



REV 16 4022-

"Contiendas tienen entre sí los hombres, algunas veces las ponen en manos de avenideros y la carta de tal avenencia llámanla compromiso".⁽¹⁾

Así rezaban las Siete Partidas al referirse a la institución del arbitraje, a la cual hoy dedicamos estas líneas, como contribución a su mejoramiento en Costa Rica.

El arbitraje como alternativa de solución de los conflictos frente a la vía jurisdiccional se remonta a épocas tan antiguas como la bíblica, donde surge el ejemplo de Jacob y Laván, y en materia internacional merece mención el conflicto surgido a raíz de la sucesión de Darío solventado por Artabanes en favor de Jerjes.⁽²⁾

El Derecho Romano lo regula de dos formas:

- a) El libremente convenido mediante el "Compromissum", llamado el "receptum arbitrii".
- b) El que aparece en el sistema formulario, donde la autoridad propone un programa procesal con nombramiento del "Iudex privatus".⁽³⁾

N. J. Jiménez
Pero, una investigación completa del desarrollo histórico del arbitraje, así como de su naturaleza jurídica, trasciende los limitados confines de este trabajo. Baste decir con referencia a su naturaleza jurídica, que se trata de un instituto eminentemente procesal, a pesar de que algunos de sus elementos puedan formar parte de disciplinas jurídicas sustantivas, tales como, la cláusula compromisoria y el compromiso mismo. De la importancia del arbitraje en general huelga decir, me limito a mencionar la celeridad en la solución de las controversias y el descongestionamiento de los tribunales ordinarios, como razones valederas que lo justifican sobradamente.

Consisten las presentes reflexiones en una tarea meramente elucidatoria de los aspectos más relevantes de la "Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), comisión mejor conocida por las siglas inglesas de UNCITRAL. Dicha Ley modelo, como la llamaremos abreviando, fue adoptada el 21 de junio de 1985.

(1) Tercera Partida, Título XVIII, Ley 106.

(2) Briceño Sierra Humberto, "El arbitraje en el Derecho Privado", Imprenta Universitaria, México, 1963, p. 20.

(3) Briceño Sierra, *op. cit.*, pp. 21-22.

La Ley Modelo es producto de complejos estudios y negociaciones, tendientes a encontrar la norma que mejor se adecuara a los distintos sistemas jurídicos y a los diversos intereses en juego. Es materia de gran tecnicismo, que busca armonizar en un cuerpo legal, los diversos sistemas de derecho, a fin de lograr que el arbitraje sea un medio expedito para la solución de los conflictos comerciales internacionales. El arbitraje como instituto, consta de cuatro partes o cuerpos que son: el convenio, el procedimiento, la sentencia o laudo y la ejecución del mismo.

Desde esa perspectiva examinaremos la Ley Modelo, sin perjuicio de que durante el desarrollo se hagan algunas alusiones al derecho positivo costarricense.

Ambito de aplicación de la Ley: La materia sobre la cual se aplicará será "El Arbitraje Internacional", sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente..." en el estado que la adopte.

Aun cuando la Ley Modelo, no define el arbitraje, tiene por objeto abarcar todo tipo de arbitraje,⁽⁴⁾ pero que sea de carácter consensual o sea el basado en el acuerdo voluntario de las partes y no el arbitraje obligatorio, ni tampoco el denominado arbitraje libre.⁽⁵⁾

En relación con la naturaleza comercial del arbitraje, la Ley Modelo no define el término "comercial", ante la imposibilidad con que se encontró la comisión de fijar con razonable exactitud el linderó preciso entre lo que es materia mercantil y lo que trasciende de la misma. A pesar de ello como guía para la interpretación del término, se le agregó al pie de página, una nota a dicho artículo; expediente usual en los derechos anglosajones, pero ajeno a aquellos pertenecientes a la familia romano-germánica.

Tal nota dice lo siguiente: "Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministros intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca seguros, 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".

(4) Artículo segundo de la Ley Modelo.

(5) Según se desprende del "Comentario analítico sobre el proyecto de texto de una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (doc. A/CN.9/264, p. 10.

