

Informe de Investigación

TÍTULO: EL ARBITRAJE

Rama del Derecho: Resolución Alternativa de Conflictos	Descriptor: General
Tipo de investigación: Compuesta	Palabras clave: Árbitros, arbitraje de derecho, arbitraje de equidad, arbitraje ad hoc, arbitraje institucionalizado, naturaleza jurídica.
Fuentes: Doctrina Normativa Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 09/10

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	2
2. DOCTRINA.....	2
a) Concepto doctrina nacional.....	2
b) Concepto doctrina argentina.....	3
c) La constitucionalidad del arbitraje en Costa Rica.....	4
d) Naturaleza jurídica del arbitraje.....	6
1. Tesis contractualista o privatista.....	7
2. Teoría jurisdiccional o publicista del arbitraje.....	8
3. Tesis ecléctica o intermedia.....	10
e) Tipos de árbitros	10
Árbitros de derecho.....	11
Árbitros abitradores o amigables componedores.....	11
Árbitros mixtos.....	14
f) Clasificación de arbitraje en doctrina nacional.....	14
1. Arbitraje vinculante y no vinculante.....	14
2. Arbitraje de equidad y arbitraje de derecho.....	15
3. Arbitraje ad- hoc y arbitraje institucional.....	15
g) Clasificación de arbitraje en doctrina argentina.....	16
1. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.....	16
2. El arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario.....	17
3. Arbitraje doméstico y arbitraje internacional.....	18
4. Arbitraje libre o ad-hoc y el arbitraje institucionalizado o administrado.....	18
3. NORMATIVA.....	20
a) Constitución Política	20
b) Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social.....	20
4. JURISPRUDENCIA.....	22

a) El arbitraje y la Constitución Política.....	22
b) Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.....	23

1. RESUMEN

El presente informe de investigación contiene una recopilación de información sobre el arbitraje, se incluyen citas de doctrina, tanto nacional como extranjera, la normativa vigente al respecto, y citas jurisprudenciales que abordan el tema.

2. DOCTRINA

a) *Concepto doctrina nacional*

[ARIAS]¹

“El arbitraje es un método RAC adjudicatario, ya que las partes en situación de conflictos delegan en una persona o varias personas (tribunal arbitral), la potestad de decidir por ellas la solución del conflicto, a través del laudo arbitral. Así, el arbitraje es básicamente similar al proceso judicial, en donde las partes delegan en el juez la decisión de su disputa, solamente que en el arbitraje los tiempos son sustancialmente más cortos (normalmente de 6 meses), y las partes pueden escoger libremente al árbitro o a los árbitros, así como el procedimiento a seguir, siempre de acuerdo a las normas básicas que, en el caso de nuestro país, se encuentran en el Capítulo III de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos. Asimismo las partes pueden decidir el lugar o sede del arbitraje definiendo el Centro que lo administrará. Esto genera ventajas para las partes en conflicto, ya que las partes se someten a sus reglas, evitando así discutir aspectos formales que finalmente suelen impedir una solución expedita a la disputa.

El arbitraje es, sin lugar a dudas, el método RAC más conocido en el ámbito jurídico, ya que sus



orígenes datan desde la génesis misma del derecho, por lo que ha estado presente en las diferentes legislaciones, aunque normalmente subutilizado.”

b) Concepto doctrina argentina

[FELDSTEIN, LEONARDI]²

“El arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales.

Se llaman árbitros, a fin de distinguirlos de los "jueces" o "magistrados". Los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la notio, la vocatio y la iuditium, mientras que los jueces agregan a las anteriores la coertio y la executio. Por ello los jueces pueden ser requeridos aun desde la iniciación del arbitraje —medidas cautelares— hasta su finalización —ejecución del laudo arbitral.

Mantener dentro del arbitraje la limitación establecida por la Constitución y las leyes que reservan el imperium a los jueces es prudencial, ya que los árbitros dependerán de la aceptación por las partes del laudo, o del control posterior del juez que lo imponga. Así como los jueces tienen el control de sus superiores en los tribunales estatales, bueno es que los árbitros sepan que sobre ellos está la atenta mirada de las leyes, la Constitución y los jueces del Estado)

Todo ello hace a la seguridad del proceso arbitral. (Por ello los jueces mantendrán claro que deben brindar el auxilio de la jurisdicción no sólo para el cumplimiento de ciertos actos procesales, sino para evitar los desvíos en que los árbitros incurran.

Las partes y sus letrados percibirán a través de una armonización de seguridad y celeridad, la conjugación de dos valores que los lleven a resultados prudentiales.

Oportunamente agregaremos jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la



Cámara Nacional en lo Comercial sobre arbitraje comercial.”

c) La constitucionalidad del arbitraje en Costa Rica

[ARTAVIA BARRANTES]³

“El hecho de que el constituyente de 1949, haya reconocido al arbitraje el rango de principio constitucional, es de suma importancia, ya que este tiene vital incidencia al vedar al legislador ordinario la posibilidad de negarle valor al arbitraje o de que rehuse regularlo.

También tiene importancia desde el punto de vista constitucional, porque elimina la incertidumbre y la discusión que se ha dado en otros países, al pensar que la "jurisdicción" arbitral es inconstitucional por violar el principio de exclusividad, unidad y monopolio de la función jurisdiccional, ya que otorga "jurisdicción" a los árbitros equiparables al juez común.

