proceso propio de la jurisdicción común. Es decir, podrá tener algunas particularidades pero, en esencia, debe mantener los principios y características de un proceso común.¹

Resulta paradójico que siendo un legislación reciente no se hubiera adoptado las nuevas tendencias que al respecto existen. En primer lugar, es cada vez más clara y universal la tendencia de considerar al arbitraje como una materia especial y separada del campo estrictamente procesal; en segundo lugar y como consecuencia de la anterior, es todavía más clara la tendencia a regular el arbitraje en leyes especiales.²

Sin embargo, el tratamiento legislativo que se menciona, es decir, la separación del tratamiento legislativo del arbitraje de los códigos procesales civiles, más bien resulta la consecuencia lógica de lo que se puede considerar como un nuevo acercamiento dogmático y conceptual sobre el arbitraje: el arbitraje no es pura y simplemente un "tipo más de procedimiento";

1 Si, por el contrario, el arbitraje no fuera considerado como un procedimiento especial y se ubicara simplemente en otra parte del Código no existiría la atadura de conceptualizarlo, primero, como un "proceso especial" y, luego, mucho menos debería mantener la esencia de los procesos propios de la jurisdicción común.

2 Solamente a manera de ejemplo, podemos citar los casos de España, Suiza, Holanda, Colombia, Canadá, entre otros.

el arbitraje es, en esencia, una nueva³ y distinta alternativa en la búsqueda del mejoramiento en la obtención de la justicia.

Desde esta nueva perspectiva, el arbitraje se considera como una verdadera fuente de vivificación del derecho mercantil contemporáneo al punto de que, en el contexto del Derecho Mercantil Internacional, el surgimiento de la denominada nueva "lex mercatoria" se encuentra ineludiblemente ligado al arbitraje.

Así como lo hizo el pretor peregrino en el Derecho Romano, o como resultó finalmente con el surgimiento del Derecho Mercantil en la Edad Media, el arbitraje bien puede ser el instrumento de modernización, flexibilidad y agilidad que extrañan los sistemas de derecho privado desde la codificación mercantil francesa de 1807.⁴

Una de las razones por las cuales, en mi criterio, la opción del arbitraje no ha constituido una verdadera alternativa para la resolución de disputas se encuentra en esta atadura procesalista --estrecha en mi criterio-- que ha dominado la tradición costarricense en esta materia. En un eventual proceso de reforma, no hay duda de que éste sería uno de los aspectos a modificar. El arbitraje debe ser objeto de tratamiento legislativo en

3 Resulta paradójico la utilización de la palabra "nueva" cuando, al menos formalmente, el instituto forma parte de la historia legislativa, así como de la "tradición" latina y española, al menos desde el siglo pasado.

4 Ver al respecto, CARTA GONZALEZ (Victor M.) *Conceptual basis for arbitral for Costa Rica: a new approach in Latin America*. Tulane Law Review. New Orleans, Vol.65 No.6, Junio 1991 pp 1633-1660.

una ley especial; no debe ser visto como "un procedimiento más" de los que ya de por sí existen y, desde un punto de vista ideológico, debe ser considerado como una verdadera opción que haga correr nuevos vientos sobre nuestro sistema de derecho privado.

El acercamiento propuesto no supone negar la veta procesalista que, desde luego, tiene el arbitraje. El arbitraje debe tener un tratamiento procedimental armónico, consistente e integrado en lo que corresponda con las normas procesales comunes⁵. Sin embargo, la postura debe ser clara: un mecanismo alternativo para la resolución de controversias solamente se justifica en el tanto constituye también un medio eficaz para la producción de nuevo derecho sustantivo y, desde esa perspectiva, las normas sobre procedimiento deben ser eminentemente instrumentales para la búsqueda de ese fin⁶.

Aunque, según se apuntó, éste sería uno de los principales puntos a tratar en un eventual proceso de reforma, lo cierto es que, dada la realidad legislativa actual de nuestro país, la opción alterna viable y de carácter inmediato es un cambio de perspectiva en la cultura jurídica de nuestro país⁷. Este cambio de

5 Por ejemplo, es perfectamente válido referir en la normas sobre arbitraje a las causales de excusa y recusación que existen para los jueces. Igualmente, es posible referir a las normas sobre acumulación de procesos que bien pueden aplicarse al procedimiento arbitral.

6 Ver GARITA, Op. Cit. p. 1635.

7 De hecho, ese cambio ya se está produciendo. Al menos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ya

perspectiva debe inducir a los abogados, jueces y funcionarios, en general, a comprender y compartir la tesis de que el ámbito regulatorio, conceptual y doctrinario dentro del cual debe ser enmarcado el arbitraje no es, exclusivamente, el Código Procesal Civil. Aún sin reforma legislativa, de conducirse un proceso integral tendiente a desarrollar una efectiva cultura jurídica sobre el arbitraje, muchas de las deficiencias regulatorias que evidencia nuestro Código bien podrían ser subsanadas mediante una actitud fresca y creativa sobre el arbitraje⁸.

2. La Ausencia de un Reconocimiento Expreso del Arbitraje Institucional

Clásica es, como se sabe, la distinción entre arbitraje ad-hoc y arbitraje institucional. En el arbitraje ad-hoc el propósito es el de disponer de normas claras que permitan a las partes que han entrado en controversia resolver sus diferencias en un ámbito estrictamente privado y disponiendo esas partes todo lo relacionado con el "manejo" o "administración" del proceso arbitral. Ellos --y en su defecto la ley-- deben

se enseñan cursos especiales sobre arbitraje y, en general, sobre los mecanismos alternos para la resolución de disputas. No sólo no son conducidos por procesalistas sino que participan expertos de distintas disciplinas, incluyendo algunos que no son abogados y la perspectiva dominante no es, ni remotamente, de carácter procedimental.

8 La realidad es que si se produce un cambio legislativo pero no se estimula la comprensión correcta sobre el arbitraje, bien podría ser el caso de que, al igual que ahora, la visión estrecha, procedimental y de "proceso más" siga dominando. La necesidad, entonces, de un proceso de culturización es impostergable.

definir el proceso arbitral, quiénes serán los jueces, los honorarios que devengarán, el pago de los costos del arbitraje, el tipo de arbitraje y, en general, todo lo que resulte indispensable para la conducción del proceso arbitral. Extinguido el proceso que en forma ad-hoc se creó desaparecerá todo lo relacionado con él.

Por el contrario, en el arbitraje institucional existe una verdadera labor institucional y de administración del arbitraje. El arbitraje, en este caso, se convierte en una actividad habitual, permanente y regular creada, administrada y estimulada por una entidad que, para todos los efectos, se convierte en el soporte indispensable de la conducción ya no solamente del proceso arbitral sino, sobre todo, de la existencia de un mecanismo alternativo para la resolución de disputas de carácter permanente, estable e institucional⁹.

Además de una entidad que jurídicamente se constituya en el soporte operativo, el arbitraje institucional supone i. la existencia de un reglamento que regule el procedimiento arbitral; ii. normas generales relacionadas con la existencia de listas o paneles de árbitros accesibles para las partes cuando

9 El caso de arbitraje institucional probablemente más conocido es el que patrocina la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, Francia. Sin embargo, en Nueva York, Hamburgo, Londres y, recientemente, en Suiza, existen centros igualmente reconocidos en el arbitraje institucional. Recientemente en Guatemala se ha abierto un centro de arbitraje y en Colombia se encuentra probablemente la experiencia latinoamericana más relevante en este campo. Afortunadamente, pareciera ser ya que el arbitraje institucional será una tendencia general en América Latina.

ellas no hubieren deseado (o podido) nombrar los árbitros por sí mismas; iii. normas generales relacionadas con aspectos éticos de los árbitros, aplicables, desde luego, a los seleccionados libremente por las partes o los que resulten nombrados por la propia institución arbitral; iv. normas generales sobre la fijación de honorarios de los árbitros y, en general, sobre los costos del arbitraje; y, por último y sin que esta lista pretenda ser taxativa, v. supone el arbitraje institucional una infraestructura humana, material, organizativa y tecnológica mínima que pueda brindar un soporte administrativo eficiente y riguroso al procedimiento arbitral¹⁰.

Salvo en cuanto al aspecto costo¹¹, son indudables las ventajas del arbitraje institucional frente al ad-hoc. En realidad, es éste el que constituye o puede constituir al arbitraje como un mecanismo alternativo eficiente en la solución de controversias. Por ello, es a este tipo de arbitraje más que al ad-hoc hacia el cual se orientan los esfuerzos de consolidación en épocas recientes.

Lamentablemente, resulta inexplicable que el Código Procesal Civil costarricense no reconozca expresamente el

10 Por ejemplo, y aunque resulte obvio, el arbitraje institucional supone una entidad que tenga instalaciones físicas, fijas y permanentes, una equipo administrativo básico que incluya desde labores secretariales hasta de dirección ejecutiva, sin dejar de mencionar las tradicionales vías de comunicación, como teléfono, apartado, etc. y quizá hasta las más modernas opciones telemáticas.

11 Es evidente que el manejo administrativo e institucional del arbitraje supone un incremento en el costo en relación con el ad-hoc.

arbitraje institucional, como lo hacen las legislaciones modernas relevantes en este campo,¹² ¹³ o como con evidente claridad lo disponen los convenios internacionales que sobre la materia existen.¹⁴

La falta de reconocimiento expreso de este tipo de arbitraje presenta problemas legales prácticos en razón de que tal reconocimiento implica algo más que una mera referencia legislativa. En la práctica, implica la existencia de normas dispositivas que expresamente permitan la iniciación del proceso arbitral por parte de la entidad que administra el arbitraje; la posibilidad de que dicha entidad nombre a los árbitros en caso de que las partes no lo hubieren hecho o instale a los designados por las partes; en general, implica crear la "competencia" adjudicatoria del tribunal arbitral sin que para ello deba intervenir una autoridad jurisdiccional común.

Como se verá luego, cuando se analice la excesiva presencia del juez común en nuestras normas procesales, la iniciación del arbitraje regulado por nuestro Código Procesal Civil supone, además de la suscripción del compromiso por las partes, la

¹² No existe en las explicaciones que se brindan a la redacción del Código Procesal Civil referencias al respecto. Ver Proyecto. Código Procesal Civil 1983. Edición a cargo del Colegio de Abogados.

