

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

Alberto Fernández López



Socio de la firma CJA Abogados (Costa Rica). Asesor legal en las áreas de planeación y desarrollo de contratos comerciales en comercialización, distribución y transporte de mercaderías; sociedades y fideicomisos, fusiones y adquisiciones de empresas, distribución y representación de casas extranjeras y comercialización agroindustrial.

Introducción

El arbitraje comercial internacional es una vía privada, que se ofrece como una alternativa al litigio ante tribunales judiciales de un Estado. El arbitraje tiene la finalidad de dar solución a conflictos de índole patrimonial, donde las partes han convenido en sustraer el conocimiento de la controversia de los Tribunales Judiciales locales.

Se reconoce en la doctrina arbitral, que el arbitraje comercial internacional es la vía idónea y natural, en el contexto económico actual de la globalización comercial, para resolver los conflictos surgidos en el comercio internacional.¹

La judicatura no está excluida o aislada de este ámbito del Derecho y de la vida económica; al contrario, debe existir una relación de cooperación y asistencia entre ambas jurisdicciones, para facilitar la marcha del proceso arbitral y su efectividad.

Alberto Fernández López

La uniformidad internacional en cuanto a normas legales que regulan el arbitraje comercial internacional, en especial la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aceptada por 70 Estados², Convención de Nueva York ratificada por 149 Estados y territorios³ y Convención de Panamá ratificada por 19 países de nuestra América⁴, así como los principios, reglas y doctrina jurisprudencial generada por la práctica arbitral internacional,⁵ constituyen una realidad en el mundo jurídico de los negocios internacionales, que si bien no está exenta de dificultades, han llegado a conformar un sistema de solución de conflictos internacionales que ha crecido significativamente en los últimos veinte años.

En la medida que cada uno de nuestros países mantenga una aplicación de esas normas y principios, conforme a los estándares internacionales del mundo arbitral, hará más confiable, segura y predecible la resolución de controversias en esta zona del mundo, minimizando el riesgo económico que conlleva cualquier operación de comercio internacional o la atracción de inversión extranjera directa y la solución de sus eventuales conflictos.⁶

El propósito de este artículo es analizar sucintamente (i) la distinción entre la jurisdicción de los jueces y la jurisdicción arbitral, para que comprendiendo las particularidades y las diferencias que presentan, se pueda (ii) identificar las áreas de cooperación y colaboración entre ambas jurisdicciones y definir el rol que compete a la judicatura frente al arbitraje comercial internacional y (iii) exponer la práctica judicial costarricense en este tema a modo de ilustración general.

I.- Dos jurisdicciones distintas y en relación de cooperación

(i) Fundamentos de cada jurisdicción

La jurisdicción es la actividad a través de la cual se procura restablecer el orden jurídico vulnerado por conductas humanas contrarias a las que la norma estatal postula. Su particular modo de expresarse es la sentencia, donde se concreta la función de juzgar mediante la imposición de una conducta específica a las partes, para quienes -en virtud de hallarse sometidos a ella- reviste carácter vinculante y obligatorio.⁷ A su vez, toda sentencia conlleva la ame-

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

naza de que, en caso de resistencia o de falta de cumplimiento espontáneo, se pueda imponer coactivamente.

En los casos de la jurisdicción obligatoria, como lo es la judicial, la autoridad de la sentencia proviene de la Constitución Política y la Ley, que dota al aparato estatal de los medios coercitivos necesarios para imponer la sentencia.

En el arbitraje comercial internacional, la fuerza obligatoria del laudo proviene de la voluntad misma de las partes que se comprometieron a acatarlo⁸, al haber accedido, de manera voluntaria, a dirimir su conflicto por medio de un tercero neutral, que es una persona particular al que se le dan facultades jurisdiccionales y se reconoce a su decisión los mismos efectos que una sentencia. De manera mediata, los árbitros derivan su jurisdicción de la Ley que reconoce, incluso a nivel constitucional, el derecho que tienen los particulares para someter a arbitraje determinadas cuestiones patrimoniales y disponibles, siendo así que detentan una jurisdicción para un determinado asunto, no es una jurisdicción permanente como si lo es la judicial; por ello la arbitral es una jurisdicción limitada en el tiempo y limitada por la materia que puede conocer y resolver.⁹

Es de interés señalar que la Sala Constitucional de Costa Rica¹⁰, determinó en uno de sus primeros precedentes sobre el tema, que el arbitraje es un proceso de naturaleza jurisdiccional:

“IV.- Naturaleza del arbitraje y principales rasgos.- Para la Sala la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, como un medio idóneo y alternativo para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tienen las características y la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos.”¹¹

Al ser dos jurisdicciones distintas, la del Poder Judicial indispensable para una buena marcha de los Estados y la sociedad en general, y el arbitraje como un ámbito específico del derecho de libertad y autonomía de la voluntad de los particulares y sólo para cuestiones patrimoniales y transables, en principio, no deberían tener una mayor relación.¹²

Alberto Fernández López

(ii) Intervención judicial mínima y taxativa

La doctrina arbitral enfatiza usualmente la separación que debe existir entre los jueces del Estado y los árbitros, queriendo resaltar la autonomía procesal que goza el arbitraje. No obstante, lo cierto es que el arbitraje requiere -en muchos casos- de la cooperación y asistencia judicial.