Cuando el legislador de 1949, reconoce al arbitraje en nuestra Carta Magna, también toma en consideración que, aún cuando los árbitros sean sujetos privados, están, al igual que el juzgador común, sometidos a la Constitución en el momento de dictar el laudo. Ésta, como norma suprema que es, debe ser respetada aún en los casos de arbitraje.

Por eso, creo que La Ley de la Jurisdicción Constitucional, al admitir en su artículo 73 inciso a) la "acción" (sic. demanda) de inconstitucionalidad en contra de los actos de sujetos privados, está previendo la posibilidad de control de los actos arbitrales que de alguna forma violen la Constitución, esto es que un árbitro deberá suspender el dictado de un laudo si la norma que debe aplicar se encuentra cuestionada ante la Sala Constitucional, por lo que el requisito de "asunto pendiente" que exige el artículo 75 de dicha ley pueda ser un arbitraje de derecho o de equidad.

Rubén Hernández concluye que la "acción" de constitucionalidad, sólo cabe en los casos de arbitrajes de derecho, y no en los arbitrajes de equidad, pues a su entender, sólo en aquel tipo de arbitraje podría tener importancia la aplicación de una norma que alguno de los litigantes considere



como constitucional mente ilegítima, y por el contrario, ese interés no existe en el arbitraje de equidad. En estos se falla conforme a la conciencia de los árbitros y sin sujeción alguna a normas del ordenamiento. Sin embargo, considero que aún en los casos de los arbitrajes de equidad si es posible el control, pues indistintamente de la forma en que en éstos se fallen, su función es jurisdiccional, están sujetos al control del recurso de nulidad y no se trata de una función inmune a ningún control. Por el contrario, aun cuando fallen en conciencia, debe fundamentar su laudo en reglas de la lógica, el conocimiento humano y el sentido común.

Sin embargo, no creo admisible que una sentencia arbitral -como acto jurisdiccional dotado de imperio-, pueda ser revisada o reversada por un fallo de la Sala Constitucional. Sería crear un nuevo recurso no previsto en la ley, y además, recordemos que, conforme al artículo 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y el 10 de la Constitución Política (reformado por Ley 7128 del 26-08-89), no cabe la acción de inconstitucionalidad en contra de los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, esto es sentencias o resoluciones dictadas en un proceso jurisdiccional.

Por las mismas razones y argumentos, y además porque el árbitro realiza una función pública equivalente a la de los jueces, ya que el laudo va a ser el resultado de una actividad jurisdiccional y su efecto se extiende a las llanuras de la cosa juzgada, vinculante para las partes e inobjetable para el juez común, se debe concluir que un árbitro podría, dentro de sus funciones jurisdiccionales, formular una consulta judicial de constitucionalidad en la forma que prevé el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, pues si bien esta habla "de "todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar...", debe entender en forma amplia ese concepto de juez para comprender también a los árbitros.

Cuando el artículo 43 Constitucional dicta que "toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros", de inmediato nos surge la duda de si el arbitraje forzoso viola la constitución por ser impuesto, y no ser una potestad o derecho del ciudadano.

Por las mismas razones que he apuntado -sumisión del arbitro a la Constitución y su debida aplicación del derecho vigente-, es posible que cuando una norma es cuestionada ante la Sala Constitucional, el árbitro deba suspender el dictado del laudo hasta tanto no se resuelva la inconstitucionalidad planteada 31, se suspende únicamente el dictado del laudo, a excepción de que se trate de normas de procedimientos que se deban aplicar en forma inmediata -aplicación del

artículo 82 LJC-, en cuyo caso, se deberá suspender la aplicación de esa norma y continuar el procedimiento, salvo que la aplicación de la norma cuestionada no lo permita.

Ahora bien, independientemente de que el método arbitral se encuentre o no previsto en una Constitución, su consagración por parte del legislador común, en una ley ordinaria, no viola el principio de exclusividad de la jurisdicción 32. Como decía el profesor Víctor Pérez, la autonomía privada puede predeterminar la existencia de jurisdicciones específicas y dotar a determinados sujetos u órganos de la competencia suficiente, para que sus decisiones puedan tener el mismo efecto preclusivo de la cosa juzgada.

La exclusiva potestad de los jueces y tribunales para juzgar y ejecutar lo juzgado, que consagra el artículo 153 Constitucional, se refiere como nominativamente se dice en el precepto constitucional, a los diversos tipos de procesos judiciales, y el arbitraje no tiene un origen procesal en si mismo, sino que arranca de la inderogable autonomía de la voluntad que el mismo numeral 43 de la Constitución consagra y que forma parte de la voluntad de los ciudadanos como sujetos libres, lo que no implica renuncia absoluta de las partes a su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, consagrado en los artículos 27 y 41 de la Constitución y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues el arbitraje es precisamente un efecto de la autonomía de la voluntad, con rasgos propios con respecto a la jurisdicción estatal y que desde un punto de vista institucional esa fuerza emana de la suprema manifestación del poder de las partes, para dictarse la solución a un conflicto planteado, dando al arbitraje un carácter voluntarista y privado, frente al carácter finalista, determinante y público del proceso. Nadie niega que existen importantes rasgos diferenciadores entre jurisdicción estatal y arbitraje, pero no por ello se coloca a éste, desde un punto de vista legal o constitucional, como irreconciliable frente a aquella, sino por el contrario le sirve de apoyo para resolver en definitiva los conflictos jurídicos.”

d) Naturaleza jurídica del arbitraje

[ARTAVIA BARRANTES]⁴

“La polémica sobre la naturaleza jurídica del arbitraje data de muchos años atrás. La discusión no obedece a un problema académico o de doctrina, lo que ocurre es que de acuerdo con la solución que se dé se producirán algunas consecuencias prácticas, tales como las normas supletorias aplicables en primer término, y las facultades del tribunal que conoce del recurso de nulidad del laudo.