¹³ Por ejemplo la ley Española. Ley de Arbitraje. 36/1983 de 7 de diciembre de 1988.

¹⁴ Por ejemplo, la denominada Convención de Nueva York, ratificada por Costa Rica en el año 1977. Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, ratificada por Ley No. 6157 de 1 de diciembre de 1977, art. 2.

participación de un juez o alcalde que prácticamente debe "autorizar" la celebración del arbitraje.¹⁵

Una reforma legal daría solución a esta omisión. Sin embargo, como parte de una actitud positiva y creativa, es posible la adopción del arbitraje institucional en nuestra realidad si existe apertura de interpretación.¹⁶ Sugiero que, en reconocimiento ineludible del arbitraje institucional, es viable integrar nuestras normas interpretando, primero, que es posible la existencia de instituciones que administren el arbitraje institucional y que las facultades que confiere nuestro Código al juez (o alcalde) en relación al inicio del proceso arbitral se limitarán a una actividad formal de refrendo en cuanto a lo que al respecto pudiera haber hecho o resuelto el ente administrador o el propio tribunal

¹⁵ El ejemplo claro lo constituye el artículo 516 cuando dice que "Aceptado el cargo por los árbitros y garantizadas ambas costas, el juez o alcalde entregará el expediente al árbitro o tribunal para su tramitación". O, quizá todavía en forma más clara, el artículo precedente (515) autoriza al juez a verificar la legalidad y conformidad del compromiso. Evidentemente, este tipo de juicios corresponden, en el caso del arbitraje institucional, a la entidad que administral el arbitraje o al propio tribunal arbitral pero jamás a un juez de la jurisdicción común. Código Procesal Civil. Ley No. 7130 de 3 de noviembre de 1989, La Gaceta, Alcance No. 35, Arts. 515 y 516.

¹⁶ Cuando ya se menciona públicamente que entidades gremiales (como el Colegio de Abogados, la Unión de Cámaras y la propia Cámara de Comercio) están haciendo esfuerzos para operar centros arbitrales, la solución a este problema parece de carácter inmediato.

arbitral, según corresponda¹⁷. De esta manera, toda la etapa previa a la realización del proceso arbitral (selección e instalación de los árbitros, selección de las normas procesales aplicables, sometimiento del compromiso arbitral, entre otras) serían hechas ante el juez administrador del arbitraje y, luego, sometidas al refrendo del juez (o alcade). Una interpretación más eficiente, oportuna y creativa consistiría en asumir que la intervención del Juez en el inciso del proceso arbitral es solamente necesaria en el caso del arbitraje ad-hoc.

Por último, y como resultado de la ausencia de normas que se refieran al arbitraje administrado, es indispensable mencionar la necesidad de regular la autorización y funcionamiento de centros arbitrales. En razón de que este tipo de centros estarían desarrollando un actividad de interés público (resolución de conflictos) estimo indispensable imponer el requisito de autorización estatal como condición previa al funcionamiento de centros de arbitraje. Al final de cuentas, este tipo de centros estaría desarrollando sustitutamente una actividad estatal y por ello no creo conveniente la instauración de un principio de libre funcionamiento¹⁸ para los centros o institutos arbitrales.

17 Vide la pena reiterar que este no constituye el mejor tratamiento sobre el tema, en vista de que el reconocimiento legal expreso al respecto resulta ser lo verdaderamente correcto. Sin embargo, ante la inminente necesidad de enfrentar el problema, la propuesta me parece que puede resultar una solución paliativa válida.

18 Reconozco que el requisito de autorización previa de los centros arbitrales por parte del Estado no resulta una nota inofensiva en la experiencia contemporánea. De hecho, no conozco un sistema en que se imponga esta condición. Sin embargo, dentro de nuestro contexto, me parece indispensable reservar esta potestad al Estado costarricense.

Ante una eventual reforma legislativa, considero indispensable la incorporación de normas que impongan un requisito de autorización estatal previo al funcionamiento de institutos arbitrales y, consecuentemente, reserven las actividades propias de los centros arbitrales para aquellas entidades que estén debidamente reconocidas. Pero, además, debe incluirse potestades que autoricen la fiscalización constante y permanente sobre estos centros arbitrales ya en la etapa de funcionamiento.

Debe quedar claro, sin embargo, que esta labor de fiscalización debe limitarse a la operación administrativa, y orgánica del ente arbitral y nunca sobre el mérito de los laudos dictados en los procesos arbitrales que se hubieren resuelto al amparo de ese centro arbitral¹⁹.

A quién corresponde o a quién se debería conferir esta competencia es un tema que deberá aborrase a la luz de un proceso de concertación político, en parte, e ideológico en mucho. Bien podría argumentarse que esa potestad debería conferirse al Poder Ejecutivo, al igual que existen razones sobradas para pensar que bien podría ser el Poder Judicial a quien dicha potestad corresponde ejercer²⁰. En

19 Entre otras cosas, la autorización de la operación de un instituto arbitral debe condicionarse a la existencia de reglas sobre el procedimiento, existencia de paneles de árbitros, normas sobre los estándares éticos de los jueces, normas sobre los honorarios de los árbitros u, en general, del costo del proceso arbitral y existencia de una infraestructura operativa mínima.

20 El Ministerio de Justicia, por ejemplo, podría ser dentro de la administración central el órgano a quien esta potestad podría ser conferida. Sin embargo, igualmente podría ser conferido a la Corte Plena sin que existan, en mi criterio, razones contundentes como para inclinarse por una opción u otra.

todo caso y posponiendo la decisión del ente u órgano a quien esta potestad pueda ser conferida, si resulta indispensable el control regulador y fiscalizador del Estado sobre estos entes.

3. Aspectos Terminológicos de la Legislación Costarricense con Relación a la cláusula arbitral

Con significativa flexibilidad, la legislación costarricense denomina el acuerdo arbitral de muy distintas formas. El Código Procesal Civil, por ejemplo, se refiere a él como "cláusula compromisoria"²¹ cuando lo hace en las normas generales sobre el arbitraje; sin embargo, en el listado de excepciones previas se refiere al acuerdo arbitral también como "cláusula de compromiso"²², y, por último, también el Código usa el término "compromiso" en alguna ocasión como sinónimo de acuerdo arbitral²³.

Aunque la flexibilidad apuntada quizá raya con falta de rigurosidad terminológica, es claro que en todos los citados términos el Código se está refiriendo al acuerdo mediante el cual las partes han convenido en discutir sus controversias mediante un proceso arbitral. Una significativa tendencia contemporánea propone el uso de "acuerdo arbitral" como el término que eficientemente expresa el citado fenómeno jurídico. En realidad, la denominación del "acuerdo arbitral" como "cláusula

²¹ Código Procesal Civil, art. 509.

²² Ibid. Art. 298, Inc. 5.

²³ Ibid. art. 518.



arbitral" pareciera aludir al caso particular en el que "el acuerdo arbitral" forma parte de un contrato y, por ello, estaría reconocido en una "cláusula" de ese contrato. Sin embargo, el acuerdo arbitral bien podría ser, en sí mismo, un convenio independiente y, por ello, llamarle indiscriminadamente en este caso como "cláusula arbitral" resultaría evidentemente incorrecto.

Por otra parte, el término "cláusula compromisoria" aproxima (por no decir que confunde) al acuerdo arbitral con "compromiso", propiamente dicho que, como se sabe, ocurre normalmente en un momento distinto a aquél en el que nace el acuerdo arbitral y, en todo caso, tiene un contenido jurídico radicalmente distinto al "acuerdo" puro y simple.

En todo caso, salvo la apuntada falta de rigurosidad, es claro que el fenómeno jurídico denominado por nuestro Código Procesal Civil en forma tan variada es, en esencia, el denominado "acuerdo arbitral"^{24 25}.

4. El Acuerdo Arbitral en el Código Procesal Civil.

El arbitraje encuentra su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad. Todavía más. La

²⁴ En mi opinión, el término "acuerdo arbitral" resulta efectivamente preciso, sencillo y adecuado y sería deseable uniformar la terminología en torno a él.

²⁵ No sobra mencionar que el Código Civil se refiere al acuerdo arbitral como "contrato de compromiso". Así, Código Civil, Art. 1386.

naturaleza misma del acuerdo arbitral es de carácter contractual²⁶.

Esta particularidad del arbitraje excluye en términos generales la posibilidad de un arbitraje compulsorio de origen no contractual.

En todo caso, la naturaleza contractual del acuerdo arbitral requiere una regulación positiva que, al menos, se refiera a la forma que debe tener este acuerdo. De hecho, leyes modelos y leyes que son resultado del generalizado ambiente de reforma en que se encuentra el arbitraje contienen normas expresas que regulan la forma que debe o puede tener el acuerdo arbitral²⁷.

Resulta curioso, sin embargo, que nuestro Código Procesal Civil no hace referencia alguna al mínimo de forma que se le debe exigir al acuerdo arbitral. Esta exigencia resulta evidentemente conveniente y necesaria. El acuerdo arbitral es el resultado de una decisión volitiva y, como tal, requiere manifestación. Por ello, resulta a todas luces prudente imponer positivamente la forma escrita al acuerdo arbitral como un medio de

26 Como veremos luego, las controversias susceptibles a ser sometidas a arbitraje deben ser, al menos, de carácter patrimonial. Con esta característica, pareciera cumplirse con el requisito de que el contrato es una acuerdo de voluntades tendiente a la creación, modificación o extinción de efectos jurídicos de carácter patrimonial.

27 Por ejemplo la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de UNCTRAL adoptada mediante acuerdo por la Comisión para el Comercio Internacional, el 21 de junio de 1985, Art. 2, inc. 2.; o la ley española, Ley de Arbitraje, Art. 5, inc. 1; o la ley holandesa, Ley Holandesa de Arbitraje, de 1 de julio de 1986, Art. 1021.

preservar la certeza de que el arbitraje es solamente posible como acto de voluntad²⁸. Una eventual reforma debería incluir la obligatoriedad de la forma escrita para el acuerdo arbitral.