Al respecto, comparto un criterio fijado desde el año 2000 por la Sala Primera de la Corte costarricense, que ilustra el ideal de la intervención de los órganos judiciales en los procesos arbitrales:

“En primer lugar debe tomarse en cuenta que el legislador se propuso desjudicializar en lo posible el arbitraje, para que fuese efectivamente una alternativa a la justicia institucional. Consecuente con ello, es la prohibición de que los órganos judiciales puedan ser designados árbitros de equidad o de derecho (art. 25). En segundo lugar, para potenciar el arbitraje no sólo se le substraigo del Código Procesal Civil, donde no era sino un procedimiento más, sino que se autorizó a las partes para elegir libremente el procedimiento idóneo frente a la naturaleza del conflicto suscitado, con la única limitación de respetar los principios constitucionales de derecho de defensa y de contradicción (art. 39). En suma la asignación de nuevas competencias a la Sala no puede ser entendida sino como la única injerencia permitida por el legislador a los tribunales en una institución concebida para potenciar una alternativa real a la Administración de Justicia impartida por los órganos judiciales.”¹³ (Lo resaltado no es del original).

Ese criterio de intervención mínima de la judicatura en el arbitraje representa uno de los pilares básicos de esta institución jurídica y que se encuentra consagrado en el artículo 5 de la Ley Modelo de CNUDMI que dispone:

“Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal

En los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.”¹⁴

La Ley de Arbitraje Comercial Internacional, conforme a la Ley Modelo CNUDMI, dispone taxativamente la intervención judicial en determinados supuestos:

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

- a. Se otorga competencia a los tribunales judiciales de la sede del arbitraje, para resolver las gestiones de nombramiento de árbitro ante la ausencia de acuerdo o designación por las partes o el ente nominador;
- b. Se otorga competencia a los tribunales judiciales de la sede del arbitraje para conocer la impugnación de la resolución que deniega la recusación de un árbitro y emitir la resolución de cesación de un árbitro, cuando existe conflicto en tal sentido;
- c. Se otorga competencia a los tribunales judiciales de la sede del arbitraje para resolver la impugnación sobre la declaratoria de competencia que emita el tribunal arbitral;
- d. Se otorga competencia a los tribunales judiciales de la sede del arbitraje para conocer el Recurso de Nulidad contra el laudo; y
- e. Se otorga competencia al tribunal judicial donde se pretenda el reconocimiento y la ejecución de las órdenes procesales sobre medidas cautelares, auxilio en la producción de prueba, reconocimiento y ejecución de laudos internacionales.

Delimitada la intervención judicial en el arbitraje a labores específicas de asistencia, cooperación y tutela específica de los derechos de las partes, se le permite mantener su naturaleza de medio privado de solución de conflictos, conducido conforme la voluntad de las partes.

Como podrá notarse, se trata de funciones de intervención judicial de carácter específico, donde los árbitros y las partes no tendrían la capacidad de avanzar en el proceso que han escogido sin la asistencia judicial (nombramiento y recusación de árbitros); o el proceso arbitral podría verse truncado por la falta de coercitividad de los árbitros (imposición de medidas cautelares y asistencia en la producción probatoria) o, finalmente, la tutela judicial de los derechos de las partes (impugnación de la competencia, la nulidad del laudo, el reconocimiento y ejecución del laudo internacional).

Alberto Fernández López

Delimitada la intervención judicial en el arbitraje a labores específicas de asistencia, cooperación y tutela específica de los derechos de las partes, se permite al arbitraje mantener su naturaleza de medio privado de solución de conflictos, conducido conforme la voluntad de las partes, es decir, utilizando un procedimiento libremente pactado por ellas o por el tribunal arbitral conforme a las características propias de la controversia. De aquí la conocida frase de que “el arbitraje es un traje a la medida” que se confecciona de acuerdo a cada caso.¹⁵

De ese modo, la forma de intervención del juez estatal en el arbitraje es muy distinta de lo que usualmente es su labor diaria, en la que puede intervenir de oficio, cumple muchas veces funciones de tutela de las partes y sus intereses litigiosos, verifica la procedencia de las medidas cautelares y se rige por normas procesales que definen claramente sus poderes y cómo los ejerce.

En cambio, cuando el juez estatal tiene frente a sí un arbitraje, se encuentra con un proceso con reglas flexibles, fijadas por las partes y el tribunal arbitral; en ocasiones hacen uso de reglamentos arbitrales y reglas de procedimientos que no tienen sustento positivo, salvo la propia autonomía de voluntad de las partes. Por su naturaleza dispositiva, el arbitraje es flexible, moldeable por las partes, de modo que su naturaleza y esencia son distintas a los procesos judiciales.

Las leyes de arbitraje establecen que el juez estatal sólo interviene en determinadas y específicas actuaciones, donde un Tribunal Arbitral es incapaz de actuar, usualmente por su falta de autoridad y coercitividad, porque no cabría darle mayores atribuciones sin desnaturalizar y eliminar la esencia misma de la institución arbitral.