Cabe igualmente mencionar que dicha nota tiende a darle mayor amplitud al término "comercial" y se aparta de la interpretación que de dicho término hace la Convención el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras conocida como Convención de New York de 10 de junio de 1958. Esta última en su artículo 1, párrafo tercero in fine dice: "Podrá también declarar que solo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales consideradas comerciales por su derecho interno". Precisamente, la Ley Modelo busca liberarse de las limitaciones que implica tener que sujetarse a la calificación que sobre materia comercial hacen las leyes y Códigos de Comercio locales.

La internacionalidad la determina el párrafo tercero del artículo primero que establece que es internacional el arbitraje:

- a) Si las partes en el momento de la celebración del acuerdo de Arbitraje tenían sus establecimientos en estados diferentes.
- b) Si el lugar del Arbitraje, determinado por o con arreglo al acuerdo de arbitraje; o al lugar de cumplimiento, o aquel en que el objeto del litigio esté más relacionado, estén situados fuera del estado en el que las partes tienen sus establecimientos.
- c) Si las partes han convenido expresamente en que una cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un estado.

Finalmente en relación con el artículo primero, y respetando la jerarquía de las leyes, establece que su aplicación se habrá supeditado a los tratados bilaterales o múltiples vigentes.

La renuncia al derecho a objetar, la establece el artículo cuarto, cuando la parte conociendo del incumplimiento de disposiciones de las que las partes puedan apartarse o de algún requisito del acuerdo de arbitraje, no lo objete en el plazo estatuido o "sin demora", se considera que ha declinado su derecho a objetar. El precepto es importante pues tiende a evitar acciones dilatorias mal intencionadas.

Se veda en el artículo 5 de la intervención de los diversos tribunales en el proceso arbitral, a menos que la ley así lo disponga, utilizando de esta forma, la efectividad del proceso. Lo anterior sin perjuicio de que en materias no regidas por la Ley Modelo, puedan intervenir los tribunales.

Acuerdo de Arbitraje: El carácter genérico del acuerdo arbitral, implica la existencia de dos especies, la *cláusula compromisoria* y el *compromiso*. La distinción entre ambas especies, es decir, entre la cláusula compromisoria y el compromiso proviene del derecho francés, adquiriendo carta de ciudadanía en el derecho latinoamericano. La primera es aquella estipulación incluida en un contrato mediante la cual las partes deciden que todas o algunas de las controversias que de tal convenio puedan resultar en el futuro, sean sometidas a juicio arbitral. La segunda o sea el compromiso, tiene lugar, ya surgido el conflicto, y las partes deciden someterlo a arbi-

traje, nombrando árbitros y estableciendo los demás elementos del proceso arbitral.

El carácter precontractual de la cláusula compromisoria conlleva a eliminar una de las ventajas más relevantes del arbitraje, por no decir la más importante, como lo es el de la celeridad del procedimiento, pues obliga a una de las partes a recurrir a los tribunales comunes para hacer valer dicha cláusula. En esta materia permítaseme hacer alusión al derecho nacional, citando el artículo 398 del Código de Procedimientos Civiles que estatuye que una parte puede obligar a la otra a otorgar el compromiso, y la negativa acarrearía el pago de daños y perjuicios, pudiendo el juez establecer las bases del compromiso. En teoría el asunto parece resuelto. Pero, ¿cuál es la vía procesal mediante la cual se ha de recurrir a la autoridad jurisdiccional? No otra que la vía ordinaria, restándole así todo sentido al arbitraje, pues más vale, de una vez acudir a la vía jurisdiccional.

La Ley Modelo, superando toda la problemática planteada sobre el acuerdo arbitral, elimina la distinción precitada y prescribe en el artículo 7 que "El acuerdo de Arbitraje, es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".

La eliminación de la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso es de capital importancia para la vigencia y presencia del juicio arbitral, pues viene a garantizar en gran medida, el respeto del acuerdo arbitral, que desembocará casi seguramente en el juicio arbitral. No de menor importancia, viene a ser el reconocimiento del acuerdo arbitral "con independencia de que adopte la fórmula de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".⁽⁶⁾

Con relación al aspecto formal del acuerdo arbitral el artículo 7-II consigna la forma escrita, entendiéndose por tal, cuando se establece en un documento firmado por las partes, en el intercambio de cartas, telex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Las formas anteriores podemos calificarlas como directas, pero el mismo artículo establece fórmulas indirectas que consisten en la referencia que se haga en un contrato a una cláusula compromisoria, si el contrato consta por escrito e indica que esa cláusula es parte del contrato, en el intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. De esta manera se simplifica la forma del acuerdo arbitral, evitando solemnidades que obstaculicen el procedimiento arbitral.⁽⁷⁾ La omisión de

(6) Comentario analítico... A/CN. 9/264, p. 21.