En otro orden de ideas, resulta significativamente clara la postura de nuestro Código Procesal en cuanto admite la posibilidad del acuerdo arbitral en relación a controversias futuras; es decir, en relación a disputas que no han surgido al momento en que se da el acuerdo arbitral. Como se verá, el acuerdo arbitral implica una renuncia anticipada del derecho de acudir a la jurisdicción común. Esto constituye una nota interesante en razón de que, en general, nuestro sistema no es del todo sensible a la renuncia anticipada de derechos²⁹.

Desde luego que, así como nuestro sistema admite el sometimiento al arbitraje de posibles controversias futuras (y que, obviamente, pudiera ser que no surjan del todo), resulta con mucho mayor razón admisible el sometimiento al arbitraje de controversias que ya han surgido o son pre-existentes al acuerdo arbitral. Inclusive, resulta expreso el reconocimiento de la posibilidad de someter a arbitraje aún disputas que ya son motivo de conocimiento por parte de un tribunal

28 La imposición de la forma escrita excluiría, por consecuencia lógica, la oralidad en el acuerdo arbitral. Se trata de rodear de certeza probatoria la existencia misma del acuerdo.

29 Recordemos el caso de la prescripción que, como se sabe, sólo se puede renunciar a ella en el caso de que hubiere accedido, siendo nula la renuncia anticipada del derecho.

común³⁰ para lo cual, obviamente, las partes tendrían que estar de acuerdo.

En términos generales, el acuerdo arbitral genera en forma automática dos vitales efectos jurídicos: i) produce, según ya se comentó, la renuncia del derecho de acudir a los tribunales comunes, y, aunque parezca obvio decirlo, ii- vincula a las partes a la obligación de acudir a un proceso arbitral para la resolución de la disputa (pre-existente, actual o futura).

La afirmación de que se "renuncia" al derecho de acudir a los tribunales comunes, sin embargo, debe ser correctamente entendida. En realidad, la efectividad de esa renuncia depende de que se haga una oportuna defensa de esa renuncia. Esa defensa consistiría en la interposición oportuna de la defensa previa de "compromiso" o de "cláusula compromisoria" cuando la otra parte que había "renunciado" a los tribunales comunes intente, obviamente en violación a su compromiso, someter la disputa a los tribunales comunes³¹. La no interposición de defensa en tiempo y forma provocaría la ineficacia del acuerdo arbitral y, por ello, y a pesar de la "renuncia", se extinguiría el acuerdo arbitral, se inhabilita la vía arbitral como derecho y se abriría la jurisdicción común sin reservas para las partes.

Como se dijo, el acuerdo arbitral implica el sometimiento a la sede arbitral. Esto implica la obligación de llevar la resolución de la controversia a un

³⁰ Código Procesal Civil. Art. 507.

³¹ Código Procesal Civil. Art. 298, Inc. 5).

proceso arbitral y, sobre todo, impone la obligación de suscribir el compromiso arbitral, que es el instrumento mediante el cual las partes convienen en los aspectos esenciales que requieren para la efectiva activación del proceso arbitral³². En este campo, estimo que, aunque con un cierto avance con respecto al antiguo Código de Procedimientos Civiles, la nueva legislación procesal no ha tenido un eficiente acercamiento en este tema. El artículo 509, que se refiere a los efectos de la "cláusula compromisoria" estable que si una parte se "negare" a suscribir el compromiso arbitral, siempre y cuando esa negativa estuviere demostrada notarialmente³³, podrá el juez redactar el compromiso.

Sin embargo, la demostración "notarial" de la negativa no resulta, como es de suponer, un mecanismo probatorio sencillo cuando hay una parte no sólo renuente sino, además, maliciosa y de mala fe. Por otra parte, resultaría sumamente sencillo para una parte a la que no interesa expedir el camino para el arbitraje "consentir" en forma aparente en su deseo e interés de suscribir el compromiso. Con esta actitud, impediría la posible demostración "notarial" de su negativa y, luego, podría dedicarse pura y simplemente obstaculizar, obstruir, dificultar y complicar la suscripción del compromiso.

En esta situación y ante la imposibilidad de demostrar "notarialmente" la "negativa" de la parte, no

³² El artículo 510 del Código Procesal Civil describe en detalle los requisitos de forma y fondo que deben contener el compromiso arbitral. Ibid., art. 510

³³ Asumimos que debería ser una especie de requerimiento notarial.

se podría acudir al juez para que proceda con la redacción del compromiso. En mi opinión, tanto la negativa de una de las partes de suscribir el compromiso como el hecho de que, de buena o mala fe, las partes no logren voluntariamente su suscripción dentro de un plazo que la ley debería establecer, debe permitir a cualquiera de las partes pedir al juez la redacción del compromiso³⁴.

Finalmente, resulta también extraño el hecho de que nuestro Código no hubiere dado reconocimiento expreso al denominado principio de la autonomía del acuerdo arbitral.

En los casos en que el acuerdo arbitral está representado en una cláusula de un contrato y se alega la nulidad del contrato, es habitual la discusión sobre si la alegada nulidad del contrato provoca, también, la nulidad del acuerdo arbitral y, por ello, se impide el proceso arbitral cuando se alega la nulidad del contrato.

La tendencia en las legislaciones modernas se inclina a reconocer el denominado principio de la autonomía de la cláusula arbitral en virtud del cual la

³⁴ En este caso, la norma debería decir que el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, redactará las bases del compromiso, por ejemplo, dos meses después de que una parte hubiere requerido a la otra en cuanto a su deseo de iniciar el arbitraje. En este supuesto, el juez redactaría el compromiso con fundamento en los que las partes unilateralmente le propongan. A propósito, debería también incorporarse una norma que establecería el efecto interruptor de la prescripción del requerimiento de una parte a la otra de arbitrar la disputa.

"cláusula arbitral" --que como hemos insistido es más bien un acuerdo arbitral-- tiene independencia jurídica en relación con el contrato en el cual se encuentra. Es decir, tiene sus propios requisitos de validez y eficacia. La adopción de este principio conlleva dos consecuencias jurídicas importantes: en primer lugar, la nulidad del convenio principal no implica, al menos automáticamente, la nulidad del acuerdo arbitral; y, en segundo lugar, es posible discutir y declarar en el proceso arbitral la nulidad del contrato.

Es claro que la adopción de este principio no supone la validez per se del acuerdo o cláusula arbitral; tan sólo que el vicio del contrato no necesariamente afecta al convenio arbitral. Así, alegado un vicio de nulidad en el convenio principal, resulta indispensable valorar si afecta también los requisitos de validez del acuerdo arbitral en vista de que bien pueden existir vicios de nulidad del contrato que no necesariamente afecten al acuerdo arbitral³⁵. Por último, también resulta factible al adoptarse este principio, el hecho de que el acuerdo o cláusula arbitral pueda estar viciada de nulidad sin que ello implique, necesariamente, la nulidad del convenio principal.³⁶

³⁵ Por ejemplo, un problema de falta de capacidad en una de las partes afectaría tanto al contrato principal como al acuerdo arbitral. Pero la ausencia de una solemnidad que sea requisito de validez del contrato no afectaría en nada la validez del acuerdo arbitral.

³⁶ Esto podría suceder en los casos de contratos en los que el Estado es parte y no se ha obtenido la autorización legal que sea pertinente para que pueda comprometerse a discutir sus diferencias en la vía arbitral. El acuerdo arbitral sería inválido pero no el contrato mismo.

5. La Competencia del tribunal arbitral

Cualquier legislación moderna debe contener normas fundamentales sobre el tema de la competencia del tribunal arbitral. Lamentablemente, la nuestra no las contiene.

Razones de orden dogmático sugieren que debe definirse los supuestos de incompetencia del tribunal arbitral y, por otra parte, tradicionalmente se ha entendido que razones de orden práctico obligan a tomar postura sobre a quién corresponde decidir sobre los temas de competencia (o incompetencia).

Sin embargo, con respecto a este último aspecto, es decir, a quién corresponde decidir sobre la alegada incompetencia, estimamos que no ha sido correcta la discusión en el tanto igual o más importante que la atribución de esa potestad resulta la definición sobre ante quién y en qué momento es posible revisar (por vía de recurso) lo resuelto en cuanto a la competencia.

Tradicionalmente se consideró que la definición sobre la competencia del tribunal arbitral debía ser hecha por los tribunales comunes. Obviamente, esta tesis parte de una especie de subordinación de la jurisdicción arbitral en favor de la común. La competencia arbitral existe en el tanto le sea reconocida por los tribunales comunes.

La tendencia moderna se inclina abiertamente por la postura de que corresponde al tribunal arbitral la

definición de su propia competencia.^{37 38} Esta es, desde luego, una postura pro-arbitraje y se fundamenta en la creencia de que el conferimiento de esta potestad al tribunal arbitral elimina, en primer lugar, una subordinación innecesaria con respecto a la jurisdicción común y, por otra parte, contribuye significativamente a la posible creación de una dogmática sobre lo arbitrable.

Estimo como conveniente la adopción de la postura según la cual corresponde al propio tribunal arbitral la definición de su competencia.³⁹ Sin embargo, cobra mayor importancia la necesidad de decidir ante quién y en qué momento puede ser revisado lo resuelto por el propio tribunal arbitral.

Una opción es permitir la revisión de lo resuelto sobre competencia al revisarse el laudo dictado. De esta forma, de haberse resuelto favorablemente la existencia de competencia por el tribunal arbitral, se desarrollaría

³⁷ Esta postura es universalmente conocida como la doctrina de "kompetenz-kompetenz". En esencia es tener "competencia sobre la competencia". Más explícitamente, tener competencia aun para decir las alegaciones de incompetencia.

³⁸ Ver, GARRO (Alejandro), El arbitraje en la ley Modelo Propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Arbitraje Comercial y Laboral en América Latina, Transnational Juris Publications Inc., 1990, p. 38.