La Sala Constitucional costarricense demarcó claramente las diferencias entre ambas jurisdicciones, criterio que compartimos totalmente y permite clarificar este tema:

“El Tribunal no comparte el criterio de los accionantes relativo a que el arbitraje puede asimilarse al proceso ordinario y por ello, debería contar con los mismos medios recursivos. Ciertamente los dos procesos buscan el mismo objetivo, cual es resolver un conflicto de naturaleza jurídica entre dos partes; sin embargo, difieren en

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

la forma en alcanzarlo. El arbitraje es un instrumento procesal que el ciudadano puede utilizar para ejercer su derecho a resolver sus diferencias patrimoniales a través de un medio alternativo a la tutela jurisdiccional. El artículo 2° de la Ley N° 7727 denominada Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social señala que "...toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible." Se trata entonces de uno entre varios métodos alternativos de resolución de controversias. No es, como algunos podrían pensar, una forma de impartir justicia opuesta a la estatal, pero sí diferente en varios aspectos. Ambos constituyen medios para la resolución de conflictos, que tutelan derechos diferentes aunque, se insiste, no por ello opuestos: el artículo 41 referido a la tutela judicial y el 43 a la tutela arbitral.

VIII.- En primer término, la justicia arbitral tiene su origen en un acuerdo de voluntades suscrito con ese propósito, fundado en el principio de autonomía de la voluntad. Prueba de ello es que nadie puede ser obligado a participar en un arbitraje si de previo no ha consentido en eso por escrito. El proceso ordinario, en cualesquiera de sus formas, es actividad judicial. Tiene su origen en una controversia que culmina con la interposición de una demanda ante un órgano judicial por parte de una persona física o jurídica (actora) en contra de otra (demandada). El demandado es traído al proceso de manera forzosa y deberá mantenerse en él con el objeto de defender sus derechos. Por otra parte, y en relación con el objeto del proceso, es importante acotar que no todos los asuntos pueden ser sometidos a arbitraje; existen materias de orden público que por su naturaleza están reservadas para ser conocidas y resueltas por la jurisdicción estatal la que, por el contrario, puede y debe conocer y resolver todos los asuntos que le sean sometidos. En relación con los profesionales que tramitan el proceso, el arbitraje es conducido por profesionales (normalmente abogados, pero en los procesos ad hoc no necesariamente es así), nombrados por las partes y pagados por éstas. Desempeñan su labor como verdaderos jueces en tanto su decisión es vinculante y produce cosa juzgada material. Sin embargo, a diferencia de los jueces adscritos al Poder Judicial, son nombrados para conocer el caso concreto; una vez que dictan el fallo, cesa su nombramiento. En cuanto al plazo, los árbitros tienen que realizar su labor dentro de un plazo definido previamente para resolver, que normalmente oscila entre siete meses y un año, contados a partir de la notificación de la demanda. Solamente en los procesos ad hoc, la ley no prevé un plazo determinado. En cualquier supuesto, siempre se tratará de un plazo mucho menor al que toma dictar la resolución final de un asunto en la vía judicial. Ello pone de relieve

Alberto Fernández López

la principal característica de la justicia arbitral, la celeridad, que constituye además la mayor ventaja que presenta el arbitraje frente a la justicia estatal y el elemento que atrae a muchos ciudadanos a su ámbito. Del otro lado tenemos que la justicia estatal es gratuita; los procesos han sido diseñados de manera tal que factores económicos no obstaculicen el acceso a la justicia. Siendo la función jurisdiccional una de las funciones básicas del Estado, éste ha creado la infraestructura necesaria al efecto y la ha dotado de los recursos humanos y materiales necesarios para que sea tan eficiente y efectiva como el sistema lo permite. Los jueces que conocen de estos procesos, conocen al mismo tiempo de otros muchos, lo que con más frecuencia de la deseada, provoca sobrecarga de trabajo y congestión, aspectos que representan uno de los mayores problemas y desafíos de la justicia ordinaria, pues provoca atrasos en la resolución de los conflictos. Adicionalmente si bien ambas formas de resolución de conflictos están sometidas a los principios del debido proceso, el derecho de defensa y el de contradicción, etc., en el proceso jurisdiccional los jueces y las partes deben someterse rigurosamente al procedimiento establecido en la ley correspondiente según su competencia. En el arbitraje, aunque está sometido a los mismos principios, los árbitros gozan de mayor flexibilidad en cuanto a las reglas procesales de manera que pueden “diseñar” su propio proceso o pueden adoptar uno ya establecido e introducirle las modificaciones que estimen convenientes, en aras de agilizar el procedimiento.

IX.- A partir de lo expuesto se puede apreciar cómo las características propias de cada proceso justifican que las reglas procesales que se aplican en cada uno sean diferentes. En concreto, y en relación con el tema de los recursos, contra el laudo arbitral solo existe recurso de nulidad y el extraordinario de revisión, contrario a lo que sucede con el proceso ordinario, donde existen varias instancias revisoras. Sin embargo, ello es así en virtud de la naturaleza especial del proceso arbitral, en el cual las partes tienen una calificada intervención al definir aspectos tan relevantes como la composición del tribunal arbitral y las reglas dentro de las que éste actuará. Ese aspecto de la no “recurribilidad” del laudo es consustancial al proceso arbitral mismo. Tan es así que la “Ley Modelo de Arbitraje” elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI o UNCITRAL -por sus siglas en inglés-), recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, dispone claramente en el artículo 34, y en relación con la impugnación del Laudo, que “1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribu-