La discusión se agranda más cuando caemos en cuenta que el arbitraje es una institución compleja y compuesta, y que por eso, una solución simplista, a la discusión, no aclara el panorama doctrinario. Si agregamos que ésta es una de las pocas materias que ha producido divorcio importante entre doctrinarios, que se consideraban unidos bajo una misma línea de pensamiento, resulta aventurado dar una posición y solución a esta discusión.

Tres teorías se han elaborado en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. Una que puede llamarse contractualista o más ampliamente, privatista, otra denominada jurisdiccional y una tercera con características de ecléctica o intermedia.”

1. Tesis contractualista o privatista

“Dentro de esta tesis, sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, se incluyen a procesalistas reconocidos como Fairén Guillen, Herce Quemada, y Guasp y su más ferviente defensor en España-, Satta, Fazzalari, Redenti, Chiovenda en Italia; Rosemberg y Kisch en Alemania.

Para esta posición, el carácter privado del arbitraje deviene no sólo por su origen, sino respecto de la calidad privada de los árbitros. Se sostiene, entonces, que los árbitros no son jueces, por no tener poder de imperio, sino simples particulares que no revisten, por lo tanto, la calidad de funcionarios públicos. La función que realizan y la fuerza ejecutiva de sus laudos sólo se explican por la autorización que las partes dan. Ya que las cuestiones que ellos deciden están referidas a derechos disponibles por las partes, el Estado no puede privarlos del derecho de escoger el método para resolver la diferencia. Pero, el laudo no tiene fuerza vinculante por su contenido, sino por la sumisión que las partes han dispuesto para acatarlo.

Se afirma que la función jurisdiccional es única y en razón de ello, indelegable e indisponible, por lo que la facultad de los árbitros y la fuerza vinculante de sus laudos, no son más que una manifestación de soberanía del Estado. El Estado simplemente, autoriza la subrogación en favor de particulares, pero esa función siempre sigue siendo monopolio del Estado.

Para esta posición, la fuerza vinculante del fallo deriva del compromiso adquirido por las partes para cumplir el laudo, al igual que la manifestación de la fuerza vinculante de los contratos, que como tal se da en el arbitraje.

Según esta tesis, el vínculo que se produce entre los árbitros y las partes es de carácter contractual, sólo justificado por la autonomía de la voluntad y, por ello, siempre quedará sujeta al orden público.

Dicen los seguidores de esta posición, que la tesis jurisdiccional o publicista no explica la falta de imperio del árbitro para ordenar y ejecutar cierto tipo de medidas. Según su opinión, al carecer, los árbitros, de poder de imperio, carecen de uno de los elementos que caracteriza a la función jurisdiccional, la posibilidad de que las resoluciones y los actos del juez sean autoejecutables con potestad de imperio.

Esta tesis encuentra un importante argumento en esa falta de imperio de los árbitros, esto es, que al estar imposibilitados para ejecutar el laudo, tomar medidas cautelares u ordenar la comparecencia de testigos y las partes, su función no puede considerarse como jurisdiccional.”

2. Teoría jurisdiccional o publicista del arbitraje

“Una segunda posición, expresa que el arbitraje tiene el carácter de proceso jurisdiccional, y por ende, tiene naturaleza jurisdiccional. Es la posición que más defensores tiene en la actualidad, entre los que destacan Hugo Rocco, Tito Carnacini, E. Ricci, en Italia; Alcalá Zamora Domínguez, Montero Aroca, Gómez Colomer, Gimeno Sendra y Ramos Méndez en España; Briseño Sierra, Enrique Véscovi, Devis, Echandía, Hernando Morales, López Blanco, Barrios de Angelis, Lino Palacio, y Eyzaguirre en América.

Esta posición publicista sostiene que el arbitraje es un proceso autorizado por ley y reglamentado



en ella, y que participa del carácter público, como derecho procesal que es. La función de los árbitros y la fuerza vinculante de sus fallos se explican por la autorización que la ley brinda a las partes para decidir sus controversias. Si la ley no lo autorizara, la potestad juzgadora de los árbitros se perdería.

Sobre el carácter de los árbitros, se afirma que se trata de verdaderos jueces -transitorios-, y que, como tales, ejercen una actividad jurisdiccional del Estado. Desde que son nombrados, quedan revestidos de jurisdicción, no sólo porque las partes los hayan nombrado como tales, sino porque el Estado les ha otorgado, legalmente, esa posibilidad de ejercicio, al asignarles la función de juzgar para un caso determinado.