³⁹ Aunque, según se explicó, nuestro Código no contiene normas al respecto, estimo que tampoco existe impedimento para que se adopte esta tesis. De esta manera, en un arbitraje en Costa Rica, el tribunal arbitral debe decidir sobre todas las cuestiones de competencia.

todo el proceso y, una vez dictado el laudo, podría revisarse por vía de recurso lo resuelto sobre competencia, entre otros aspectos. Este opción tiene el inconveniente de que en caso de prosperar el recurso se habría hecho una inversión de tiempo, esfuerzo y dinero en el proceso arbitral en forma inútil.

Otra opción es la de permitir una revisión inmediata ante los tribunales comunes sobre lo resuelto en materia de competencia. Esta opción, así pura y simplemente, implicaría un entorpecimiento peligroso para el proceso arbitral en razón de que, como se sabe, todo recurso ante los tribunales comunes implica una sustancial inversión de tiempo.

En mi opinión, la postura correcta sería admitir positivamente el principio de que corresponde al propio tribunal arbitral la definición sobre su competencia pero admitiendo, en forma inmediata, un recurso ante los tribunales comunes sin efecto suspensivo sobre el proceso arbitral; es decir, el tribunal arbitral resuelve sobre su competencia pero sería admisible un recurso que de inmediato --sin tener que esperar el laudo-- permita la revisión de lo resuelto por parte de los tribunales comunes; pero el proceso arbitral no se detendría durante el tiempo en que el recurso esté pendiente de resolución.⁴⁰

Resulta obvio de lo expuesto que, independientemente del momento en que se admita el recurso --es decir, ya sea interlocutoriamente o al

40 Obviamente, en caso de que al conocerse el recurso se declare la incompetencia del tribunal arbitral deberá extinguirse el proceso.

revisarse el laudo-- la función de control final sobre este tema corresponde a los tribunales comunes.⁴¹ Cuestión distinta y que requiere una amplia revisión de competencias sería la definición del órgano jurisdiccional al que se le debe asignar esta potestad.⁴²

Paralelamente a lo comentado sobre la competencia resulta todavía necesaria la definición de los supuestos de incompetencia.

Tres, en esencia, pueden ser considerados como los casos fundamentales de incompetencia: i- incapacidad de los sujetos que suscribieron el acuerdo arbitral; ii- inexistencia de acuerdo arbitral; y, por último, iii- inarbitrabilidad de la controversia, es decir, imposibilidad del tipo específico de controversia para ser llevada a la vía arbitral.

En los casos de incapacidad, se pueden ubicar aquellos en los que faltan elementos esenciales de carácter general en los sujetos que suscribieron el acuerdo⁴³, así como aquellos casos en que falta un

41 No parecería imaginable, al menos al desarrollo actual de la experiencia sobre arbitraje, que la revisión se pueda dar ante una sede que no sea la jurisdicción común. El estado actual del enajenamiento de la vía arbitral no permite aún otra cosa.

42 En vista de la enorme trascendencia del tema y de que, en mucho, los temas de competencia pueden definir un correcto o equivocado acercamiento en cuanto al arbitraje, estimo que ésta debería ser una competencia propia del tribunal al que corresponde conocer del recurso de casación: la Sala Primera de la Corte, en nuestro caso.

43 Por ejemplo, un acuerdo arbitral suscrito por un incapaz o un menor.

clemento especial en la capacidad del sujeto para poder tomar el acuerdo.⁴⁴ En el segundo supuesto de incompetencia no estamos en supuestos de patología negocial sino, pura y simplemente, ante un caso de inexistencia. Por último, me referiré a los supuestos de arbitralidad (o inarbitralidad) de las materias en el segundo capítulo.

6. El Procedimiento Arbitral en el Código Procesal Civil

Se acepta pacíficamente que una de las características que debe tener cualquier sistema que acepte y estimule el arbitraje es el de la libertad en la selección o diseño de los procedimientos. Es decir, hay un real y verdadero derecho dispositivo de las partes en cuanto al procedimiento.

Como materia atada al principio de autonomía de la voluntad, el arbitraje parte de la premisa de que las partes pueden, deben y tienen derecho a definir los mecanismos procesales que mejor se ajusten a las necesidades de la controversia objeto de disputa.

Por ello, todo instrumento que reconozca el arbitraje debe permitir a las partes la selección y definición del procedimiento que desean rija la definición de su controversia. El procedimiento legal solamente aplica, entonces, supletoriamente ante la falta de acuerdo o ante el desecho de las partes de adoptar el procedimiento legalmente establecido.

⁴⁴ Por ejemplo, la falta de autorización legislativa que impone el artículo 508 del Código Procesal Civil.

Nuestro Código, sin embargo, no respalda el principio de libertad de selección del procedimiento ni da a las partes un poder dispositivo en cuanto al procedimiento. Impone, al menos para el arbitraje de derecho, un procedimiento obligado⁴⁵ que lo declara inmodificable. En mi opinión, esta no resulta la mejor postura al respecto. Debe privar el principio de libertad de selección del procedimiento arbitral. Sin embargo, es posible que entre partes que no tienen la misma capacidad de negociación⁴⁶ el principio de "libre" selección depare un procedimiento con francas desventajas para una de las partes. Además, aunque en una marco de libertad, las partes deben respetar principios mínimos del proceso. Por ello, en vez de imponer un procedimiento a las partes, lo correcto es imponer al procedimiento seleccionado la obligatoriedad de que respete los principios de debido proceso, de contradicción y de legítima defensa. Por otra parte, se le debe dar al tribunal arbitral la potestad de equilibrar el proceso de oficio y con amplia libertad cuando se hubiere roto dicho equilibrio, cuando exista abuso de una parte sobre la otra o cuando los procedimientos no cumplen con los principios mínimos citados⁴⁷.

⁴⁵ Código Procesal Civil, Art. 521.

⁴⁶ Este desequilibrio en el poder de negociación puede estar fundado en mayor poder económico, mayor sofisticación legal, eventualmente hasta relaciones de dependencia, entre otras posibles causas.

⁴⁷ Se requiere, entonces, normas que impongan estos requisitos mínimos y no un procedimiento obligatorio. El incumplimiento de estos requisitos mínimos sería motivo para declarar nulo el laudo arbitral, aún de oficio, cuando se conozca del recurso de nulidad.

Merece la pena analizar, sin embargo, la posibilidad de incorporar dentro del procedimiento obligado que establece nuestro Código para el arbitraje de derecho algunos aspectos de orden procesal no contemplados ni impuestos pero tampoco prohibidos. Por ejemplo, cabe preguntarse si dentro del proceso arbitral regulado sería posible que las propias partes o aún el propio tribunal de oficio introdujeran la oralidad, la concentración y la inmediatez en la evacuación de la prueba y en el propio proceso arbitral; si será posible incorporar la notificación por fax (o cualquier otro vía que permita la telemática); si será posible la interrogación directa de los testigos por las partes y, en fin, una serie de opciones no reconocidas en los procedimientos comunes. En mi criterio, esta posibilidad es no sólo viable sino deseable sin que con ello se esté incurriendo en ilegalidades⁴⁸. De esta forma, se le podría dar al proceso arbitral una nota de modernidad, celeridad y eficiencia que lamentablemente no tienen los procesos comunes civiles y comerciales.

7. El Control Jurisdiccional sobre el Arbitraje y Recursos.

Sin importar qué tan favorable quiera ser la visión hacia el arbitraje, es lo cierto que se reconoce universalmente la necesidad de control, fiscalización o revisión sobre lo resuelto en la vía arbitral. El arbitraje no puede ni debe constituirse en una área autónoma,

⁴⁸ Sería por esto altamente conveniente estimular a las partes que deseen el arbitraje la incorporación de estos rasgos del procedimiento en el compromiso arbitral al igual que, ante la ausencia de acuerdo o mención de la partes, deberían los tribunales arbitrales incorporarlos con evidente conveniencia para la celeridad y eficiencia del proceso arbitral.

aislada y desligada de los principios, valores e intereses que ha adoptado una sociedad.

Sin embargo, la definición del tipo de control que se aplicará al arbitraje se decidirá si se ve al arbitraje como una instancia más, sometida y subyugada a la jurisdicción común o si se quiere dotar a este mecanismo de una autonomía que, sin violar los principios fundamentales que rigen a la sociedad costarricense, genere un proceso de reforma, vivificación y modernización que requiera urgentemente nuestro sistema de derecho privado, brindando una alivio al congestionado proceso de la administración de justicia.

En la búsqueda del debido balance entre autonomía y preservación de los valores fundamentales, es ya pacífica la postura de que no es procedente la admisión de recursos ordinarios contra el laudo arbitral ante la jurisdicción común. El laudo arbitral no puede ni debe ser revisado en cuanto al mérito de lo resuelto. No se admiten, por tanto, recursos ordinarios contra el laudo arbitral. El mérito de lo resuelto no debe ser discutido y, mucho menos, modificado por vía de recurso ordinario⁴⁹. Dentro de este contexto, se ha considerado en otros sistemas como odioso al arbitraje la postura de los tribunales comunes que autorizan la resolución de una disputa en la vía arbitral pero reservándose el derecho de revisar el mérito de los resuelto cuando el

⁴⁹ Esta es la consecuencia lógica de la concepción propia del arbitraje. Si las partes han decidido quién debe resolver su competencia, si han decidido cuál es el procedimiento que quieren rija para su controversia, si han podido limitar el objeto de su controversia, deben entonces estar dispuestas a aceptar lo resuelto.

laudo sea sometido a reconocimiento o revisión ante los tribunales comunes.⁵⁰

Es lo cierto, sin embargo, que la mayoría de los sistemas que se inclinan por la inexistencia de recursos ordinarios contra el laudo admiten la posibilidad de acuerdo de las partes en sentido contrario. Es decir, si las partes no convinieron expresamente en la posibilidad de recursos ordinarios, la ley impone la inexistencia. Curiosamente, nuestro Código Procesal Civil impone la inexistencia de recursos ordinarios sin que admita el caso excepcional de acuerdo de partes en sentido contrario.^{51 52} De esta forma

50 En la jurisprudencia americana, por ejemplo, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el caso *MITSUBISHI* ha sido motivo de crítica. La Corte consistió en que la legitimidad de la terminación de un contrato de distribución entre un fabricante japonés y el distribuidor americano (en realidad puertorriqueño) se fuera a discutir a Tokio ante un tribunal arbitral japonés en razón de que, dijo la Corte, se reservaba el derecho de "echar una segunda mirada" a lo resuelto ("second look doctrine") en el laudo, una vez que llegara a territorio americano. Se argumenta que si permitió que el asunto fuera a ser discutido en una sede arbitral extranjera debió de inhibirse la Corte del derecho de revisar lo resuelto o, caso contrario, si deseaba que este tipo de materias no fueran discutidas en la sede arbitral extranjera debió haber creado una competencia exclusiva sobre este tipo de asuntos en favor de la jurisdicción común. En un amplio e interesantísimo análisis de este tema, véase *CARBONNEAU (Thomas) Alternative Dispute Resolution: Meeting the Laces and Dismounting the Sticks, 1989*.

