EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Dra. Anabelle León Feoli

El arbitraje en Costa Rica tiene raigambre constitucional. La Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, conocida como Ley RAC, que entró en vigencia en 1998, sin duda le dio un impulso importante, aún y cuando hemos de reconocer que la ciudadanía mantiene su preferencia por la justicia ordinaria, institucionalizada, quizás por la vinculación al proceso judicial que tuvo el arbitraje en sus orígenes, pues no solo fue parte de los procedimientos civiles, sino que además había participación e injerencia de la justicia estatal, unido al desconocimiento del arbitraje.

En esa línea, es notorio el desafío al que se enfrentó en su momento la Ley RAC, pero con todo y ello, encontró acogida en centros institucionalizados que la han ido posicionando en la cultura costarricense. A ese mismo desafío se encuentra ahora el Arbitraje Comercial Internacional: romper el molde conservador de acudir al medio tradicional de solución de conflictos, para dar paso a modalidades alternas para dirimir controversias.

La economía globalizada, por sus propias características, sobrepasa la capacidad de la legislación nacional y la respuesta de la justicia estatal, en los términos en que el

tráfico mercantil lo demanda. La realidad impone nuevas relaciones que generan conflictos novedosos que exigen nuevas formas de solución.

A partir de la década de los 80, la fuerza del mercado inició un crecimiento vertiginoso. El Estado se repliega, minimiza sus funciones y empieza a cobrar fuerza una economía sin fronteras, dominada en buena medida por las empresas multinacionales que estandarizaron la prestación de bienes y servicios. Los países, de diferente forma, algunos de manera pacífica, otros no tanto, pasaron de un modelo de Estado benefactor, a uno liberal, con apoyo en el movimiento de capitales y producción, lo que supone un proceso dinámico, continuo, orientado a la supresión de barreras arancelarias y de integración hacia un único mercado. El 26% del producto interno bruto mundial, está en manos de 300 empresas multinacionales.

Tan real es el comercio internacional, como los conflictos que se presentan en sus relaciones. Vivimos una economía globalizada, cada vez más desregularizada, liberalizada y privatizada, a la que el derecho debe una respuesta. No en vano considérese la importancia de dos instrumentos de gran valía en este entorno internacional: La Convención sobre Reconocimiento y

Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (suscrita en 1958, en New York, con el auspicio de las Naciones Unidas) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje (suscrita en 1975, en Panamá, auspiciada por la OEA). En ambas se fomenta, en esencia, el reconocimiento de acuerdos arbitrales y la ejecución de laudos internacionales, además de armonizar las reglas básicas atinentes a la materia, facilitando la uniformidad de criterios jurídicos entre los distintos países que las suscribieron, contribuyendo a la certeza y seguridad de someterse a normas internas de los diferentes países. Casi cuarenta años después de la suscripción de la última de estas convenciones, pareciera necesario contar con nuevas herramientas.

En efecto, era necesaria una normativa que formalmente autorizara al país a ser sede de un arbitraje internacional, que regule en el ámbito comercial internacional relaciones como el suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera y transacciones inmobiliarias en general.

Estas nuevas relaciones se dan, por lo general, entre dos o más personas físicas o jurídicas, residentes en dos o más países, de la mano de una aliada incondicional: la tecnología, que permite nuevas formas de comunicarse y promocionarse (difusión

masiva), contribuye a derribar fronteras, facilita la contratación en tiempo y forma real, donde lo presencial da paso a lo virtual. Sin duda, esta interconexión inmediata, de la que todos somos testigos, también repercute en el plano cultural, social, económico, político y jurídico.

Frente a esta realidad mundial y con el fin de atraer la inversión, los países se han visto obligados a uniformar legislaciones, simplificar procedimientos, facilitar regulaciones con apertura internacional. Los inversionistas exigen la solución de controversias con criterios de estandarización básica, similares en diversas latitudes, de manera tal, que les permita tener certeza y seguridad tanto en su desarrollo, como en su ejecución. Por eso la aprobación de una ley sobre arbitraje comercial internacional, es un pilar fundamental en el desarrollo económico de un país.

Nuestro país, aunque tardíamente, en mayo del 2011, aprobó la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptando para ello la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocida como Ley Uncitral. Pese a esta dualidad normativa: nacional e internacional, con ámbitos de aplicación distinta, hay una importante similitud en lo que atañe a la intervención de los órganos judiciales, en las diferentes etapas del proceso arbitral.