Se sostiene que existe un paralelismo entre el laudo y la sentencia del juez común, pues las rasgos esenciales de la cosa juzgada -obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad-, lo poseen ambos tipos de resoluciones. Los laudos están revestidos de la misma e idéntica fuerza que las sentencias de los jueces ordinarios.

No es cierto -afirma esta posición-, que los árbitros sean mandatarios de las partes, pues son sus verdaderos jueces. Ni representan a las partes, ni responden a ellos, representan simplemente a la justicia, valor supremo de la función jurisdiccional.

Si la teoría privatista, no puede explicar el carácter vinculante del laudo y la responsabilidad de los árbitros en la función que ejercen, adoptamos la posición jurisdiccional sobre su naturaleza jurídica.

No existe mayor discusión sobre el hecho de que, en nuestro derecho, el arbitraje tiene el carácter de un proceso de naturaleza jurisdiccional. Varias razones apoyan esta idea: i) es un proceso más, dentro de los procesos especiales del Código Procesal Civil; ii) El laudo tiene la misma fuerza ejecutoria y vinculante que el de una sentencia; iii) La Constitución Política reconoce el carácter jurisdiccional a la función arbitral; y, iv) finalmente, el artículo 11 del CPC se refiere a la función de los árbitros como función jurisdiccional "La jurisdicción de los árbitros se limita al negocio o negocios que expresamente les fueren sometidos", criterio que reitera el artículo 171 de la Ley Orgánica del Poder judicial, al establecer que "La competencia de los arbitros se limita al asunto que expresamente les fuere sometido".

3. Tesis ecléctica o intermedia

“La tesis ecléctica se ubica en una posición intermedia, entre la teoría contractualista y la jurisdiccional. Respecto de la primera, se critica el hecho de no aceptar que la ley es la que le otorga al laudo arbitral la fuerza vinculante, y que, en muchos países, las partes no tienen libertad para escoger el procedimiento. Respecto de la segunda, se dice que se olvida que el origen del arbitraje -salvo que se trate del arbitraje obligatorio- es el acuerdo privado de voluntades, y que sin él no puede haber arbitraje.

Para Carnelutti -defensor de esta posición-, el arbitraje es equivalente al proceso contencioso de cognición, pero, al ser el árbitro, un particular, lo califica como subrogado procesal.

Esta posición fue seguida también en Italia por Calamandrei, Zanzunchi y Micheli, quien decía que el pronunciamiento de los árbitros, definido como laudo por la ley, no tiene la eficacia de la sentencia y, por consiguiente, ni la de cosa juzgada, ni el valor de título ejecutivo, hasta que el pretor, una vez realizado el depósito, lo haya homologado, por medio de su propio decreto; si la actividad de los árbitros no puede ser explicada recurriendo, exclusivamente, al esquema contractual, no puede, tampoco, ser absorbida en la noción de jurisdicción. Prieto Castro en España pareció seguir esta posición, pues afirmaba que "el arbitraje es, en su origen, de Derecho privado, como creación de los particulares, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad se somete, justamente para que se produzcan efectos de esta clase y, en particular, el efecto declarativo vinculante y el ejecutivo (en su caso) del laudo a los árbitros".

e) Tipos de árbitros

[AYLWIN AZOCAR]⁵

“Atendiendo a la amplitud de sus facultades, los compromisos se clasifican en árbitros de derecho, árbitros arbitradores o amigables compondores y árbitros mixtos (...)

Árbitros de derecho

Se llaman así los que son elegidos con la calidad de dar su fallo sujetándose estrictamente a las leyes. Deben someterse, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida (...)

En cuanto al fondo de la controversia, están obligados a resolverla conforme a derecho, según lo dispuesto en la ley sustantiva "decisoria litis". Usando el lenguaje de Chiovenda, puede decirse que el arbitro de derecho, en su sentencia, declara y actúa "la voluntad de la ley".

En cuanto al procedimiento, estos árbitros están sujetos a la observancia rigurosa de las formalidades, plazos y demás normas adjetivas prescritas por la ley procesal para la sustanciación de los juicios ante los tribunales comunes. Lo cual no quiere decir que hayan de aplicar siempre las reglas del juicio ordinario, como lo disponían las Partidas¹, sino que deben emplear en cada caso el procedimiento que corresponda en atención a la naturaleza del pleito que se promueve.

En buenas cuentas, en el arbitraje ante árbitros de derecho lo único que varía, en relación a cualquiera otro juicio, es la clase de tribuna], pero no se altera la manera de hacer justicia, ni en cuanto al fondo ni en lo que atañe a la forma."

Árbitros abitradores o amigables componedores

"Son los llamados a fallar sin sujeción a estrictas leyes y obedeciendo únicamente a lo que su prudencia y la equidad les dictaren (C. O. T., art. 223, C. P. C., art. 636). Tienen poder para juzgar sin atenerse en el procedimiento a los plazos y formas comunes establecidos para los tribunales y sin ser constreñidos a aplicar las reglas de derecho al fondo del litigio.

El arbitrador debe decidir la contienda según su leal s-uen entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guaruada , mientras el árbitro de derecho, según dijimos, declara y actúan su sentencia la voluntad de la ley, el amigable componedor en la suya declara y actúa "la voluntad de la justicia natural", según la dictados de su propia conciencia. Se dice por esto que falla "« equo et bono". Está facultado, por ejemplo, para admitir una compensación aunque no concurren los requisitos legales, proceder a una partición por vía de atribución sin preocuparse de formar la lotes de la manera que el legislador prescribe, no tomar en cuenta una prescripción adquisitiva o extintiva, aun

de treinta años, etc. Así lo ha fallado la jurisprudencia francesa.