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

nal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo". A partir de esta fórmula propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI), la mayoría de los ordenamientos jurídicos disponen que los laudos no tienen recurso de apelación ni casación, con el objeto de mantener los principios de informalidad y celeridad procesal, que constituyen los ejes alrededor de los cuales se ha construido el instituto del arbitraje. De ahí que, volviendo al alegato inicial de los accionantes en punto a la presunta violación al principio de igualdad, no hay tal pues se trata de procesos diferentes. En un supuesto como éste, el principio de igualdad resultaría lesionado si se aplicaran distintas reglas procesales a sujetos sometidos al mismo procedimiento, no cuando se aplican reglas diferentes a procedimientos diferentes. De ahí que la Sala estime que no es un argumento legítimo trazar un parangón entre procesos de diferente naturaleza."¹⁶

Comprendiendo esas diferencias, que podemos calificar de esenciales a cada jurisdicción, o diferencias de método para producir la sentencia o el laudo, se comprende mejor que el rol que debe desempeñar la judicatura con el arbitraje comercial internacional debe ser puntual, conforme expresa disposición legal, para no variar o desnaturalizar al arbitraje y las legítimas expectativas e intereses de las partes en controversia que han escogido esa medio de solución a su desacuerdo.

(iii) El principio de intervención mínima y de interpretación internacional

El arbitraje, a pesar de ser un proceso nacido de un acuerdo voluntario entre partes, topa muchas veces con la renuencia de alguna de ellas a cooperar y hasta con conductas abiertamente hostiles a cumplir su compromiso, por lo cual, ante esas circunstancias, se hace imprescindible el auxilio judicial al proceso arbitral.

Los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.¹⁷

De modo que, al carecer los árbitros del poder de imperium propio del Estado, requiere necesariamente la cooperación o auxilio judicial.

Alberto Fernández López

El Juez estatal es un auxiliar del proceso arbitral, un garante de que el arbitraje discurra sin mayores obstáculos y retrasos, por lo que tiene el deber de auxiliar y cooperar con los árbitros para ejecutar medidas cautelares, o para exigir la comparecencia de testigos o para revisar si se incurrió en causales de nulidad en el laudo.

Al decir del profesor argentino Roque Caivano:

“El arbitraje no puede existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen convencional.”¹⁸

En lo que debe insistirse en este punto es que, al ser el método de resolución de conflictos distinto, no cabe una intervención o abordaje similar.

El Juez ante un asunto arbitral debe estar en aptitud y capacidad de comprender la distinta naturaleza que tiene ese método alterno, del que él usualmente utiliza, debe comprender que los principios arbitrales universales de celeridad, eficiencia, autonomía de la voluntad, libre formulación del procedimiento, hacen que el Juez no

deba intervenir más allá de lo que la misma ley nacional le permita, para no causar -con su intervención- una intromisión indebida.

Afirmamos que no es el rol del juez nacional frente a un proceso arbitral, inmiscuirse en el fondo de la controversia o tutelar los derechos que reclama una parte o quien deba “hacer justicia” al caso. Todo lo contrario.

El Juez estatal es un auxiliar del proceso arbitral, es un garante de que el arbitraje discurra sin mayores obstáculos y retrasos, por lo que tiene el deber de auxiliar y cooperar con los árbitros para ejecutar medidas cautelares, o para exigir la comparecencia de testigos o para revisar si se incurrió en causales de nulidad en el laudo; actuaciones todas claramente enfocadas en dar eficiencia al arbitraje mediante la remediación de los inconvenientes propios de esa jurisdicción voluntaria.

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

La misión del Juez de cara a un arbitraje es de dar tutela al proceso arbitral, más que tutelar subjetivamente lo que él estime como lo justo o correcto. De lo contrario, se crea una sensación de incertidumbre o de duda acerca de lo que esa jurisdicción estatal en particular hará, ya no sólo ante casos locales, sino ante los arbitrajes internacionales.¹⁹

Al respecto, en la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI a la Ley Modelo versión 2006, se indicó:

“b) Delimitación de la asistencia y supervisión judiciales.

15. Como lo demuestran recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Esa tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad del proceso arbitral.

[...]

17. [...] En el artículo 5 se garantiza pues que en el texto legislativo por el que se incorpore la Ley Modelo al derecho interno se enumerarán todos los casos en que un tribunal podrá intervenir, excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, la acumulación de actuaciones arbitrales, la relación contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o la fijación de costas y honorarios, incluidos los depósitos). La protección del proceso arbitral contra toda injerencia imprevisible o perjudicial de un tribunal judicial es un elemento fundamental para las partes que elijan la vía arbitral (en particular, las partes extranjeras).”²⁰

Toda inversión extranjera o negociación con partes internacionales, tomará muy en cuenta si en ese país se reconoce valor a los acuerdos arbitrales, si hay o no injerencia estatal en el procedimiento arbitral y si se sigue o no las prácticas arbitrales más aceptables internacionalmente; todo con una finalidad de reducción de riesgos mediante un sistema fiable y predecible en su funcionamiento para solucionar controversias.

Alberto Fernández López

Precisamente atendiendo a esas nociones, la versión 2006 de la Ley Modelo estableció en el artículo 2.A:

“Artículo 2.A. Origen internacional y principios generales.