Aunque a la fecha no se han presentado impugnaciones de procesos arbitrales internacionales ante los órganos judiciales, lo que impide contar con algún criterio jurisprudencial sobre lo resuelto en las diferentes etapas en que se autoriza su intervención, tampoco su participación difiere significativamente de la que hoy autoriza el

arbitraje nacional. Me refiero básicamente a: medidas cautelares, designación de árbitros y su recusación, definición de competencia, recepción de alguna prueba, varias causales de nulidad del laudo y su ejecución.

En ambas legislaciones, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia juega un rol importante, aunque como veremos, reducido en su ámbito competencial, contrario al que corresponde al Tribunal Arbitral, sobre todo, en lo que concierne a la nulidad del laudo. Por eso, conocer su criterio en aspectos medulares, podría vaticinar sus decisiones en materia de arbitraje internacional. En ese orden de ideas, me permito destacar con apoyo en diferentes pronunciamientos, algunos criterios que estimo de interés.

Para la Sala:

- 1.- El arbitraje es un nuevo modelo de administración de justicia, desligado del institucional, en el que la participación del órgano judicial se encuentra reducida a su mínima expresión, en respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, que goza de protección constitucional (artículo 43 de la Carta Magna).
- 2.- El arbitraje tiene sus propios principios: privacidad, respeto a la autonomía de la voluntad, dispositivo, intermediación, celeridad (vía más expedita), economía procesal, debido proceso, seguridad, flexibilidad y una solución certera del conflicto (posibilidad de escoger los árbitros), hetero-compositivo y su fallo tiene autoridad de cosa juzgada material.
- 3.- Es una amenaza a la celeridad, el uso de prácticas dilatorias como el abuso

de la excepción de incompetencia, cuestionamientos a la cláusula arbitral y recursos de nulidad en los que se pretende someter a la Sala en aspectos ajenos a su competencia. El ejercicio ilegítimo de cualquier recurso, repercute en el dictado del laudo y en su ejecución.

- 4.- La especialización es una fortaleza. La potestad de las partes de escoger a los árbitros, permite la designación de personas versadas en la materia propia del conflicto, resguardando la naturaleza de la controversia.
- 5.- A los árbitros se les debe exigir probidad, independencia e imparcialidad. Reconoce que es un régimen distinto del que se aplica en la justicia ordinaria, pero con el mismo trasfondo. Ante el vacío normativo, ha entrado a conocer de la recusación del pleno del Tribunal, siempre que los reglamentos de los centros de arbitraje no contemplen otra solución.
- 6.- El acuerdo arbitral debe ser escrito, expreso, inequívoco, preciso. Vincula en función de su contenido y no de su denominación. Es autónomo, al punto de que la nulidad del contrato no supone su nulidad. Delimita el objeto del proceso, la pretensión de las partes y la competencia del Tribunal. Lo ha extendido a terceros en casos de convenios marco y a grupos de interés económico. Este, a mi juicio, es un tema difícil de delimitar.

Definidos los principios generales conviene hacer un breve recorrido por las causales de nulidad previstas en la Ley RAC tratando de relacionarlas con las previstas en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.

1.- Cuando se haya dictado fuera del plazo, salvo si las partes lo han ampliado.

De manera unánime, ha dicho la Sala que el plazo para laudar lo fijan en primer término, las partes, en su defecto, en el caso del arbitraje institucionalizado, el Reglamento del Centro y en el ad-hoc, se han aplicado los plazos previstos en el Código Procesal Civil para el dictado de las sentencias, según se trate de árbitro unipersonal o colegiado, dado que la Ley RAC no tiene regulación al respecto.

Además de la posibilidad que tienen las partes para su prórroga, ha reconocido la existencia de circunstancias especiales de suspensión.

Ante algunas hipótesis de nulidad: falta de algún pronunciamiento, un vicio procesal subsanable, del proceso o de la propia sentencia, la mayoría de la Sala ha ordenado su devolución, para que en el plazo que en su propio fallo indique, el Tribunal Arbitral corrija el error y si es del caso retrotraiga sus efectos. La fijación de ese plazo depende de las circunstancias de cada situación, tales como el vicio que se debe corregir, el plazo que aún quedaba para laudar y la complejidad del asunto. La minoría creemos que ello no es posible por cuanto el Tribunal perdió su competencia desde el momento en que laudó y que el plazo para laudar por disposición de ley está predeterminado por las partes, además de que la Ley no contempla el reenvío.