(7) En Costa Rica el artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles exige la homologación inicial del acuerdo.

la escritura, como requisito formal, podría subsanarse si la parte se somete al procedimiento arbitral sin oponer excepciones pertinentes.

Por su parte el artículo 8 prescribe que si existiendo acuerdo arbitral, se somete ante un tribunal ordinario la controversia, éste, debe remitir a las partes a juicio arbitral, si así lo solicitare una de ellas, a más tardar en el primer escrito sobre el fondo del asunto, salvo que dicho acuerdo sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible. El mismo artículo en su párrafo segundo y en consonancia con los principios que animan la Ley Modelo de asegurar el juicio arbitral y evitar tácticas dilatorias queden al traste con el arbitraje, establece que se pueden proseguir e inclusive iniciar actuaciones arbitrales, y llegar a dictarse laudo, a pesar de existir acción incoada ante la vía jurisdiccional.

La solicitud de adopción de medidas cautelares provisionales que protejan los resultados del juicio arbitral, ante un tribunal ordinario antes o durante las actuaciones arbitrales, no es incompatible con el acuerdo de arbitraje, según lo dispone el artículo noveno. Por medidas cautelares, se debe entender la más amplia gama de éstas que pueden existir en los diversos sistemas jurídicos.⁽⁸⁾ La solicitud de medidas cautelares reza el artículo en cuestión no es incompatible con el acuerdo arbitral pues no implica renuncia de tal acuerdo.

Composición del Tribunal Arbitral: Siguiendo el sistema de dos niveles, el artículo décimo permite absoluta libertad a las partes de determinar el número de árbitros, pero en defecto de acuerdo, supletoriamente se establece el número de tres.

La nacionalidad de una persona no constituye impedimento para que integre un tribunal arbitral, salvo pacto en contrario, según lo estipula el artículo 11, e igualmente la misma norma concede libertad a las partes para establecer el procedimiento de nombramiento de los árbitros, pero en defecto de acuerdo, se establecen una serie de disposiciones supletorias encaminadas a lograr la constitución del tribunal arbitral, inclusive con la intervención judicial.⁽⁹⁾

En cuanto a la recusación y excusa de los árbitros, la Ley Modelo evita la enumeración de los motivos de recusación y excusa, limitándose a establecer fórmulas generales que obligan al árbitro nombrado a revelar todas aquellas circunstancias que puedan comprometer su imparcialidad, así mismo establece en relación con la recusación propiamente dicha, que tendrá lugar "si existen dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia" o si no posee las cualidades establecidas por las partes. La recusación puede interponerse además por causas sobrevinientes. De no prosperar la recusación se puede acudir ante los tribunales competentes para que resuelva en definitiva. Pese a ello el tribunal arbitral puede continuar con el arbitraje y dictar laudo aún con el miembro recusado.

(8) Comentario Analítico... A/CN. 9/264, p. 25.

(9) Párrafos 3, 4 y 5, artículo 11 de la Ley Modelo.

Competencia del Tribunal Arbitral: De innegable relevancia resulta el artículo 16-1 que otorga al Tribunal Arbitral la facultad de decidir sobre su propia competencia, e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo del arbitraje. El otorgamiento de tal facultad se fundamenta en la protección de la celeridad del procedimiento arbitral, tratándose de evitar maniobras dilatorias que busquen entorpecer o trasladar el asunto a la vía jurisdiccional.

Complementando la anterior facultad, se establece además que, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato y por lo tanto si se declara la nulidad del contrato no conlleva ipso iure la nulidad de la cláusula. Tendrá pues el tribunal arbitral competencia para decidir sobre la nulidad del contrato a menos que tal nulidad, afecte la cláusula compromisoria misma.⁽¹⁰⁾

Pero si bien es cierto que en esta materia se trata de impedir maniobras de mala fe, que busquen únicamente el entorpecimiento del procedimiento, no lo es menos, la necesidad de un control jurisdiccional, que decidirá en definitiva sobre la competencia de los árbitros, todo ello sin perjuicio de que el tribunal arbitral prosiga sus actuaciones y dicte laudo, mientras esté pendiente la decisión del tribunal ordinario.