1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.”

Al fijarse por Ley, para el caso de los países que han puesto en vigencia legislación basada en la Ley Modelo, como en caso de Costa Rica, una interpretación de sus disposiciones que tenga en consideración su origen internacional y la promoción de la uniformidad en su aplicación y observancia, remite necesariamente a la mejor práctica internacional sobre este instituto y a la ausencia de principios localistas o regionales contrarios a la internacionalización del arbitraje comercial.

II.- La intervención judicial en la práctica del arbitraje en Costa Rica

En Costa Rica realmente es muy insipiente la práctica en el arbitraje comercial internacional, sin embargo, se tiene 15 años de práctica sostenida en arbitraje nacional, algunos de los cuales, se han llevado a cabo con partes internacionales, corporaciones financieras y bancarias internacionales, multinacionales y personas de distintos orígenes nacionales.

Esa práctica ha generado una doctrina jurisprudencial sumamente interesante, que se reseña aquí para contribuir a la difusión de sanas prácticas judiciales que apoyan el arbitraje.

(i) Fundamento constitucional del arbitraje

Se admitió sin ambigüedades que el arbitraje tiene sustento en la Constitución Política, por lo que no podría ser eliminado o restringido, por normas de rango inferior, respetando siempre los derechos constitucionales de garantía de debido proceso.

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

Al respecto se indicó:

“IV.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PROCESO ARBITRAL. El artículo 43 de la Constitución Política garantiza el derecho a toda persona para terminar sus diferendos patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente. El contenido material de este derecho se manifiesta, en primer término, en su condición de derecho potestativo, puesto que nadie puede ser obligado a someterse a un arbitraje si, previamente, no lo ha consentido en el ejercicio de su libertad de contratación. Es decir, el ciudadano tiene libertad, como derecho fundamental, de escoger la vía por la cual resuelve sus conflictos, por lo tanto, no puede existir una ley o un acto de alcance general que niegue la posibilidad de escoger esta vía de solución alternativa. En segundo lugar, el arbitraje debe realizarse conforme a un procedimiento que garantice a las partes al menos los siguientes derechos: a) un tribunal imparcial integrado por árbitros competentes; b) la posibilidad de las partes de impugnar las resoluciones; c) el derecho de solicitar la nulidad del laudo ante los tribunales comunes cuando no se respete la garantía constitucional del debido proceso; d) la garantía de ejecución del laudo para la parte vencedora.”²¹

(ii) Arbitraje no requiere de doble instancia

En una acción de inconstitucionalidad contra la norma que impide la revisión en alzada contra el laudo, el criterio categórico fue el de rechazar la acción pretendida y dejar definitivamente establecido el criterio de que la ausencia de recurso de apelación contra el laudo no es una violación del debido proceso y tampoco es una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“V.- Sobre el derecho a la doble instancia. El argumento de los accionantes se centra en la consideración de que, en materia arbitral, la inexistencia del recurso que permite la revisión de la sentencia por una autoridad superior viola el derecho a una doble instancia y el principio de igualdad. La Sala no comparte los argumentos de los accionantes por las razones que se indicarán a continuación. En cuanto al primer aspecto alegado, violación al derecho a una doble instancia, este Tribunal reiteradamente ha señalado que no existe un derecho fundamental a la doble instancia, salvo en materia penal o sancionatoria. El hecho de que el legislador haya dispuesto en algunos procesos que determinadas resoluciones dictadas tienen la posibilidad de ser revisadas por una instancia superior, no significa que se pueda ex-

Alberto Fernández López

La ayuda que prestan los jueces nacionales en la práctica de medidas cautelares y anticipos de prueba, muchas veces resulta de la mayor importancia para tutelar el derecho de las partes en conflicto.

tender el razonamiento a otros procesos o a otras resoluciones sin más. En relación con el tema de los recursos, este Tribunal ha indicado que la Constitución Política no contempla un derecho a la doble instancia; el derecho de apelación no es irrestricto, y sólo se constituye como tal, en los términos establecidos en el Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos) en sus artículos 8 y 25, que lo limitan a la materia penal, contra el fallo condenatorio, o en los demás casos, en cuanto a las resoluciones que ponen fin al proceso, con las salvedades que se indican. Así, la circunstancia de que la

*resolución final que se dicta en un proceso arbitral no tenga recurso de apelación no es violatorio del debido proceso.*²²

Los anteriores precedentes judiciales permiten afirmar que en Costa Rica el arbitraje es un derecho de rango constitucional, prevaleciendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, siendo de uso facultativo o voluntario por las personas y empresas que se encuentren en conflicto. En el proceso arbitral deben prevalecer las garantías propias del debido proceso (derecho de defensa, audiencia, igualdad de partes), la imparcialidad del Tribunal, el derecho de recurrir contra el laudo y finalmente, tener derecho a ejecutar lo resuelto por los árbitros, lo cual constituye las bases necesarias para edificar con solidez la institución arbitral.

(iii) Cooperación judicial en materia de medidas cautelares y prueba anticipada

La ayuda que prestan los jueces nacionales en la práctica de medidas cautelares y anticipos de prueba, muchas veces resulta de la mayor importancia para tutelar el derecho de las partes en conflicto y asegurar que finalmente la razón prevalezca en el caso y se aseguren los resultados efectivos del proceso arbitral.