En el **arbitraje internacional**, no se sanciona con nulidad el vencimiento del plazo para laudar. Incluso, a solicitud de una de las partes, el Tribunal Arbitral tiene la posibilidad

de reanudar las actuaciones o de adoptar cualquier otra medida que elimine los motivos en que se fundamenta la nulidad invocada. (4)

2.- Se haya omitido pronunciamiento sobre asuntos sometidos al arbitraje sin cuya resolución resulte imposible la eficacia y validez de lo resuelto.

3.- Se haya resuelto sobre asuntos no sometidos a arbitraje; la nulidad se decretará en cuanto a los puntos resueltos que no habían sido sometidos al arbitraje, y se reservará lo resuelto si fuere posible.

Estas son dos hipótesis de incongruencia, una por omisión y otra por exceso de pronunciamiento. Para su determinación se debe cotejar el compromiso arbitral, el requerimiento, la demanda y su contestación con la parte dispositiva del laudo. Con frecuencia la parte recurrente pretende ingresar a las consideraciones del fallo, combatiendo la valoración probatoria y/o la aplicación del derecho.

En caso de que el Tribunal se exceda en su decisión, la ley autoriza a decretar una nulidad parcial, eliminando esa parte del pronunciamiento, siempre que no sea consecuencia directa de la decisión, como por ejemplo la devolución de las llaves al haberse acogido el desalojo.

Si por el contrario, hay omisión de pronunciamiento, la posición de la Sala está dividida, tal y como ya lo señalé.

Nótese la similitud de esta causal con la de la **Ley de Arbitraje Internacional**: *“que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones*

que excedan los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante si las decisiones del laudo que se refieren a las cuestiones al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas.” (a.iii)

4.- La controversia resuelta no era susceptible de someterse a arbitraje.

Expresamente, se ha reconocido que es arbitrable la materia privada, patrimonial y disponible. En ese sentido, se ha aceptado la posibilidad de que el Estado acuda al arbitraje, salvo cuando esté de por medio el ejercicio de potestades de imperio, o de deberes públicos, bienes de dominio público dado que son indelegables, irrenunciables e imprescriptibles, como la temática relativa a sanciones pecuniarias, multas, tarifas, o lesividades.

En el **arbitraje internacional** de igual manera, se prevé como causal de nulidad el hecho de que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje. (b.i)

5.- Se haya violado el principio del debido proceso.

Se ha establecido que su quebranto se produce cuando se infringen normas esenciales e irrenunciables del procedimiento, y fases relevantes acordadas por las partes, siempre que se haya causado un perjuicio al reclamante quien además debió utilizar los remedios procesales para subsanarlo, porque de lo contrario, se entiende convalidado. Sin que sea una lista taxativa, ha calificado como tales, al derecho de defensa, la posibilidad de ofrecer prueba, igualdad de trato procesal, contradictorio, adecuada motivación.

Básicamente, su participación se limita a garantizar la correcta tramitación del

arbitraje, no la decisión de fondo. Insiste en que es ajena a la solución de la controversia. Considera que la fundamentación debe ser razonable y razonada, además de permitir la ejecución del laudo. Ha señalado que no basta la simple discrepancia con la decisión arbitral. Por el contrario, en un par de ocasiones en que ha anulado señaló que había una ausencia total de fundamentación o esta era contradictoria o incomprensible, lesionando así el debido proceso y el derecho de defensa.

De manera reiterada ha señalado que el recurso de nulidad, analiza y resuelve sobre la base del laudo, no del caso concreto, en orden a los agravios planteados, lo que responde a la voluntad de las partes de sustraerse de la justicia ordinaria y limita su competencia a las causales previstas en la Ley, al mismo tiempo de afianzar los principios dispositivo y congruencia que aplican en el proceso arbitral.

En el **arbitraje internacional** de igual manera, es posible anular el laudo cuando la parte no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. (a.i.i)

6.- Se haya resuelto contra normas imperativas o de orden público.

Este es un concepto jurídico indeterminado, flexible, dinámico, difícil de definir e identificar. Con frecuencia se invoca el quebranto de normas procesales por ser de esa naturaleza, tratando de desconocer que en el arbitraje, las partes pueden definir el procedimiento o acogerse al del Centro al que previamente decidieron acudir. Se ha dicho que son aquellas normas que por

ser de aplicación obligatoria no pueden ser sustituidas ni alteradas, imponiéndose de modo absoluto a la voluntad de las partes. Son una barrera infranqueable a la capacidad de disposición, a la autonomía de la voluntad que se subordina a la vigencia de los intereses de la sociedad. Podría configurarse la causal al someterse al arbitraje materia no disponible, o bien, el uso de fundamentos jurídicos contrarios a la legislación.

