

EL NECESARIO DIVORCIO ENTRE EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y EL ARBITRAJE COMERCIAL

*M.Sc. Mauricio París*¹

Justificación

El arbitraje vive hoy día buenos tiempos. Nunca antes se ha practicado, estudiado y difundido el arbitraje en Costa Rica como en los últimos años. Gracias a la aprobación de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional No. 8937 –en lo sucesivo Ley Modelo-, y los congresos y conversatorios que con gran éxito han promovido distintas organizaciones, los abogados, y aún más importante, los estudiantes de derecho están muy interesados en aprender y practicar arbitraje. El impulso del país como un centro de arbitraje internacional ha sido promovido por el Gobierno y se han destinado recursos y esfuerzos en esa vía.

Ese contexto nos da hoy unas condiciones inmejorables para iniciar el desarrollo de una segunda etapa del arbitraje costarricense, y con ese objetivo, el necesario fortalecimiento de los centros arbitrales nacionales y la depuración de la práctica arbitral mediante la supresión de la aplicación en exceso frecuente e indiscriminada del Código Procesal Civil, son dos de las tareas principales que podemos emprender para fortalecimiento del arbitraje en el país. Sobre este último punto versarán las siguientes ideas.

Contexto

Hace 15 años entró en vigor la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social –en lo sucesivo Ley RAC-. Aunque existía el arbitraje en Costa Rica antes de dicha Ley, su práctica no estaba adecuadamente regulada y era infrecuente. Por tal motivo, a partir de dicha ley es que podemos hablar del desarrollo de una verdadera práctica arbitral en Costa Rica, que se ve fortalecida hoy día con varios centros arbitrales de prestigio y una incipiente jurisprudencia arbitral desarrollada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en tanto es la encargada de resolver el recurso de nulidad del laudo y el recurso de apelación en temas de competencia del tribunal arbitral.

La Ley RAC, aunque fundamentada en su acápite sobre arbitraje en la versión original de la Ley Modelo de la CNUDMI, sufrió varias *tropicalizaciones* en su trámite legislativo, y una de ellas fue que, ante lo novedoso que resultaba el tema en aquel entonces, el legislador tomó la precaución de introducir una previsión en el párrafo final del artículo 39 para que las normas procesales de la legislación costarricense

¹ Máster en Asesoría Jurídica de Empresa, Universidad Carlos III de Madrid. Licenciado en Derecho Universidad de Costa Rica.

sirvieran para integrar el proceso arbitral en aquellos aspectos que no estuvieran previstos en la Ley RAC. Esta previsión era razonable en aquel entonces por cuanto la Ley RAC no resuelve una serie de aspectos meramente procedimentales, pero sobre todo por la ausencia en aquel entonces de jurisprudencia, doctrina e incluso práctica arbitral en el país. Es probable que incluso aunque el legislador no hubiera tomado esta previsión, los operadores arbitrales, ante el vértigo que podría ocasionarles un proceso desconocido, habrían terminado acudiendo a las normas procesales y en especial al Código Procesal Civil como forma si se quiere natural de integrar el proceso arbitral. Y es que no hay litigantes arbitrales o árbitros “puros”, todos quienes practicamos el arbitraje provenimos, de una forma u otra, de una cultura de estrados judiciales, y de allí que, por la naturaleza de las disputas que se ventilan en los arbitrajes (comerciales en su gran mayoría), a sus operadores nos resulta familiar la aplicación del Código Procesal Civil.

El problema

En virtud de mencionado párrafo final del artículo 39 de la Ley RAC, litigantes, árbitros y algunos pronunciamientos de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia han venido aplicando supletoriamente en los procedimientos arbitrales el Código Procesal Civil, y en muchas ocasiones de

forma mecánica, olvidando que esa misma norma ordena que la integración se realice únicamente cuando las normas procesales resulten compatibles con el arbitraje.

Esta situación ha ocasionado un uso excesivo, automático e indiscriminado de figuras y formas propias de los procesos judiciales, y por ende una desnaturalización del procedimiento arbitral, cuya configuración no sólo legal, sino si se quiere incluso sociológica, tiene una raíz y finalidad muy distinta de la del proceso judicial.