51 Código Procesal Civil, Art. 526.

52 Resulta interesante cuestionarse si esto podría implicar problemas de inconstitucionalidad en el tanto pareciera impedir el principio de la doble instancia. Sin embargo, el recurso de nulidad que expresamente se acepta en contra del laudo, aunque con ámbito ciertamente limitado, cumple en mi opinión con el requisito de la doble instancia.

y aunque con esta particularidad, nuestro Código adopta una postura moderna y evidentemente pro-arbitraje en este campo.

El único recurso admitido por nuestro Código en contra el laudo es el de nulidad autorizado para revisión de aspectos específicos.^{53 54} En mi criterio, esta norma presenta dos significativos problemas. En primer término considera como motivo de nulidad del laudo el haber resuelto sobre aspectos no sometidos al arbitraje u omitido pronunciamiento sobre controversias que si le fueron sometidos.⁵⁵ En esencia, los motivos autorizados están correctos excepto que debió restringirse la declaratoria de nulidad del laudo en su totalidad a aquellos casos en que lo resuelto sobre puntos no sometidos o la falta de pronunciamiento sobre los que si lo fueron resultaren determinantes e indispensables para la correcta resolución de la controversia.⁵⁶ Debe regir en este caso el principio de preservación del laudo de tal forma que su nulidad solamente sería acogida en los casos en que lo omitido resulte determinante en la

53 Código Procesal Civil, Art. 526

54 Nótese que, según el artículo 616 del Código, rigen para el recurso de nulidad las normas que sobre tramitación existen para el recurso de casación. *Ibid.*, art. 616.

55 Código Procesal Civil, Art. 526, incs. 2 y 3.

56 Imaginemos que, por ejemplo, el tribunal arbitral decidió imponer el pago de los costas del proceso a una de las partes cuando, en realidad, las partes no le habían pedido pronunciamiento al respecto; igual resultaría si, por el contrario, las partes han pedido pronunciamiento sobre a quién corresponde pagar las costas del proceso y el tribunal no emite pronunciamiento al respecto.



controversia anulando solamente y en forma restringida lo resuelto en forma ultra petita.

Por último, y aunque se hace alguna referencia a las reglas del proceso⁵⁷, no se menciona la violación del debido proceso o de la legítima defensa como una de las causas de nulidad⁵⁸ del laudo.

8. Ejecución del Laudo Arbitral

Significativamente clara y positiva resulta la posición de nuestro Código en cuanto al rango que se le confiere y reconoce al laudo arbitral: autoridad de cosa juzgada. Es decir, lo resuelto en cuanto a la controversia objeto de disputa tiene el mismo rango que sobre lo que al respecto hubiera resuelto un tribunal común. Por ello, el dictado del laudo arbitral precluye totalmente la posibilidad de discutir posteriormente y ante los tribunales comunes sobre lo resuelto en el proceso arbitral. De hecho, para efectos de ejecución del laudo firme, el código remite a las normas sobre ejecución de sentencia sin requerimiento de refrendo, autorización o procedimiento ulterior ante los tribunales comunes. Esto constituye, sin lugar a dudas, una postura abiertamente en favor del arbitraje.

Valga la pena mencionar que ningún sistema que haya adoptado el arbitraje ha adoptado la posibilidad de que la ejecución de los laudos se pueda llevar a cabo

57 Código Procesal Civil, Art. 526, inc 5.

58 Recordemos que, según lo propuesto, debe respetarse el principio de selección del procedimiento siempre y cuando éste cumpla con ciertos requisitos mínimos. La falta de esos requisitos debería ser motivo de nulidad del laudo.

ante el propio tribunal arbitral. Dependiendo de la naturaleza del laudo y, sobre todo, de la controversia surgida, la ejecución del laudo podría implicar embargos, desalojos, restitución de bienes muebles o inmuebles, etc, etc. El o los actos de fuerza, poder o imperio que puedan derivar de una sentencia que resuelva sobre aspectos como los descritos están (y pareciera que deben estar) reservados para el Estado⁵⁹. De esta forma, la más cálida recepción que pueda dar un sistema procesal al arbitraje no podría pasar de otorgar, como lo hace nuestro código, el rango y la eficacia de cosa juzgada al laudo arbitral⁶⁰.

9. El nombramiento de los Arbitros.

Una de las razones que se utiliza para justificar la posible mejor calidad de la justicia arbitral frente a la de los tribunales comunes es el hecho de que las partes tienen la posibilidad de determinar o seleccionar quiénes serán los jueces que resuelvan su controversia⁶¹. Por

59 Un desalojo, por ejemplo, puede conducir a verdaderos actos de fuerza, poder y hasta violencia.

60 Desde luego que el conferimiento al tribunal de la potestad de ejecutar el laudo no es algo que, en sí mismo, sea inadmisibles. Pura y simplemente resulta conveniente en el estado actual de la experiencia arbitral dejar la potestad de ejecución en forma monopólica en el Estado.

61 Se asume que nadie puede resolver una disputa mejor que aquéllos que las partes seleccionan o deciden como seleccionar. Nadie mejor que las partes conocen la disputa, sus complicaciones, sus vetas ocultas, sus tecnicismos, el marco dentro del cual se desarrollaron; por ello, se afirma que nadie mejor que ellos para seleccionar a las personas que puedan juzgar sus diferendos.

ello, una característica consustancial al arbitraje es el principio de la libertad de la selección de los árbitros. Este principio puede permitir, desde la posibilidad de nombrar directamente a los árbitros⁶², hasta la selección del mecanismo que se deberá seguir para seleccionarlos⁶³.

El Código nuestro, afortunadamente, sigue claramente esta tendencia y confiere a las partes una libertad total en el nombramiento de los árbitros o en la selección del mecanismo que se deberá seguir para su nombramiento⁶⁴. En forma atnada, nuestro Código solamente impone el nombramiento de los jueces cuando las partes no hayan hecho la designación o cuando el procedimiento designado por las partes no pudiera conducir a dicho nombramiento. Es decir, la intervención judicial en cuanto al nombramiento es solamente supletoria, con la particularidad de que en el caso del arbitraje de derecho, los árbitros deben ser nombrados de la lista que la Corte Plena debe tener al efecto, mientras que para el arbitraje de equidad rige una total libertad en la designación⁶⁵.

62 En este caso, las partes designan con nombre y apellido a los árbitros.

63 En este otro supuesto, las partes pueden, por ejemplo, delegar en un tercero, que puede ser un órgano o una persona física o jurídica, el nombramiento de los árbitros. Por ejemplo, la junta directiva de un colegio profesional o un tribunal común.

64 Código Procesal Civil. Art. 510, inc. 5).

65 Código Procesal Civil. Art. 511.

Aunque, como se afirmó, nuestro Código sigue la tesis de la libertad de nombramiento, la realidad es que impone alguna limitación: además de los incapaces, no podrán ser árbitros aquellos que tengan motivo de impedimento, recusación o excusa⁶⁶. Evidencia con esto nuestro Código una visión sana respecto del tema. Existe el principio de libertad de selección de los árbitros; sin embargo, esa libertad de nombramiento o selección no puede conducir nunca a la eliminación de la autonomía e independencia que garantiza la naturaleza de la función que los jueces están destinados a cumplir. Los árbitros deben dirimir y resolver la controversia; por tanto, no se trata de que vayan a alegar, refrendar o ratificar la pretensión de una de las partes.

De esta forma, todo aquello que haga presumir una falta de objetividad, independencia y autonomía de parte del juez y que constituya alguno de los motivos que legalmente están contemplados como motivo de excusa, recusación o impedimento, imposibilitarán el nombramiento de una persona como árbitro⁶⁷.

Llama la atención el hecho de que nuestro Código impone un máximo de árbitros⁶⁸ cuando, aunque lo razonable es pensar que tres es el número adecuado para un tribunal colegiado, nada impide que las partes puedan considerar que un tribunal de más integrantes

66 Ibid. Art. 513.

67 Nótese que el artículo 76 y siguientes del Código Procesal Civil regulan lo referente a la oportunidad para alegar la recusación de un árbitro, así como el órgano que deberá resolver sobre ella.

68 Código Procesal Civil. Art. 512.

pueda ser conveniente para la correcta resolución de su controversia. Por último, sería sano considerar la posibilidad de prohibir el nombramiento de jueces como árbitros, en vista de los inconvenientes que podría traer para un juez y su función el sobrecargo de una función arbitral⁶⁹.

10. Falta de regulación de Algunos Institutos Procesales

No regula nada nuestro Código sobre algunos institutos procesales cuya aplicación pueda resultar necesaria en el proceso arbitral. Por ejemplo, sería conveniente algún tratamiento sobre la acumulación de procesos arbitrales y sobre la contrademanda arbitral⁷⁰. Tampoco menciona el Código la posible naturaleza supletoria de las normas procesales civiles en relación al proceso arbitral, al menos como una posible fuente integradora.

No se trata en el Código la posible confidencialidad del proceso y del laudo arbitral, cuando así lo deseen las

⁶⁹ Resulta, sin embargo, que el árbitro debe aceptar o rechazar el nombramiento. Queda la duda de si los jueces comunes deben también aceptar o rechazar el cargo cuando son investidos de árbitros por las partes: todavía más duda podría generarse en el caso de que las partes nombren al órgano jurisdiccional (la Sala de Casación, por ejemplo) y no a los funcionarios en particular. En mi criterio, aunque se trate de jueces u órganos jurisdiccionales, tienen la potestad de aceptar o rechazar el nombramiento.