El Tribunal Arbitral está igualmente facultado para ordenar a las partes que adopten las medidas cautelares que estimen convenientes, y aunque no posea la facultad de ejecutar sus resoluciones, ni se prevee la ejecución judicial de sus órdenes, si está autorizado a exigir una garantía apropiada en relación con dichas medidas. Todo ello dispuesto por el artículo 17 de la Ley Modelo.

Sobre cuáles pueden ser esas medidas, el Comentario Analítico tantas veces citado dice: "Entre los ejemplos prácticos de medidas provisionales cautelares destinadas a evitar o mitigar pérdidas se incluyen la preservación, custodia o venta de mercancías que son objeto del litigio. Sin embargo, el artículo 18 no se limita a operaciones de venta y abarcaría, por ejemplo, medidas destinadas a determinar y "estabilizar" provisionalmente la relación de las partes en un proyecto a largo plazo. Como ejemplos de esas órdenes de "modus vivendi" figuran el empleo o mantenimiento de máquinas o faenas o la continuación de determinada fase de una construcción que sea necesaria para evitar un daño irreparable. Por último una orden del tribunal podría servir para asegurar una prueba que de lo contrario no podría conseguirse en una etapa ulterior de las actuaciones".⁽¹¹⁾

Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales: Este importante capítulo establece los derechos y garantías de las partes en el proceso. Comienza

(10) Comentario Analítico... A/C. 9/264, p. 38.

(11) *Op cit.*, supra.

el artículo 18 estableciendo la igualdad de las partes y el derecho absoluto que poseen de hacer valer a plenitud sus derechos. El comentario analítico ya citado lo conceptúa como la Carta Magna del Procedimiento Arbitral. Agréguese además a estos derechos, el establecido por el artículo 19 de decidir libremente las partes el procedimiento a seguir. En ausencia de acuerdo sobre el procedimiento, el Tribunal Arbitral podrá dirigir el arbitraje de la manera que considera más apropiada, obviamente sujeto a las disposiciones de la Ley Modelo. Esta facultad del Tribunal incluye lo relativo a la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

Siempre en consonancia con el sistema a dos niveles, es decir dándole plena libertad a las partes para hacer o decidir tal o cual cosa y en defecto de acuerdo de partes, estableciendo normas supletorias, el artículo 20 establece la libertad de las partes de escoger el lugar de arbitraje, a falta de tal escogencia, será el Tribunal quien hará la determinación del lugar, tomando en cuenta las conveniencias del caso. Podrá igualmente el Tribunal, salvo pacto de las partes en contrario, reunirse donde estime conveniente para la ejecución de sus funciones.

El artículo 24 establece otros derechos de las partes en el proceso, tales como el derecho de pedir audiencia para la presentación de pruebas o para alegatos orales, el derecho a ser notificado con la antelación debida, y a que se le trasladen todas las declaraciones, documentos, o información que suministre una de las partes y además que se ponga a la disposición de ambas partes los peritajes o documentos probatorios que puedan servir de base para sustentar la decisión arbitral.

En relación con la rebeldía que es materia de mucho interés en el proceso arbitral, la Ley Modelo prescribe las siguientes reglas:

a) Si el demandante no presenta su demanda en el término prescrito, el tribunal arbitral terminará sus actuaciones.

b) Si el demandado no contesta en tiempo, el Tribunal continuará con sus actuaciones, sin que la omisión, se considere como aceptación de las razones del demandante.

c) Si una de las partes se abstiene de participar en alguna audiencia o no presente pruebas documentales, el Tribunal continuará sus funciones y podrá también dictar el laudo. Estas medidas acerca de la rebeldía, revisten importancia pues, la parte que caiga en contumacia puede pretender con ello detener el proceso.

Pronunciamiento del Laudo y Terminación de las Actuaciones: La Ley Modelo concede libertad a las partes de escoger las normas de derecho aplicables al fondo del litigio. Se podrá acoger la ley de un estado, e inclusive normas de distintos ordenamientos. Dichas normas serán siempre, salvo pacto en contrario, de carácter sustantivo. Si las partes no determinan la ley aplicable, el Tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflictos de leyes que estime aplicable.