Quizá la característica que más mermada se ve con esta tendencia a convertir el arbitraje en un “ordinario privado” es la flexibilidad e informalidad relativa que debe privar en el arbitraje. En no pocos supuestos, los árbitros prefieren resguardarse (o resguardar el laudo) en los ritualismos del Código Procesal Civil² que hacer uso de las amplias potestades de dirección e interpretación con las que cuentan dentro del proceso arbitral. Por ese mismo motivo, los litigantes tampoco se aventuran a salirse de las formas previstas en la legislación civil, y el arbitraje transcurre con mínimas diferencias en relación con un proceso ordinario. Incluso en algunos casos los árbitros procuran eliminar aquellas figuras auténticamente arbitrales, como sucede por ejemplo con la práctica de suprimir la audiencia preliminar que está prevista en el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de

2 Los Reglamentos de la mayoría de centros arbitrales del país hacen alusión al Código Procesal Civil en lo relativo a la recusación de árbitros, lo cual es comprensible en tanto esto es lo que dispone el artículo 31 de la Ley RAC. Sin embargo, llama la atención que el artículo 27 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA) de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio (AMCHAM) establezca que las excepciones previas que cabe interponer “serán las que establece el Código Procesal Civil”.

la Cámara de Comercio de Costa Rica³. Aunque la realización de dicha audiencia es optativa para el Tribunal, consideramos que es una oportunidad procesal importantísima para resolver aspectos de procedimiento, procurar un advenimiento entre las partes y fijar pautas relacionadas con la fase demostrativa, sin embargo, en no pocas ocasiones los tribunales arbitrales omiten esta audiencia por considerarla innecesaria.

Una de las etapas procesales en donde más se echa de ver la invasión del Código Procesal Civil en el arbitraje es la de recepción de pruebas, ya que la ley RAC prácticamente no contiene normas sobre esta importante etapa procesal, y no las contiene no porque al legislador se le haya olvidado incluirlas, sino precisamente para permitir a las partes una amplia flexibilidad a la hora de evacuar la prueba. Sobre este punto, las Reglas sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional Comercial elaboradas por la *International Bar Association* son un compendio de las mejores prácticas internacionalmente reconocidas sobre este aspecto, y en otras latitudes es frecuente que dichas reglas sean incorporadas por las mismas partes como reglas vinculantes u orientativas de los procesos arbitrales. Sin embargo, en nuestro país, la prueba en el arbitraje se recaba de forma idéntica a un proceso judicial, y miramos con extrañeza y recelo figuras internacionalmente aceptadas como que, por ejemplo, los testigos presentan primero una declaración escrita, para sobre ella ser interrogados (si así lo solicita alguna

parte) en la audiencia oral. O, siguiendo con los ejemplos, seguimos diferenciando en el arbitraje doméstico entre la prueba confesional y la testimonial, e incluso es frecuente que a un confesante se le aperciba que en caso de no comparecer se le podrá tener por confeso, cuando el propio artículo 39 de la Ley RAC dice que los árbitros deben buscar la verdad real, lo cual riñe abiertamente con una verdad meramente procesal producto de una confesión en rebeldía.

Arbitraje bifronte

La coexistencia de dos leyes diferentes que regulan el arbitraje, según sea este doméstico (Ley RAC) o internacional (Ley Modelo), fue una solución legislativa poco deseable. Sin duda, lo perfecto es enemigo de lo posible, y sabemos que la unificación del arbitraje en una sola norma habría implicado que los legisladores realizaran múltiples ajustes a la Ley Modelo que quizá habrían afectado su pureza técnica y conceptual, y además, el trámite de aprobación de dicha Ley habría sufrido demoras adicionales. Ahora bien, ya que hay que convivir con dos normativas diferentes, debemos estar conscientes de los retos que esto conllevará a la hora de hacerlas coexistir.