⁷⁰ La legislación arbitral holandesa, por ejemplo, contiene un tratamiento muy completo sobre estos temas. *Ley Holandesa sobre Arbitraje*.

partes⁷¹, ni tampoco la posibilidad del laudo no considerado⁷². En una eventual reforma, estos deberían ser aspectos de obligado tratamiento.

II- PROPUESTA DOGMÁTICA EN TORNO AL TEMA DE LO ARBITRABLE

1. La Naturaleza Patrimonial y Disponible de lo arbitrable

Afirmar que no todo es arbitrable resulta tan cierto como inútil. Pareciera evidente que algunas materias en razón de su propia naturaleza no son susceptibles a ser arbitradas⁷³. Otras, por el contrario, parecerían típicas materias arbitrables. Sin embargo, la definición dogmática del o de los elementos definidores de la arbitrabilidad o no de una materia no resultan, desafortunadamente, tan claros y tan pacíficos.

⁷¹ La confidencialidad resulta ser un aspecto interesante del arbitraje. Algunas partes están quizá dispuestas a resolver una controversia y aún a cumplir con lo resuelto. Sin embargo, es posible que no estén dispuestas a exponerse a la publicidad de un proceso o de una condena. En estos casos, la confidencialidad resulta ser un instrumento útil.

⁷² En algunas ocasiones, usualmente en conexión con el requisito de confidencialidad, se estima que es necesario que el laudo no sea considerado o fundado, en parte para garantizar la posible confidencialidad. También puede resultar útil en el caso de arbitrajes de equidad.

⁷³ Quizá lo correcto sería decir que no es conveniente que sean llevadas al arbitraje.

Positivamente hablando, el acercamiento pareciera sencillo. Tanto nuestra Constitución⁷⁴ como el propio Código Procesal Civil⁷⁵ establecen que todas las pretensiones de carácter patrimonial pueden ser resueltas mediante el arbitraje. Así, la naturaleza patrimonial de la controversia o disputa pareciera ser la clave de la susceptibilidad de una materia a ser arbitrable. Sin embargo, la realidad demuestra que, aunque la verificación de la naturaleza patrimonial constituye el primer y más exacto acercamiento para la determinación de la arbitrabilidad de una materia, no es este elemento lo único que la define. Existen o puede existir pretensiones que, en esencia, son de carácter patrimonial pero no por ello arbitrables.

Resulta, entonces, obligada una nueva postura dogmática frente al tema. La controversia, además de carácter patrimonial, requiere estar fundada en un derecho "disponible" sobre el que, además, exista también "disponibilidad" de la jurisdicción". De esta forma, además de la patrimonialidad, debe existir la "disponibilidad" del derecho. Sin embargo, esta disponibilidad debe existir no solamente en cuanto al derecho sustantivo (por supuesto de naturaleza patrimonial) sino también en cuanto a la jurisdicción en la que puede ser discutido ese derecho y su controversia. Dicho de otra manera, la controversia debe estar fundada en un derecho sobre el cual exista libre disposición; pero, y en forma complementaria, debe existir libertad de selección (o de disposición) en cuanto

⁷⁴ Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Publicaciones Jurídicas, 1994, Art. 43.

⁷⁵ Código Procesal Civil, Art. 507.

a la jurisdicción en la que ese derecho puede ser discutido.

Así, una controversia patrimonial en la que no exista libertad de disposición del derecho no podría ser arbitrable⁷⁶. De la misma manera, una controversia patrimonial, sobre la que exista libertad de disposición del derecho sería, en principio, arbitrable. Sin embargo, si se impulsara su obligada discusión en los tribunales comunes, no resultaría arbitrable.

2. De lo Inarbitrable

En términos generales, se podrían conceptualizar tres supuestos de inarbitrabilidad de la materia. i- En primer término, podrían ser inarbitrables las controversias en las que la ley impone en forma expresa una irrenunciabilidad del derecho discutido⁷⁷. ii- También serían inarbitrables aquellas controversias fundadas en derechos sobre los que existe un interés público o se consideran de orden público. Tanto el interés como el orden público del derecho pueden estar definidos como tales en forma expresa por la ley⁷⁸. También la presencia de valores fundamentales o la existencia de núcleos de interés cuya tutela interese

⁷⁶ Por ejemplo, una controversia en la que se discute la renuncia del derecho de alimentos.

⁷⁷ Por ejemplo, el derecho de recesso regulado por el Código de Comercio. En esencia, es de carácter patrimonial; sin embargo, se considera nulo cualquier pacto que tienda a excluir este derecho. Es decir, como derecho, es irrenunciable.

⁷⁸ Como es el caso de la Ley de Inquilinato, que en esencia regula materias de naturaleza patrimonial.

preservar en forma especial podrían constituir la base de la consideración de orden público⁷⁹. iii- Por último, la irrenunciabilidad de la jurisdicción común o la imposición de la jurisdicción común como mecanismo para resolver la disputa define sin duda alguna un caso de inarbitrabilidad. Estaríamos en presencia de casos en los cuales, no obstante que exista una controversia patrimonial fundada en un derecho disponible,⁸⁰ la ley impone forzosamente la jurisdicción común.

Se hace evidente que en materia de definición de lo arbitrable no es posible la utilización de una lista numerus clausus. Es este tema fértil para una significativa discusión. El punto más importante es que, no obstante el esfuerzo técnico o dogmático que se haga, la definición de lo arbitrable debe emanar al final de una decisión fundada en la concertación social sobre lo que se desea pueda ser discutido en sede distinta a los tribunales comunes. Desde luego que pesa también la intensidad y expansión que se le pretenda otorgar al arbitraje como mecanismo alternativo para la resolución de

79 En otras palabras, la idea es que el interés público o la naturaleza de orden público no dependan exclusivamente de una declaración legal. Jurisprudencialmente, por ejemplo, podría llegar a considerarse como tales materias, áreas o derechos en los que se localicen intereses de especial interés.

80 El mejor ejemplo de esto lo constituye el inciso e) del artículo 1023 del Código Civil que establece la nulidad de aquellas cláusulas en las que se restringe al comprador a recurrir a los tribunales comunes. En otras palabras, consideraran indisponible el derecho de optar por una sede distinta de la jurisdicción común, al menos en ciertos casos. Bien podría ser también el caso de los procesos concursales.

disputas. Entre más abierta e intensa sea la recepción del arbitraje, más amplia será la gama de materias arbitrables y, consecuentemente, menor el nicho de asuntos reservados a los tribunales comunes; por el contrario, a mayor reserva y celo frente al arbitraje, menor el rango de materias que puedan ser sometidas a él e, igualmente, mayor la cantidad de áreas, asuntos o materias cuyo monopolio se confiere a los tribunales comunes.

Sin duda alguna que, aparte de la definición expresa que pueda hacer la ley, es la definición jurisprudencial la que puede aportar más y mayores criterios al respecto. Sin embargo, el proceso de definición debe guardar consistencia. Si se define algo como arbitrable debe aceptarse, concomitantemente, la imposibilidad de que los tribunales comunes revisen lo resuelto en la sede arbitral. Si, por el contrario, se desea preservar la adjudicación de alguna materia como monopolio de los tribunales comunes debe cerrarse en forma tajante la vía arbitral. Frustrante sería ceder a la tentación de permitir el arbitraje bajo la condición de que, en última instancia, puedan los tribunales comunes revisar lo que ahí se resuelve⁸¹. Corresponde entonces, tanto a la jurisprudencia de los tribunales comunes como a la misma jurisprudencia arbitral, la obligación de hacer una labor creativa, consistente e inteligente sobre la arbitrabilidad de las controversias. Evidentemente, lo

81 Lo resuelto en el caso MITSUBISHI constituye el mejor ejemplo de cómo no se debe abordar este tema. Insistimos que resultaría una atrocidad el permitir que una controversia sea resuelta en la vía arbitral, reservándose el derecho de "echar una segunda mirada" a lo que ahí se resuelva ("second look doctrine").

que aquí se propone resulta tan sólo un punto de partida.

3. La Inarbitrabilidad como Supuesto de Incompetencia

Planteado un caso hipotético, resulta oportuno cuestionarse sobre los momentos procesales en los que el tema puede y debe ser traído a colación. En otras palabras, ¿en qué momento es oportuno para la parte plantear o alegar que una materia no es arbitrable? y ¿cuáles son las consecuencias en el proceso arbitral cuando la controversia sometida resulta que no es arbitrable?

Nuestro Código Procesal no establece momento específico alguno para alegación de esta defensa. Por otra parte, resulta obvio que la arbitrabilidad de la materia está en directa conexión con el tema de la competencia del tribunal arbitral. Si la controversia no es arbitrable, no existe competencia del tribunal arbitral para resolverla. Por ello, aunque nuestro Código no menciona nada al respecto, parece razonable concluir que la inarbitrabilidad, alegada como excepción de incompetencia, puede ser alegada en cualquier momento e, inclusive, puede y debe ser declarada de oficio por el propio tribunal.⁸²

Además, la inarbitrabilidad de la controversia debería ser un supuesto de nulidad del laudo, alegable por vía del recurso de nulidad. Curiosamente, sin

82 Es claro que, por decirlo en lenguaje procesal, jamás podría darse una especie de "prórroga" de la jurisdicción en este tema.

embargo, la inarbitrabilidad de la controversia no está contemplada como uno de los supuestos en que procede el recurso de nulidad autorizado por nuestro Código. Más curioso resulta si se menciona que, aunque con alguna imprecisión, el Código reconoce la inarbitrabilidad como motivos para negar el reconocimiento a un laudo dictado en el extranjero.⁸³ En realidad, más que curiosidad, la falta de inclusión de la inarbitrabilidad de la controversia como causa de nulidad del laudo evidencia un lamentable error de nuestro Código. En todo caso y dado lo aparatoso de esta deficiencia deberá ser por vía jurisprudencial que se incorpore este motivo (la inarbitrabilidad de la controversia) como uno más de los que puedan ser alegados en el recurso de nulidad que permite nuestro Código.