En el **arbitraje internacional**, procede la nulidad si el laudo es contrario al orden público de Costa Rica. (b.i.i)

7.- El tribunal carecía de competencia para resolver la controversia

Se ha ligado con la existencia del convenio o compromiso arbitral o bien con la materia que se somete a arbitraje.

En el primer supuesto, por falta de compromiso arbitral, ya sea porque no existe o bien, porque no alcanza a alguna de las partes. En el otro, por el objeto (materia no disponible), sometido a arbitraje

En **arbitraje internacional** es posible anular cuando la composición del tribunal o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo entre las partes. (bi.i.)

Entonces, es claro que la posición de la Sala, de cara al arbitraje internacional, a hoy, con la composición actual podría eventualmente llegar a ser predecible. Hay a mi juicio solo una causal que en apariencia, resulta novedosa:

“ Que alguna de las partes que suscribe el compromiso está afectada por alguna incapacidad.”

Y digo en apariencia, porque sin duda, frente a una incapacidad debidamente acreditada, estimo que afectaría de manera directa el consentimiento que conformaría el acuerdo arbitral que es, a su vez, la base del proceso arbitral.

De esta manera, podría llegar a ser posible desde el punto de vista jurídico, ofrecer a quienes acudan al arbitraje internacional una posición clara y reiterada de la Sala, en punto a las casuales de nulidad del laudo.

Pero esto sin duda, no es suficiente, pues como país, incluida la Sala Primera, debemos asumir con seriedad el compromiso que garantiza una correcta implementación y funcionamiento del arbitraje comercial internacional en Costa Rica.

- 1.- Debemos aprender de la experiencia de los Estados más desarrollados en la temática, para rescatar sus aciertos e incorporarlos a nuestra realidad mediante una adecuada adaptación.
- 2.- Precisa impulsar publicaciones, cursos, foros de discusión. Se debe fomentar la capacitación y especialización de quienes tienen injerencia en el tema: empresarios, comerciantes, juristas, abogados, árbitros, funcionarios judiciales, académicos, para enfrentar los nuevos retos que impone el mundo globalizado, sus relaciones, conflictos y soluciones.
- 3.- Ofrecer un adecuado funcionamiento de los diversos servicios que se requieren para la correcta implementación y funcionamiento del arbitraje, tales como aeropuertos, infraestructura vial, telecomunicaciones, seguridad personal, acceso a los servicios institucionales.

4.- Tener claridad de que estamos frente a un modelo distinto y novedoso, en el que se conocen controversias de personas que están separadas por distancia, cultura, idioma, jurisdicción, sistemas legales, condiciones que también se pueden presentar en la composición del Tribunal Arbitral.

5.- Se deben respetar los principios básicos establecidos en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, a saber: antiformalismo, procedimiento flexible, escogencia de árbitros, objetivo, celeridad (tácticas dilatorias), eficiente, confidencialidad en la etapa arbitral, especialización, flexibilidad a tono con la libertad de comercio.

6.- Las partes, sus abogados y los jueces, debemos tener claro que al igual que en el arbitraje doméstico, el nuevo modelo predica el cabal reconocimiento y respeto al acuerdo arbitral, cuya acreditación escrita se amplía a tono con la tecnología y las características de la relación. Y desde luego, la independencia del derecho sustantivo que escogieron (las partes) para la solución de la controversia.

7.- Sedeberánreconocerlasparticularidades del arbitraje internacional en punto a

aspectos precisos que la Ley señala: idioma, nacionalidad de los árbitros y abogados y su no incorporación al respectivo colegio profesional; la posibilidad de que el Tribunal defina el procedimiento, incluyendo la determinación, admisibilidad, pertinencia, valor de las pruebas y la aplicación de las leyes sustantivas (ajenas a las costarricenses), que las partes acordaron aplicar.

8.- Las instancias judiciales que nos involucramos en diferentes etapas del proceso arbitral, debemos tener claro que la celeridad es un mandato, plasmado específicamente en la aprobación de la Ley, por lo que deberemos hacer lo propio por responder con prontitud.

Bueno, creo que vamos a coincidir en que no podemos ni renunciar ni postergar nuestra responsabilidad y compromiso. Si las fronteras se abrieron, si las relaciones comerciales trascienden nuestro país, si el derecho también se transforma como indiscutiblemente ha sucedido, sus operadores no podemos desconocer esta realidad. Por el contrario, debemos asumir el compromiso que las circunstancias nos demandan y la historia nos juzgará.