Lo anterior no significa, sin embargo, como lo da a entenda Manresa³, que el arbitrador sea un conciliador y su oficio, ni que de juez llamado a fallar, sea el de amigo que procura arreglar¹ buenamente a las partes. Contrariamente a lo que pudiera deducirse de una interpretación en extremo literal de su nombre, el amigable componedor no tiene la misión de "componer" a los contendientes, debe juzgarlos. Su tarea no se limita a mediar entre las i partes, ofrecerles buenos oficios, procurarles soluciones armónicas | —como lo hace el conciliador— sino que consiste, precisamente, en resolver la controversia con decisión obligatoria para los litigantes. Su diferencia con los demás jueces está en la libertad que tiene para desentenderse de los mandatos de la ley en esta declaración suya decisoria del pleito y fundarla únicamente en las razones que su conciencia estime más prudentes y equitativas. Pero bien puede el arbitrador sujetarse a los preceptos legales en el fallo del juicio, si encuentra en ellos la más estricta prudencia y justicia; su calidad no lo obliga a despreciar las normas del derecho.

Con todo, la amplia facultad que tienen estos árbitros para decidir relaciones litigiosas sin que deban hacerlo necesariamente "según su derecho", les da, como anota Chiovenda, un poder mo dificativo o constitutivo de las relaciones jurídicas. El carácter meramente declarativo que por regla general tienen las sentencias judiciales, según el cual ellas no crean para las partes nuevos derechos, sino que se limitan a reconocer los que a la sazón tenían en conformidad con la ley, no es un rasgo de la naturaleza de las sentencias de arbitradores. El amigable componedor no debe resolver la controversia declarando el derecho que la ley otorga; debe hacerlo imponiendo la solución que considere más justa y más prudente; puede, en esta forma, desentenderse en absoluto de los derechos preexistentes que se hallen comprometidos en el pleito y hacer nacer con su fallo nuevos títulos para las partes. Así, por ejemplo, un arbitrador ha fallado entre nosotros, acerca de los derechos que en justicia deben asignarse a los hijos ilegítimos en la sucesión de su padre, confiriéndoles los que en la especie estimó equitativos; aunque la ley no les otorga ninguno². Pero en uso de esta extensa atribución no puede el componedor exceder los términos del compromiso, pues si lo hace su sentencia es casable por incompetencia o ultra petita.

En el Derecho alemán, según afirma Loewenwarter, los arbitradores —únicos compromisarios que la ley reconoce— tienen un límite a sus atribuciones en el orden público y las buenas costumbres. En Francia se ha sostenido también igual cosa y hay fallos de los tribunales franceses que acogen este principio tratándose de leyes relativas a las garantías de la defensa y la igualdad de los litigantes ante la jurisdicción arbitral. A manera de ejemplo, Robert expresa que los arbitradores no

podrían en ningún caso declarar válido un pacto sobre sucesión futura, porque siempre están obligados a respetar las normas de orden público.

Es esta una doctrina a todas luces razonable. Sin embargo parece bien dudoso que en nuestra ley pueda ser aplicada.

En cuanto al fondo de los pleitos, el C. O. T. y el G. P. G. autorizan categóricamente al arbitrador para fallarlos en el sentido que le dicten la prudencia y la equidad. Bien puede, por consiguiente, dentro de estos términos, aceptar como válido un acto viciado de nulidad absoluta, declarar incapaz a una persona y viceversa, alterar las reglas del onus probandi, etc., aunque con ello viole disposiciones del orden público, si en su conciencia cree que así es prudente y equitativo. Pensamos, por esto, contra la opinión de Loewenwarter¹ que un amigable componedor puede admitir que se le pruebe un contrato de compraventa de bien raíz por otros medios que la escritura pública, aunque la solemnidad de instrumento auténtico esté prescrita por razones de orden público; su omisión no obsta a que el arbitrador adquiera, en virtud de otras pruebas, el convencimiento de que tal contrato se ha convenido entre las partes y que es de justicia ordenar su cumplimiento, para cuyo efecto puede disponer que se reduzca a escritura pública. Por lo demás, la ley no otorga recurso alguno para enmendar la resolución del arbitrador que atropella un precepto de orden público; la casación en el fondo es improcedente contra amigables componedores y la apelación no tiene lugar sino cuando las partes la han reservado expresamente para ante un tribunal del mismo carácter. La vía de la queja sólo está abierta a las partes cuando el comete una falta o abuso, y no puede establecerse, de un modo general, que la violación de un precepto de orden público por un arbitrador constituya siempre una falta o abuso.