III- ANALISIS DE ALGUNAS MATERIAS MERCANTILES. UNA PROPUESTA SOBRE LO ARBITRABLE

Como se ha indicado, no existe "receta" que a priori y sin margen de error, permita discriminar lo arbitrable de lo que no lo es. Es el análisis casuístico el que, caso por caso, pueda permitir una definición exacta al respecto. En todo caso, si es cierto que existen tendencias generales que ubican casi que pacíficamente algunas materias como típicamente arbitrables. Interesa, entonces, analizar algunas materias a la luz de su posible arbitrabilidad.

83 En el caso de la Convención de Nueva York, ratificada por nuestro país, la inarbitrabilidad de la controversia se impone con toda precisión como una de las causas que autorizan a un estado a negar el reconocimiento a un laudo arbitral dictado en el extranjero.

1. Cuestiones Corporativas

En principio, podría afirmarse que las cuestiones societarias resultan típicamente arbitrables. La gran mayoría son de naturaleza patrimonial y, además, existe por regla general "disponibilidad" de los derechos en que se fundan los temas societarios.

Sin embargo, aunque cierta la afirmación en términos generales, resulta que un refinado análisis permite concluir que no todo lo societario o corporativo resulta susceptible de ser arbitrado. Uno de los fenómenos más evidentes del derecho societario moderno lo constituye el proceso de "publitzación". Es decir, un área típica y tradicionalmente considerada como nicho monopolístico del derecho privado ha ido cediendo terreno frente a los embates del "interés público" que ha también encontrado terreno propicio para crecer en las cuestiones corporativas. Este proceso de conversión, al menos parcial, de lo estrictamente privado a lo que por lo menos se puede denominar como terreno mixto, adoptó ropaje positivo en la realidad costarricense con la promulgación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio⁸⁴. La visión no sólo privatista sino, todavía peor, contractualista de nuestro Código cedió terreno a la imposición legal de institutos destinados, en la gran mayoría de los casos, a la protección de los derechos de la minoría⁸⁵ o a la

84 Ley Reguladora del Mercado de Valores y Reformas al Código de Comercio, # 7201, de 29 de octubre de 1990.

85 Típico caso es el derecho de recesso regulado en el artículo 32 bis del Código de Comercio.

preservación misma de la sociedad como unidad económica generadora de riqueza⁸⁶.

De esta forma, la afirmación de que lo societario es, en esencia, arbitrable resulta una guía --bastante eficiente--que debe conducir a la verificación de las condiciones de arbitrabilidad que, en sentido estricto, puedan hacer esta afirmación veraz ante una controversia específica.

Así, en aquellas controversias de naturaleza estrictamente patrimonial en las que exista "disponibilidad" de los derechos o, visto desde la otra perspectiva, en las que no exista una "irrenunciabilidad" del derecho impuesta por la ley, o no exista un evidente "interés público" que favorezca el monopolio de la jurisdicción común en cuanto a la resolución de la controversia, el arbitraje resulta una vía totalmente legítima⁸⁷. Sin embargo, aunque con algún o mucho

86 Ejemplo de esto es la imposición de la reserva mínima legal que, evidentemente, tiende a ser un instrumento de protección para la sociedad misma, como unidad económicamente productiva. Lamentablemente, la definición de la reserva legal como un porcentaje del "capital social" y no del "capital contable" o aún del patrimonio mismo hace que, en la práctica costarricense en los que las sociedades operan con un "capital social" mínimo, el efecto positivo de este instrumento es prácticamente nulo.

87 Por ejemplo, pareciera claramente arbitrable una controversia relacionada con la forma y el momento en que se debe pagar un dividendo aprobado por la asamblea general; igualmente, resulta claramente arbitrable la fijación del precio que debe pagar la sociedad al socio que ha ejercido el derecho de retiro.

perfil patrimonial, no resulta legítimo el arbitraje cuando resulta palpable un "interés público" o se ha impuesto una "indisponibilidad" del derecho⁸⁸.

Aunque sin veta evidentemente patrimonial, resultan también arbitrables controversias relacionadas con cuestiones operativas o de funcionamiento del ente corporativo en los que, se insiste, no exista traslape o enfrentamiento con el "interés público" o con una "indisponibilidad" del derecho o de la jurisdicción⁸⁹.

2. Derechos que Emanan de la Ley sobre Representantes de Casas Extranjeras ¿son arbitrables?

La Ley sobre Representantes de Casas Extranjeras⁹⁰, como se sabe, se autodefine como ley de orden público. Además, considera de naturaleza irrenunciable los derechos que confiere al distribuidor, representante o agente. Sin embargo, es más que claro que los temas regulados, con marcado interés

88 Por ejemplo, aunque es arbitrable la fijación del precio a pagar en el caso del retiro de un socio, no es susceptible de ser arbitrable una controversia en la que esté en disputa la nulidad o validez de un acuerdo societario en la que se eliminó o renunció anticipadamente al derecho de recesso.

89 Todas las cuestiones relacionadas con nulidad de acuerdos de asamblea de accionistas y de junta directiva debería ser arbitrables excepto cuando la controversia gire en torno a la validez o invalidez de actos o acuerdos societarios que eliminen o supriman derechos de minorías o instrumentos conducentes a la tutela del interés público.

90 Ley sobre Representantes de Casas Extranjeras. No. 6209 de 9 de marzo de 1978.

proteccionista hacia la entidad local, tienen un matiz clara y definitivamente patrimonial.

Establece esta ley un mecanismo de indemnización legal que, entre otras características, releva al "dañado" no sólo de la prueba de la existencia del daño sino de su extensión para autorizar un mecanismo compensatorio que se convierte, en la práctica, en una simple operación aritmética⁹¹. Se modifican, entonces, la reglas comunes sobre la indemnización del daño --según las cuales se debe demostrar la existencia no sólo del daño sino también de su "quantum"-- para facilitar un mecanismo de indemnización esencialmente aritmético. En todo caso, el resultado final de este mecanismo compensatorio se traduce en una suma de dinero cuyo carácter patrimonial resulta hasta superfluo señalar.

Estamos, entonces, en presencia de posibles controversias de indiscutible carácter patrimonial en las que, sin embargo, existe por definición legal un "interés público", más una "indisponibilidad" del derecho también impuesta por la ley. Si con la descripción anterior pareciera tentar la consideración de este tipo de controversias como de carácter inarbitrable resulta todavía más fortalecida esa tentación si se menciona que,

91 Como se sabe, esta ley establece un mecanismo de indemnización que consiste en una multiplicación del promedio de utilidad bruta mensual por un cierto número de meses autorizados (de cada año de vigencia del contrato), todo lo cual debe multiplicarse por el número de años en que el contrato ha estado vigente, factor de multiplicación que no puede exceder de nueve (nueve) años. Ley Sobre Representantes de Casas, art. 2.

además, la ley impone la irrenunciabilidad de la jurisdicción de "tribunales costarricenses".⁹²

Sin embargo, y aunque pueda resultar paradójico, las controversias derivadas de o en relación con los derechos que confiere esta ley si son o deberían ser arbitrables. La indisponibilidad de la jurisdicción que impone la ley se refiere exclusivamente a la de los tribunales costarricenses⁹³, no a la de los tribunales comunes. Cuando nuestra legislación ha deseado impedir la renuncia a la jurisdicción común se refiere a ella así en forma específica, como tal, como jurisdicción común⁹⁴ y no como tribunales costarricenses. Esto indica que en el tanto sea un tribunal costarricense, aunque no necesariamente de la jurisdicción común, no se estaría violando la prohibición. De esta forma, un tribunal arbitral conformado, por ejemplo, por costarricenses, con su sede en Costa Rica, aplicando leyes procesales y sustantivas costarricenses, usando el idioma español y resolviendo una controversia relacionada con el pago de las indemnizaciones a que se refiere la citada ley sería, sin lugar a duda, un tribunal costarricense cuyo laudo, en virtud de la propia ley, se equipara a la sentencia dictada por un tribunal común costarricense.

Además, y hablando del "interés público", resulta prioritaria la búsqueda de una solución a la tristemente aceptada realidad de que un proceso ordinario en el que se discuta el posible pago de la

92 Ley Sobre Representantes de Casas Extranjeras, art. 7.

93 Ibid.

94 Código Civil, Art. 1023, inc. e.

indemnización puede durar de cuatro a seis años. En este caso, el "interés público" sugiere o quizá impone la necesidad de buscar con creatividad y flexibilidad opciones reales que permitan el acceso a una justicia más pronta y cumplida. Resulta claro de lo expuesto que, al menos mientras esté vigente el texto actual de la ley, no será posible aceptar la vía arbitral cuando la selección se haga a tribunales arbitrables constituidos y organizados de conformidad con leyes extranjeras, aplicando también ley sustantiva y procesal extranjera, un idioma distinto al español, con domicilio en otro país e integrado por no costarricenses. Por lo demás, mientras el tribunal sea costarricense no existe impedimento legal para que el arbitraje constituya una vía aceptable y legítima en la cual dirimir controversias de este tipo.

3. Cuestiones Relacionadas con el Mercado de Valores y de Carácter Bancario.

Dado el evidente interés público que existe en el surgimiento, consolidación y desarrollo de los mercados de valores y, no obstante que en esencia el mercado de valores se funda en transacciones de carácter patrimonial, la presencia de las potestades de imperio del estado, evidenciadas en facultades de fiscalización, policía, autorización y disciplinarias, entre otras, resultan indispensables.

De la misma manera, en razón de que la esencia del negocio bancario se fundamenta en el manejo del ahorro público, resultan indispensables y pacíficamente

ría⁹⁶ como en el mercado de valores⁹⁷ constituyen nichos exclusivos de la jurisdicción común.

Paralelamente existen, sin embargo, actividades típicamente privadas conformadas por la presencia de intereses cuya lesión no trascendería a sujeto distinto a su titular: actividades de naturaleza patrimonial en los que las partes preservan libertad y autonomía, "disponibilidad" y control. Estos temas, fácilmente localizables tanto en materia bancaria⁹⁸ como de

96 Por ejemplo, no serían arbitrables controversias relacionadas con el cumplimiento de los encargos mínimos legales, del capital social mínimo que deben tener los bancos, con la clasificación de la cartera crediticia, con el otorgamiento de préstamos a grupos económicos, con el uso de los recursos bancarios y la prohibición de participar en banca de inversión, entre otras cosas.