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

Al respecto, un Tribunal Superior manifestó lo siguiente:

“Excepcionalmente, pueden presentarse situaciones en las que, sin haber iniciado ninguna pretensión formal en sede arbitral, ni requerida la designación de los árbitros, se busque realizar -previamente- determinada actividad procesal para el futuro procedimiento arbitral. En esos casos de urgencia, no hay evidencia legal impositiva en el sistema procesal arbitral, para la realización de determinada actividad acudiendo a la jurisdicción ordinaria. Hacemos referencia a la medida cautelar que recoge La Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos respecto a la procedencia de esas medidas en sede judicial recogida en su artículo 52, mediante las cuales se puede afectar incluso el patrimonio del futuro demandado en sede arbitral para asegurar la eficacia del laudo futuro; sin embargo, hay situaciones que no buscan asegurar algún patrimonio para una futura ejecución forzada del laudo o mantener o cambiar una situación de hecho controvertida que sería materia de una eventual y futura decisión arbitral, sino que buscan asegurar algún medio de prueba para el futuro procedimiento arbitral. A criterio de la Cámara, la posibilidad de acudir previamente a la sede judicial para la obtención de una medida cautelar con antelación al juicio de arbitramento, no está vedada en el aludido canon 52 [...]”²³

(iv) Intervención limitada al conocer el Recurso de Nulidad contra el Laudo

El proceso de anulación de un laudo arbitral es donde mejor se decanta una jurisdicción como amigable al arbitraje internacional, porque enfrenta directamente al Juez Estatal con el pronunciamiento del Tribunal Arbitral y la tentación de modificar lo dicho por los árbitros.

En Costa Rica, el Juez estatal -en cumplimiento expreso de la legislación sobre arbitraje- indicó que no procede pronunciarse sobre aspectos de fondo del laudo, ni sobre valoración de la prueba y no puede modificar la decisión arbitral.

En una de múltiples resoluciones al respecto se indicó:

“IV. Respecto del primer agravio, esboza diferentes inconformidades, que para una mejor comprensión se ordenan del siguiente modo. Inicia aduciendo indebida valoración de la prueba constante en el expediente; y que, debido a ello, el Tribunal elabora un

Alberto Fernández López

*elencó errado de hechos probados que lo lleva a equivocarse. Menciona por ejemplo, no se tomó en cuenta la injerencia que tenía la anotación de una demanda sobre una de las fincas; en igual sentido la notificación hecha a don [...]. Todo esto, en su criterio, conduce a los árbitros a fallar en su contra, dejando de lado la evidente mala fe de las codemandadas. En este punto cabe señalar, que la discusión pretendida por el recurrente, corresponde a cuestiones relativas al fondo de la controversia. En otras ocasiones ya esta Sala en casos de arbitrajes ha dicho: "...el legislador, se entiende, diseñó el control estatal para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, como pilares básicos de todo proceso. En ese sentido, el pronunciamiento de la Sala, se limita a acoger o rechazar la nulidad invocada, sin que tenga posibilidad alguna de sustituir la decisión arbitral...", (resolución número 24 de las 10 horas 35 minutos del 19 de enero de 2007). Cabe indicar también, las causales establecidas en el numeral 67 de la Ley 7727, constituyen una lista taxativa, por las cuales, es procedente el recurso de nulidad contra el laudo. Es claro, que a excepción dispuestas en los puntos d) y f) -la que será analizada más adelante-, todas las demás corresponden a causales de orden procesal. Todo lo cual quiere decir, que a esta Sala le está vedado analizar el fondo del asunto, pues su participación se limita a lo permitido por el ordinal 67 de cita. El recurrente solicita, se revise la prueba y se dimensione de manera distinta la mala fe de las codemandadas. Tal petición va encaminada a que este Órgano se enfoque al estudio de los criterios de fondo utilizados por el Tribunal para arribar a su decisión. Como se ha explicado, se encuentra imposibilitado de revisar esos temas. En virtud de ello el agravio del recurrente deberá rechazarse."*²⁴

(v) El Recurso de Amparo constitucional en relación con el proceso arbitral costarricense

El recurso de amparo se encuentra contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política de Costa Rica, la cual señala:

"Toda persona tiene derecho al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República."

El recurso de amparo constitucional es una acción sumaria que cualquier persona, ya sea el afectado directo o un tercero, interpone contra una entidad pública o persona en situación de poder, por la violación de derechos

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

constitucionales fundamentales, tales como amenazas al derecho a la vida, a la salud, al derecho a la intimidad, a la libertad personal o empresarial, al secreto de las comunicaciones privadas, al derecho a la igualdad, así como los derechos y garantías sociales, tales como el derecho al trabajo y a un ambiente sano. En resumen, es una acción que cualquier persona puede utilizar para acudir a la Sala Constitucional, si considera que un acto u omisión de los poderes públicos o de particulares en situación especial de poder, viola o amenaza los derechos que en su favor establece la Constitución Política o los Tratados Internacionales aprobados por Costa Rica.

Algunos han visto en el Recurso de Amparo, una vía indirecta para impugnar actuaciones de tribunales arbitrales, lo cual no ha gozado del apoyo de los Magistrados Constitucionales, que reiteradamente han denegado las acciones de amparo relacionadas con procesos arbitrales.