En el aspecto procesal, en cambio, nuestra ley pone límites al arbitrador. Es inexacto decir que éste tramita con entera libertad; los arts. 223 del C. O. T. y 636 del C. P. C. le imponen la obligación de observar las reglas que las partes expresen en el acto constitutivo del compromiso y en defecto de éstas, las que establece este último Código, entre las cuales se consagran, como fundamentales, la necesidad de oír a los interesados, agregar al proceso los instrumentos que presenten y practicar las diligencias necesarias para el conocimiento de los hechos. El art. 796 del mismo texto señala los trámites esenciales del juicio de arbitradores, diligencias cuya omisión es motivo para un recurso de casación en la forma. Por otra parte, es evidente que rigen también para los componedores las reglas comunes a todo procedimiento que consagra el Libro I del Código del ramo. Como su nombre lo indica, ellas se aplican a todo procedimiento, y no hay razones para excluir de este principio el de amigable composición, salvo en cuanto esas reglas sean



incompatibles con las estipulaciones de las partes o los preceptos especiales que rigen esta clase de juicios.”

Árbitros mixtos

“A las dos categorías fundamentales de árbitros que la L. O. T. reconocía, el C. P. C. agregó una tercera de carácter intermedio, que se ha dado en llamar de árbitros mixtos. Son éstos los árbitros a quienes se concede la facultad de arbi-tradores en cuanto al procedimiento, limitándose al pronunciamiento de la sentencia la aplicación estricta de la ley (C. O. T., art. 223, C. P. C., art. 628). En otros términos, son los que tramitan conforme a las reglas que las partes les señalan, o en subsidio de éstas, a las normas prescritas por la ley para los arbitradores, pero deciden según derecho, observando los preceptos legales, de el mismo modo que los jueces ordinarios y los árbitros de derecho.

Esta clase de árbitros no es exclusiva de nuestra ley. Expresamente la contemplan otras legislaciones² y diversos tratadistas³ que se refieren a ella al estudiar la cláusula del compromiso por la cual las partes renuncian a las formas del procedimiento.”

f) Clasificación de arbitraje en doctrina nacional

[ARIAS]⁶

“A continuación presentamos tres subclasificaciones usuales del arbitraje:

1. Arbitraje vinculante y no vinculante

“Existen varios tipos de arbitraje, dentro de los cuales destacan el arbitraje no vinculante y el

vinculante. En el arbitraje no vinculante, las partes en conflicto deciden acudir a un tercero imparcial para que éste, con base en un procedimiento previamente establecido, ya sea por las partes o por el árbitro o tribunal arbitral, decida cuál es la solución de su conflicto, pero sin que esa decisión sea vinculante para ellos, o sea, que no se obligan a cumplir lo que decida.

Por el contrario, en el arbitraje vinculante, sucede todo lo anterior de igual forma, con la única diferencia que las partes sí se obligan a aceptar y acatar lo que en el arbitraje se decida. En el caso de Costa Rica, la Ley RAC no prevé ninguna posibilidad de impugnación del laudo arbitral, salvo el recurso de nulidad ante la Sala I, por errores formales que se hayan podido cometer durante el procedimiento.”

2. Arbitraje de equidad y arbitraje de derecho

“Cabe destacar, que también existe el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad. En el arbitraje de derecho las partes definen que el árbitro o tribunal arbitral decidirá, de manera vinculante o no, con base en el derecho, según lo que establece la normativa pertinente.

Mientras que en el caso del arbitraje de equidad, por su parte, las personas en conflicto deciden que el proceso de arbitraje se desarrollará con base en el criterio de justicia y equidad del árbitro o tribunal arbitral. Esto no quiere decir que decidirán al margen de la ley, sino solamente que el criterio fundamental será de justicia y no solamente de legalidad.”

3. Arbitraje ad- hoc y arbitraje institucional

“Finalmente, vale hacer la distinción entre el arbitraje ad-hoc y el arbitraje institucional. En el caso del primero, las partes designan a cualquier persona o personas para que actúen como árbitro o árbitros, ya sea de derecho o de equidad, vinculante o no vinculante, sin que forme(n) parte de una lista de árbitros de una entidad autorizada. En el caso del arbitraje institucional, el árbitro o árbitros designados deben formar parte de una lista de neutrales de una entidad autorizada para la administración institucional de tales procedimientos, facultad que en Costa Rica le corresponde al Ministerio de Justicia y Gracia.

Como podemos observar del cuadro anterior y de la descripción de los métodos alternos más

importantes señalados, las partes a la hora de resolver un conflicto, pueden partir de una negociación no asistida, en donde tienen todo el poder de decidir sobre sus propios asuntos; pasando por la negociación asistida, en donde aún mantienen una importante cuota de poder de decisión autónoma (de acuerdo al tipo de procedimiento a seguir). Finalmente, y normalmente cuando la complejidad del caso es muy alta, las partes pueden decidir acudir a un proceso adjudicatorio, en el cual como su nombre lo indica, otorgan el poder de decisión sobre su situación, a un tercero imparcial, que puede ser un árbitro o un juez, en el caso extremo en donde ya pierden todo poder de decisión autónomo.

Este cuadro es de mucha importancia, ya que demuestra la gran variedad de opciones posibles para solucionar un conflicto por métodos alternos y pacíficos. En el caso de los sistemas sociales, es necesario que aquellas que cuenten con sistemas de abordaje de conflictos, cuenten con una gama variada de posibilidades de enfrentar los conflictos a lo interno de ellas, generando así diferentes vías de solución.”

g) Clasificación de arbitraje en doctrina argentina

[FELDSTEIN, LEONARDI]⁷

“Si bien las clasificaciones son arbitrarias, adoptaremos la que entendemos cumple una función esclarecedora. Así distinguiremos:”

1. Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

a) Arbitraje de derecho

El árbitro iuris dicta su laudo ajustado a las normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado.