97 No serían arbitrables cuestiones relacionadas con el cumplimiento de los deberes éticos y de confidencialidad a que están sometidos los intermediarios bancarios, el cumplimiento o no de los niveles máximos de endeudamiento autorizados a emisores, el cumplimiento de las obligaciones de información a que están sometidos los emisores autorizados para hacer oferta pública, el conferimiento o la suspensión o eliminación de la licencia para ser corredor de bolsa o la cancelación de la "concesión" conferida a un puesto de bolsa o la autorización de funcionamiento concedida a una bolsa de valores, entre otras cosas.

98 Son típicamente arbitrables controversias relacionadas con el pago debido o indebido que hizo un banco de un cheque en el que la firma se alega como manifestamente falsificada; las derivadas del pago (o de la falta de pago) de una carta de crédito; aquella en la que se discute la diligencia (o negligencia) de un banco en el cobro de una cobranza; las discusiones relacionadas con el cumplimiento de la función de fiduciario de un banco; de la indemnización debida o no por un banco en relación a la pérdida de valores en custodia, etc. etc.

aceptadas las facultades reguladoras del Estado en la actividad bancaria⁹⁵.

Por otra parte, resulta también singularmente claro que ya en el ejercicio o despliegue de la actividad bancaria, así como en la actividad desplegada en un mercado de valores por los intermediarios, emisores e inversionistas, la nota dominante la constituyen relaciones típicamente privadas, de corte patrimonial sobre las que, además, existe libre "disponibilidad" y los intereses jurídicos y económicos involucrados bien pueden ser aislados sin que rebalsen al ámbito de lo público.

Estamos en presencia, entonces, de áreas mixtas en las que es posible una armónica convivencia de lo público con lo privado, de lo regulatorio con lo patrimonial, de los valores sociales intransigibles frente a lo privado negociable, de lo "indisponible" con lo "disponible".

Existen materias relacionadas con los mercados de valores y con la actividad bancaria que, fundadas en el "interés público", en valores de rango superior y en el interés de mantener una potestad fiscalizadora --en su más amplio sentido--, no son susceptibles de ser llevadas a discusión en el campo arbitral. En ellas se encuentran reflejada la esencia misma del estado. Típicamente, todas las potestades reguladoras del estado tanto en la actividad bancaria

95 Aun en los países en los que se habla del proceso de "deregulación", como Estados Unidos, por ejemplo, lo que se discute es la cantidad e intensidad de los controles impuestos a la actividad bancaria. Nadie alega, por ejemplo, en favor de la eliminación total de la actividad reguladora del estado sobre la industria bancaria.

mercado de valores⁹⁹, pueden ser, sin límite alguno, motivo de arbitraje.

Nuevamente, la "patrimonialidad", la "disponibilidad" del derecho y la "disponibilidad" de la jurisdicción se constituyen en la guía obligada que orientará la decisión en cuanto a lo arbitrable. Sin embargo, lo cierto es que el análisis fino y agudo de la controversia en cuestión determinará la arbitrabilidad de una materia localizada en la actividad bancaria o en mercado de valores¹⁰⁰.

99 Las consecuencias patrimoniales derivadas, en general, de actuaciones negligentes de un intermediario financiero (agente, puesto o bolsa) en relación al cliente presuntamente lesionado son arbitrables (no así la posible sanción relacionada con el incumplimiento de deberes del intermediario).

100 La tesis propuesta en relación con la inarbitrabilidad de las cuestiones eminentemente regulatorias frente a la libre arbitrabilidad de las cuestiones patrimoniales, privadas y de libre disposición, parecer tener acogida en el ambiente financiero costarricense. Al menos así lo confirman las opiniones de Luis Liberman, Presidente de la Asociación Bancaria Costarricense y respetado banquero. William Chinchilla, Sub-gerente de la Comisión Nacional de Valores, ex-abogado de la Bolsa Nacional de Valores y con amplia experiencia en el mercado de valores y Alejandro Rodríguez y Melania Arguedas, abogados de la Bolsa Nacional de Valores. Entrevista con Luis Liberman, Presidente de la A.B.C., 9 de setiembre de 1994. Entrevista con William Chinchilla, Sub-Gerente de la Comisión Nacional de Valores, 29 de octubre de 1994. Entrevista con Alejandro Rodríguez y Melania Arguedas, Jefe del Departamento Legal y abogada, respectivamente, de la Bolsa Nacional de Valores, 18 de agosto de 1994.

4. Otros Contratos Mercantiles

Con la guía de lo "patrimonial" y lo "disponible" del derecho o de la jurisdicción, resulta sencillo determinar la arbitrabilidad de otros contratos que, por lo demás, son considerados como típicamente mercantiles y arbitrables¹⁰¹. No implica esto, sin embargo, que todo lo relacionado con estos contratos --o con cualquier otro-- sea siempre y necesariamente arbitrable¹⁰². Tan sólo --casi que como afirmación fácil y ligera-- se puede asumir como tesis la arbitrabilidad frente a la inarbitrabilidad como excepción.

Caso especial merece el contrato de seguro. La ley que creó el monopolio de los seguros en favor del Instituto Nacional de Seguros¹⁰³ establece la obligatoriedad de discutir arbitrariamente las controversias que surgen de los seguros, excepto las derivadas del seguro de riesgos profesionales¹⁰⁴. Sin embargo, la Ley

101 Por ejemplo, la compra venta mercantil; las relaciones entre auxiliares y comerciantes o entre éstos y los terceros; el contrato de transporte, de fianza mercantil de edición, (con sólo por mencionar algunos).

102 Por ejemplo, en el caso del corredor jurado y del representante de casas extranjeras que están sujetos al conferimiento de una licencia o autorización como requisito previo para actuar como tales, bien podrían sugerirse la existencia de controversias en las que el tema sea el cumplimiento o no de los deberes a que están sometidos estos auxiliares frente a la polestar reguladora del Estado y no una controversia esencialmente patrimonial.

103 Ley de Monopolios y del Instituto Nacional de Seguros, No. 12 del 30 de octubre de 1924.

104 Ibid. Art. 25.

de Seguros¹⁰⁵ establece que el sometimiento al arbitraje es apenas potestativo para el asegurado¹⁰⁶. Sin embargo y lastimosamente, la Junta Directiva del Instituto Nacional de Seguros pareciera decidir, caso por caso y no en forma compulsoria como lo establece la ley. Esta, desde luego, no resulta ser un ejemplo de conveniencia de someter el diferendo al arbitraje¹⁰⁷. Este, desde luego, no resulta ser un ejemplo de recepción para el arbitraje, además de que, en mi criterio, el arbitraje es obligatorio y no optativo para el INS, como pareciera entenderlo.

Conclusiones

No obstante la reciente promulgación de nuestro Código Procesal Civil, el tratamiento que hace del arbitraje no responde a las más renovadas y eficientes corrientes legislativas que a la fecha de la publicación y aun desde mucho antes asomaban en el derecho comparado. El arbitraje ahí regulado presenta significativas deficiencias que deberían ser corregidas en una reforma. Esta reforma debería ser de carácter general y, entre otras cosas, debería regular al arbitraje en una ley especial y debería dar cabida a institutos indispensables como el principio de "kompetenz-kompetenz", la autonomía de la cláusula arbitral, la libertad de selección del procedimiento, el arbitraje institucional, naturaleza supletoria y no vinculante de las

¹⁰⁵ Ley de Seguros, No. 11 de 2 de octubre de 1922.

¹⁰⁶ Ibid. Art. 35.

¹⁰⁷ SOTO RODRIGUEZ (José Luis).
El Reclamo de Seguros. Guía Práctica para su Análisis.
p.38.

normas procesales, principios básicos sobre competencia y un renovado y más eficiente tratamiento del recurso de nulidad, entre muchos aspectos.

No obstante, y dada la lentitud y dificultad que se enfrenta en los procesos de reforma legislativa, bien puede una labor jurisprudencial fresca, imaginativa y decidida a corregir muchas de las deficiencias que presenta la legislación vigente. Para ello, sin embargo, es necesaria la retroalimentación de las corrientes modernas que ya dominan los procesos de reforma que galopan el mundo entero. También se requiere que los jueces cedan a una actitud competitiva frente al arbitraje, que los abogados comprendamos que la esencia de nuestra función no se ubica en el litigio compulsivo y a ultranza y, por último, se requiere un proceso de culturización general que abra nuevos horizontes en la búsqueda no sólo de la justicia sino de una justicia de mejor calidad, más eficiente, más pronta.

El arbitraje tampoco es un instrumento diseñado para atentar y mucho menos destruir los valores fundamentales de la sociedad costarricense. La sociedad tiene el derecho y los instrumentos para decidir en qué casos debe preservarse en forma exclusiva la función del Estado en la adjudicación de controversias. Sin embargo, la conceptualización o la definición dogmática de elementos típicos que desarrollen una doctrina sobre lo arbitrable contribuiría significativamente a un nuevo y correcto acercamiento sobre el arbitraje; a una delimitación de su rol. Lo "patrimonial" y lo "disponible" constituyen una propuesta sobre lo arbitrable.

Por último, no requiere una labor heroica la localización de ciertas áreas, ciertas materias, ciertas

controversias de la realidad jurídica y económica costarricense que bien pueden optar por el arbitraje como instrumento que pudiera conducir a una mejor solución de la disputa.

Sin embargo, aun en lo más típicamente arbitrable debe estar comprometido el escrutinio fino, agudo y profundo de la controversia con el propósito de verificar que el terreno es propio para el arbitraje.

El sistema jurídico costarricense requiere de renovación; nuestro sistema de administración de justicia se encuentra en un momento de obligado redestino. El arbitraje puede ser un instrumento que facilite esa tarea. Sin embargo, debemos romper ataduras y ropajes mentales y culturales que ya casi nos ahogan; debemos ascender a nuevas alturas que permitan la visión de un horizonte más amplio, más claro, en fin, más horizonte para el devenir de la justicia.