A modo de ejemplo:

“II.- En la especie, como lo que el recurrente pretende con la interposición del amparo, es que este Tribunal se pronuncie sobre la procedencia de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, en la resolución de las nueve horas del ocho de julio del dos mil nueve, ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta jurisdicción, por cuanto la Sala no es un órgano contralor de legalidad, respecto a lo actuado y resuelto dentro de estos procesos de solución de conflictos. En todo caso, si el petente estima que con lo actuado por el tribunal recurrido, se violentan las normas procesales y civiles aplicables y los derechos y principios constitucionales, podrá plantearlo ante la misma autoridad recurrida, o en su defecto, ante la vía de legalidad pertinente, a fin de que se resuelva lo que en derecho corresponda. Por lo expuesto, el recurso resulta inadmisibile y así debe declararse.”²⁵

La Sala Constitucional ha deslindado las vías procesales para impugnar las actuaciones de los Tribunales Arbitrales, estableciendo que la vía de amparo no puede ser utilizada para pretender el control de actuaciones y resoluciones arbitrales, que tienen una ley especial que contiene los remedios procesales necesarios y constitucionalmente pertinentes para ello; estando restringida la vía de amparo exclusivamente para temas de violación a derechos constitucionales.

Alberto Fernández López

De modo que la jurisdicción constitucional costarricense, ha dejado establecido el criterio de que su no intervención en el arbitraje, radica en que éste es un proceso que tiene establecida normativa legal suficiente para determinar la competencia de otros órganos judiciales para conocer y resolver las posibles violaciones legales que se comentan en el laudo, siendo improcedente su reclamación ante esa jurisdicción especializada.

Reafirmando lo anterior, se indicó:

“II.-En la especie, como lo que el recurrente pretende con la interposición del amparo, es que se valore y determine la interpretación y aplicación del artículo 38 del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, así como que esta Sala se pronuncie sobre la procedencia de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, en la resolución de las diez horas treinta minutos del trece de agosto del dos mil nueve, ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta jurisdicción, por cuanto la Sala no es un órgano contralor de legalidad, respecto a lo actuado y resuelto dentro de estos procesos de solución de conflictos. En todo caso, si el recurrente estima que con lo actuado por el tribunal recurrido, se violenta el derecho al debido proceso y a la defensa de la amparada, podrá plantear de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 67 de la Ley número 7727 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete, denominada “Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”, ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, por ser dicha Sala, el órgano competente que de acuerdo con los incisos e) y f) del artículo 67 de la Ley número 7727 citada, determinará si existen o no las violaciones alegadas por el recurrente. Por lo expuesto, el recurso resulta inadmisibile y así debe declararse.”²⁶

Consideramos acertada la posición de la jurisdicción constitucional costarricense al denegar gestiones que han tendido, de un modo u otro, a salirse del curso normal de la Ley RAC para impugnar actuaciones de Tribunales Arbitrales o incluso laudos, por vías ajenas al recurso de nulidad. Ciertamente, el proceso arbitral podrá resultar más expedito que los procesos judiciales, particularmente por la oralidad, la inmediación y la concentración de fases procesales, sumado al conocimiento experto de los árbitros, virtudes procesales que se dañarían innecesariamente con la admisibilidad de recursos ante la jurisdicción constitucional, la que ha reconocido que su rol, no está en la

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

materia arbitral, la cual goza de normas legales razonables y control judicial del laudo mediante el recurso de nulidad, por lo que es compatible con el ordenamiento jurídico nacional.

III.-Reflexiones finales

El arbitraje comercial internacional es un instrumento de valiosa utilidad para la comunidad empresarial y jurídica, como una alternativa real y efectiva de solucionar diferencias patrimoniales disponibles, que normalmente van a ocurrir en el mundo de los negocios internacionales.

Para lograr un funcionamiento idóneo de ese instrumento, todos los actores del arbitraje deben comprender el rol que desempeñan. Las partes como principales interesadas deberían comportarse con buena fe y procurar que el proceso arbitral sea conducido de manera efectiva, sin dilaciones innecesarias y al menor costo posible.

Los árbitros deben ser expertos en el tema en disputa y deben tener la prudencia y buen juicio para conducir el proceso arbitral conforme la voluntad de las partes y las mejores prácticas internacionales.

Empero, esos ideales no siempre se cumplen. A veces no es posible designar al árbitro, o se hace necesario imponer medidas preventivas de cautela para asegurar el resultado final del proceso arbitral, o se hace necesario el auxilio de alguien con autoridad para atraer pruebas.

El arbitraje no puede vivir aislado o separado del sistema judicial nacional que las partes y/o el tribunal arbitral han escogido como sede, porque finalmente, es evidente que los árbitros carecen de la autoridad o poder para hacer ejecutar sus decisiones coercitivamente y, es para esos supuestos específicamente regulados en la legislación, que el Juez estatal presta un servicio

El arbitraje no puede vivir separado del sistema judicial nacional que las partes y/o el tribunal arbitral han escogido como sede, porque los árbitros carecen de la autoridad para hacer ejecutar sus decisiones coercitivamente.