En este arbitraje se suele exigir que el laudo sea motivado.

b) Arbitraje de equidad

El árbitro "arbitrador o amigable componedor" resuelve ex aequo et bono, es decir según su leal saber y entender a verdad sabida y buena fe guardada, dándole la ley en este caso mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución de la controversia.

Debe quedar claro que no debe confundirse "un mayor margen de discrecionalidad", con el apartamiento liso y llano de la ley. Las reglas del debido proceso legal deben mantenerse firmemente.

En esta modalidad de arbitraje, no suele exigirse que el laudo sea motivado.

2. El arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario

a) Arbitraje forzoso

El arbitraje forzoso nace de la decisión del legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones —art. 1627, Cód. Ci v.; art. 491, Cód. de Com.; entre otros—.

b) Arbitraje voluntario

El arbitraje voluntario o convencional tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes quienes eligen la vía del arbitraje para la solución de sus controversias. Dentro de esta figura cabe desde la previsión arbitral que abarque la totalidad de controversias posibles, hasta la previsión arbitral de temas puntuales.

3. Arbitraje doméstico y arbitraje internacional

a) Arbitraje doméstico

El arbitraje doméstico abarca las controversias dentro del marco estatal.

b) Arbitraje internacional

El arbitraje internacional comprende la solución de controversias que exceden el marco de un Estado sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes; cuando la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones exceden los límites de un Estado, entre otros posibles.

En cuanto a la jurisdicción nacional de un Estado extranjero, con la reforma del Código de Procedimiento Civil y Comercial en 1976, la República Argentina acepta la sumisión de causas comerciales a tribunales extranjeros. Por la ley 20.548, artículo 7°, modificatoria de la ley permanente de presupuesto 11.672, queda el Poder Ejecutivo posibilitado a "someter eventuales controversias con personas extranjeras a jueces de otras jurisdicciones, tribunales arbitrales con dirimente imparcialmente designado o a la Corte de Justicia de La Haya". Ello se aplicó, entre otros casos, a la refinanciación de la deuda de Aerolíneas Argentinas en 1983; en el acuerdo de refinanciación de deuda con los bancos comerciales internacionales de 1985 y 1987.

4. Arbitraje libre o ad-hoc y el arbitraje institucionalizado o administrado

a) Arbitraje libre o ad-hoc

En el arbitraje libre las partes convienen el procedimiento y el Derecho aplicable guardando las garantías básicas. De hecho esta modalidad es más compleja y lenta de llevar a cabo, pero las partes suelen creer que ellas controlan mejor el desenvolvimiento procesal.

Pero como en todos los temas en que lo jurídico rige, las cuestiones no son simples, y mal



haríamos si no reconociéramos una importante virtud al arbitraje libre o ad-hoc, cual es la de servir de fuente del derecho procesal arbitralj. La creación de nuevas formas, o la simplificación de las ya aceptadas, encuentra en este tipo de arbitraje una vía fértil para su renovación.

Deben distinguirse dos formas en el arbitraje ad-hoc: el estricto, en que las partes establecen su propio reglamento; y el amplio, en que las partes se someten a un reglamento prefijado.

b) *Arbitraje institucional o administrado*

En el arbitraje institucional las partes convienen dirimir sus diferencias ante instituciones especializadas, con profesionalidad, experiencia y prestigio.

En este caso los centros de arbitraje aportan su organización, que implica desde la infraestructura hasta los profesionales y normas de desenvolvimiento específico.

Dentro de este tipo de arbitraje institucional encontramos el que fue pionero constituido por el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro —provincia de Buenos Aires— y el Tribunal de Arbitraje General y Mediación, creado mediante el concurso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos de la Capital Federal y UBATEC S.A. También encontramos el Tribunal Arbitral del Colegio de Abogados de la Capital Federal y el Tribunal Arbitral de la Federación de Abogados de la República Argentina que analizaremos oportunamente.

Merece conocerse y difundirse su potencial atento el respaldo de prestigio y responsabilidad profesional de sus miembros que llevan, por esta vía, a garantizar un desempeño jurídico y ético de excelencia.”



3. NORMATIVA

a) Constitución Política

ARTÍCULO 43.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.

b) Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social⁸

ARTÍCULO 18.- Arbitraje de controversias

Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley.

Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.

Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.

ARTÍCULO 19.- Arbitraje de derecho

El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad. Cuando no exista acuerdo expreso al respecto, se presumirá que el arbitraje pactado por las partes es de derecho.



ARTÍCULO 21.- Sometimiento del conflicto

En el acuerdo arbitral, las partes podrán someter el conocimiento de la controversia a las reglas, los procedimientos y las regulaciones de una entidad en particular, dedicada a la administración de procesos arbitrales.

Sin embargo, si las partes no desean someter el conflicto a una persona dedicada a la administración de procesos arbitrales, el procedimiento podrá llevarse a cabo por un tribunal arbitral ad-hoc, constituido y organizado de conformidad con lo que las partes hayan convenido al respecto o las disposiciones de esta ley, según corresponda.