El arbitraje debe ser uno sólo, y los criterios de aplicación e interpretación no pueden versar sobre elementos meramente subjetivos tales como la nacionalidad de las

3 Dicho artículo indica que la audiencia preliminar podrá señalarse en la misma resolución que fije plazo para la contestación de la demanda, cuando en realidad lo más razonable es que dicha audiencia sea fijada luego de la contestación de la demanda, quizá en el momento en el que se confiera audiencia a la actora sobre la contestación o, en caso de no haberla, en la resolución que ordene la prosecución del procedimiento, esto por cuanto a efecto de la fijación de la audiencia resulta importante conocer si la contestación se produjo y en qué términos.

partes involucradas o sus abogados. El papel unificador estará en manos de la Sala Primera en lo que a sus competencias atañe, ya que tendrá la importante labor de validar o rechazar determinadas prácticas usuales en el arbitraje internacional, y no deberíamos caer en la trampa de un sistema en donde, no existiendo normas diferentes entre las leyes arbitrales, la Sala Primera valide determinadas prácticas en arbitrajes internacionales y las censure en el arbitraje doméstico. Volviendo a los ejemplos anteriores, si se presentara un recurso de nulidad contra el laudo en donde se discuta la validez de la prueba testimonial recaba por escrito, ¿Aplicaría la Sala Primera criterios distintos dependiendo de si trata de un arbitraje doméstico a si se trata de un arbitraje internacional? O, ¿Si se contesta extemporáneamente la demanda, la rebeldía con admisión de los hechos procederá dependiendo de si se trata de un arbitraje doméstico o uno internacional? En nuestro criterio, siendo que el arbitraje debe ser uno sólo, y no existiendo diferencia entre ambas normas ya que ninguna de las dos dice nada al respecto, no debería haber diferencia alguna de criterio.⁴

El asunto resulta delicado cuando pensamos que el país se busca promocionarse como un destino para el arbitraje internacional, ya que para el logro de ese objetivo debemos no sólo presentarnos sino ser *arbitration friendly*, y estar abiertos a las prácticas que internacionalmente se estilan en la materia,

de allí que la Sala Primera tendrá en sus manos la delicada labor de asegurar o condenar el logro de tal cometido.

El Caballo de Troya

Como decíamos, el artículo 39 de la Ley RAC es el Caballo de Troya que ha permitido el ingreso del Código Procesal Civil al arbitraje doméstico. Sin embargo, con la aprobación de la Ley Modelo en el año 2011, un nuevo paradigma se nos presenta y brinda la oportunidad de refinar y tecnificar la práctica arbitral costarricense.

Y es que, si bien el artículo 39 de la Ley RAC permite la integración del arbitraje con *normas procesales de la legislación costarricense*, no ordena que sea necesariamente con el Código Procesal Civil, motivo por el cual, al ser la Ley Modelo una ley procesal costarricense (por más que regule un arbitraje internacional), por ser una ley posterior y especial en materia de arbitraje y ante todo recoger las mejores prácticas en la materia, debe ser la Ley que por antonomasia integre el proceso arbitral doméstico en lo que la Ley RAC no regule, y sólo ante el silencio de ambas normas, debería echarse mano del Código Procesal Civil, pero limitado en lo que este resulte compatible con los principios del arbitraje.

Es este ejercicio mental de determinar y justificar la compatibilidad de las normas

4 Sin duda existirán casos en los que sí existan diferencias entre la Ley RAC y la Ley Modelo, por ejemplo en lo relativo a la conservación del respaldo de las audiencias. Como se sabe, el artículo 51 de la Ley RAC ordena que las audiencias orales se graben para posteriormente transcribirlas en el expediente respectivo. Esta norma que no ha hecho más que encarecer y demorar el arbitraje doméstico de manera absolutamente innecesaria, desde luego que no existe en la Ley Modelo, motivo por el cual si, por ejemplo en algún momento se discutiera la nulidad o no de un proceso arbitral por la no existencia de dichas transcripciones, la resolución del mismo dependerá en buena medida de si se rige por la Ley RAC o por la Ley Modelo, ya que las disposiciones al respecto son distintas.

procesales con los principios arbitrales el que más echamos de menos en la práctica arbitral costarricense. Nada tenemos en contra del Código Procesal Civil, pero sí en contra de la aplicación automatizada e irreflexiva de éste en el proceso arbitral. Si la integración nace producto de un análisis reflexivo y fundamentado por parte del operador arbitral será no sólo posible, sino probablemente deseable, pero para ello resulta de primera importancia que el operador arbitral esté consciente de que las diferencias entre el proceso civil y el arbitraje no se reducen a un asunto de tiempo y costos.