Alberto Fernández López

invaluable al sistema de solución de conflictos al facilitar el poder estatal para auxiliar y tutelar al proceso arbitral, que sin esa ayuda podría quedarse sin ninguna efectividad real y social.

La Judicatura cumplirá su misión en el sistema jurídico arbitral actuando con la prudencia y buen criterio que la especialidad de ese mecanismo alterno de solución requiere.

El Rol de las Judicaturas Nacionales en el Arbitraje Comercial Internacional

¹ La globalización económica y la aceleración de las comunicaciones ha permitido que los flujos de capital para inversiones y para comercio se trasladen a nivel mundial, creando discrepancias entre partes de distintos orígenes nacionales y sistemas jurídicos, ofreciéndose el arbitraje comercial internacional como el medio imparcial para resolver disputas entre partes de distinta nacionalidad, sistema legal y económico.

² Conforme consta en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

³ Conforme consta en:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

⁴ Conforme consta en <http://oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>.

⁵ Es muy importante adaptar las normas y recomendaciones de entidades como la IBA (International Bar Association), Club Español del Arbitraje, CCI (Cámara de Comercio Internacional), para darle mayor vigor, flexibilidad y dinámica a los procesos arbitrales nacionales.

⁶ Los responsables de las políticas públicas de atracción de la inversión foránea, de promoción de exportaciones e importaciones, del establecimiento de empresas bajo regímenes arancelarios especiales (zonas francas), deben prestar atención al adecuado uso del arbitraje internacional, que es uno de los factores que califica el riesgo-país para hacer negocios.

⁷ Caivano, Roque. "Arbitraje". Editorial Ad Hoc. 2da edición. Buenos Aires Pág.23-24.

⁸ El artículo 34.6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI dispone que todo laudo es obligatorio para las partes y que al someter su controversia a arbitraje bajo ese Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y se considera que han renunciado a los recursos que legalmente puedan ser renunciados.

⁹ Véase Caivano, Roque. Ob. Cit. Pág. 24-26.

¹⁰ Formalmente Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, encargada de conocer y resolver la materia constitucional (acciones de inconstitucionalidad, recursos de amparo, recursos de habeas corpus y consultas de constitucionalidad de proyectos de ley y las formuladas por otros órganos jurisdiccionales.)

¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 10352 de las 14:58 horas del 22/11/2000.

¹² La teoría jurisdiccional del arbitraje no es pacífica en doctrina, aunque tiene una amplia aceptación. El arbitraje como institución jurídica compleja tiene efectos contractuales en su origen y efectos procesales en su implementación. Puede verse al respecto González de Cossio, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa. 2da edición México. Pág.12-19.

Alberto Fernández López

¹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 4-F-00 de 15:00 horas del 5/1/2000.

¹⁴ Costa Rica ha adoptado un sistema dualista de regulación normativa del arbitraje, por una parte la Ley No 7727, denominada “Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”, conocida en adelante como “Ley RAC”, que se ocupa del arbitraje local o doméstico y la Ley No 8937 denominada “Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)”, aplicable a los arbitrajes internacionales.

¹⁵ La libre escogencia del procedimiento arbitral que realizan las partes y el tribunal arbitral es una de las características diferenciadoras con los tribunales judiciales regidos por los Códigos Procesales. Esta diferencia tiene que ser entendida y comprendida por los jueces estatales cuando están frente a actuaciones arbitrales.

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. No 2009-12215 de 14:45 horas del 5 de agosto del 2009.

¹⁷ Caivano, Roque. Ob. Cit. Pág. 35.

¹⁸ Caivano, Roque. Ob. Cit. Pág. 35.

¹⁹ Un valor que se postula para una sede arbitral confiable es la certeza y consistencia de sus criterios judiciales con los estándares internacionales.

²⁰ Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006. En Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Naciones Unidas. 2008. Pág. 29-30.

²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 2005-02999 de 14:45 horas del 16/03/2005.

²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 2009-12215 de 14:45 horas del 5 de agosto del 2009.

²³ Tribunal Primero Civil. San José. No 1297-F de 8:00 horas del 18/12/2007.

²⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. No 388-F-S1-2008 de 16:15 horas del /06/2008.

²⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. No 2009-16397 de las 15:25 horas del 27 de octubre del 2009. En igual sentido las resoluciones: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No 2009-14331 de las 15:02 horas del 16 de setiembre del 2009 y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No 2008-18395 de las 17: 13 horas del 11 de diciembre del 2008.

²⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No 2009-14331 de las 15:02 horas del 16 de setiembre del 2009.

Alberto Fernández López

Abogado, socio de la firma CJA Abogados. Asesor legal en las áreas de planeación y desarrollo de contratos comerciales en comercialización, distribución y transporte de mercaderías; sociedades y fideicomisos, fusiones y adquisiciones de empresas, distribución y representación de casas extranjeras, comercialización agroindustrial. También se dedica activamente al litigio ante tribunales judiciales y arbitrales.

El Dr. Fernández se ha desempeñado como mediador y árbitro, presidiendo varios tribunales arbitrales en Costa Rica. Es miembro del Colegio de Abogados de Costa Rica, y del Panel de Árbitros y Mediadores del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica. Es egresado de la Universidad de Costa Rica y obtuvo un máster en administración de negocios con énfasis en negocios internacionales en la National University, en San Diego, California.