Ahora bien, aunque la Ley RAC no difiere mayoritariamente de la Ley Modelo en materia de arbitraje, sí contiene algunas mejoras producto de la revisión que realizó la CNUDMI en 2006 al texto de la Ley Modelo. Así por ejemplo, en materia de medidas cautelares, la Ley Modelo tiene un desarrollo mucho más detallado que la Ley RAC, o permite también mayor flexibilidad a las partes facultándolas a ampliar su demanda y contestación en cualquier momento siempre que esté debidamente justificado a criterio del tribunal. Pero también resulta importante el aporte que puede realizar el artículo 2(A) de la Ley Modelo a la depuración de la práctica arbitral, en tanto ordena que para su interpretación deberá tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, y de igual forma, su integración deberá realizarse de conformidad con los principios generales en que se fundamenta. Normas similares se encuentran en todos los instrumentos del denominado Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI), que sólo pueden tener éxito si su aplicación se realiza libre -tanto como sea posible- de las tesis localistas que existen en cada jurisdicción.

Un ejemplo práctico de las diferencias que pueden presentarse entre aplicar de forma supletoria la Ley Modelo antes que el Código Procesal Civil puede verse en lo relativo a la contestación extemporánea de la demanda por parte del demandado, supuesto sobre el que nada dice la Ley RAC. Si se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil a este supuesto las consecuencias son de todos conocidas: se decretará la rebeldía de la parte demandada con la consecuencia de que la demanda se tendrá contestada afirmativamente en cuanto a los hechos (Art. 310). Muy al contrario, el artículo 25 (b) de dicha Ley establece:

“Artículo 25.- Rebeldía de una de las partes. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

- a) *el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones;*
- b) ***el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere, por sí misma, como una aceptación de las alegaciones del demandante;***
- c) *una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.”*

Como vemos, la solución que a un mismo supuesto confieren el Código Procesal Civil y la Ley Modelo son radicalmente distintas, y sin duda la solución propuesta por esta

última es más acorde con los principios arbitrales de informalidad relativa y verdad real ya que, al igual que dijimos con relación a la confesión, la contestación en rebeldía es una ficción jurídica que busca construir una verdad meramente procesal totalmente incompatible con los principios que orientan y justifican el arbitraje como método de resolución de conflictos.

Conclusión

La elección de acudir a un arbitraje implica una renuncia a la jurisdicción ordinaria, y con ello a la jurisdicción funcional, es decir la posibilidad de que ciertas decisiones jurisdiccionales sean revisadas por jueces superiores con la relativa seguridad jurídica que esto puede conllevar. Ahora bien, si aunado a dicha renuncia el arbitraje será

más costoso que un proceso judicial, debe ofrecer un valor agregado a sus usuarios, y el tiempo muchas veces no suele ser un factor determinante cuando en muchos casos se trata de disputas de millones de dólares. Ese valor agregado del arbitraje reside en buena parte en su flexibilidad e informalidad relativa, que es propia del derecho comercial, materia por excelencia arbitrable.

Entonces, si las partes optan por un arbitraje, debe permitírseles gozar de un arbitraje con todo lo que éste conlleva. Para ello, necesitamos ante todo apertura mental y un cambio de cultura que probablemente tomará varios años de esfuerzo conjunto de litigantes, árbitros y magistrados, pero como indicábamos al inicio, nunca han existido mejores condiciones para tomar el reto de iniciar una nueva etapa del desarrollo arbitral costarricense.