ARTÍCULO 22.- Aplicación de ley

El tribunal arbitral aplicará la ley sustantiva que las partes hayan seleccionado. Si las partes no lo hubieren hecho, el tribunal arbitral aplicará la ley costarricense, incluyendo las normas sobre conflicto de leyes.

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del acuerdo arbitral y tendrá en cuenta, además, los usos y las costumbres aplicables al caso, aun sobre normas escritas, si fuere procedente.

ARTÍCULO 37.- Competencia

El tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva para decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia y sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral.

Además, estará facultado para determinar la existencia o validez del convenio del que forma parte una cláusula arbitral. Para los efectos de este artículo, una cláusula arbitral que forme parte de un convenio y disponga la celebración del arbitraje con arreglo a la presente ley, se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del convenio. La decisión del tribunal arbitral de que el convenio es nulo, no implicará, necesariamente, la invalidez de la cláusula arbitral.

4. JURISPRUDENCIA

a) El arbitraje y la Constitución Política

[SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]⁹

"Debe indicarse, como lo ha hecho la Sala en anteriores ocasiones, que el proceso de arbitraje es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que podría resultar más ágil para las partes. El arbitraje ha ido tomando gran auge en nuestros tiempos y en algunas legislaciones funciona, con éxito, la figura del arbitraje legal o forzoso; sin embargo, ello en Costa Rica no es posible todavía. Ahora bien, sin ninguna duda, este proceso es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que ha sido prevista en tanto podría resultar más ágil. Dispone el artículo 43 Constitucional:

"Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente"

De la lectura de la disposición anterior es posible concluir lo siguiente: a) la Constitución garantiza una forma alternativa para la solución de conflictos de naturaleza patrimonial; b) las partes pueden acudir al arbitraje de manera facultativa y nunca forzosa, aún habiendo litigio pendiente. Así las cosas, es importante aclarar que el artículo 43 de la Constitución Política establece como derecho fundamental el que las partes de un conflicto puedan acudir facultativamente a la vía arbitral; sin embargo, debe tomarse en cuenta que el derecho al arbitraje como todo derecho fundamental, no es irrestricto y está sujeto a limitaciones.

Partiendo de lo dicho estima la Sala que, en el caso concreto, el hecho de que la Municipalidad de Belén hubiera desistido voluntariamente de llevar a cabo un proceso arbitral con la amparada para dilucidar lo relativo a la cesión de áreas verdes a esa Municipalidad, y que esa decisión se haya debido a la existencia de un interés superior que, según la Procuraduría General de la República, no es susceptible de ser sometido a ese tipo de procesos, constituye un asunto que no corresponde dilucidarse ante esta Jurisdicción, ya que determinar si procede someter o no el

conflicto de intereses que indica el recurrente a un proceso arbitral, o si por el contrario puede o no acudir en resguardo de sus derechos a la vía jurisdiccional, es asunto a resolver por la autoridad recurrida o en su defecto, debe plantearse en la vía contencioso administrativa correspondiente pues debe recordarse que las partes pueden acudir al arbitraje de manera facultativa y nunca forzosa ya que la voluntad es el primer elemento constitutivo del acuerdo compromisorio. De esta manera, el no poder acudir a un arbitraje no implica denegar el derecho de las partes de acudir a la vía jurisdiccional en resguardo de sus pretensiones pues la instauración de un proceso de arbitraje es una forma alternativa de solución de conflictos en tanto que acudir a los Tribunales de Justicia es una posibilidad que nunca le puede ser vedada a las partes.

Así las cosas, al estimarse que no se ha lesionado ningún derecho fundamental de la amparada, no procede más que la desestimación del recurso, como en efecto se ordena."

b) Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad

[SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA]¹⁰

"III.- El arbitraje, como uno de los medios alternos de resolución de conflictos, se divide en dos modalidades: el de derecho y el de equidad. En el primer caso, la tramitación y fallo de la lite incumbirá a uno o varios árbitros profesionales en Derecho, quienes resolverán el asunto en forma análoga a como lo haría un juez en la vía judicial. En ese tanto, tendría que analizar los hechos y las pruebas, a la luz de sus conocimientos jurídicos y de las reglas de la sana crítica, a fin de arribar a su decisión sobre el fondo del asunto. Todo lo anterior, velando por el cumplimiento del derecho de defensa de las partes dentro del arbitramento, con la consiguiente salvaguarda del principio del contradictorio, a fin de tener la posibilidad de verter su criterio sobre las probanzas aportadas por el contrario. Igualmente, la autoridad arbitral deberá ajustarse al principio dispositivo, en cuanto a los términos de la demanda y contestación, así como el material probatorio ofrecido por los litigantes. También, el laudo debe ser fundamentado de la misma manera que se haría en una sentencia. En contraste con dicha variante, el arbitramento puede ser de equidad. En este caso, quien resuelva el asunto no es nombrado por su saber jurídico, sino por ser experto en la rama de conocimiento humano en la cual gira el conflicto. Por ejemplo, un ingeniero o arquitecto en

aspectos de construcción, un médico en cuestiones de tratamientos de salud, entre otros. Es decir, quien sea nombrado por las partes es buscado por su sapiencia en la temática discutida, con la finalidad de que resuelva de acuerdo con su leal saber y entender, derivado de su saber profundo de la materia, el cual, normalmente, no tiene un profesional en las ciencias jurídicas. En este caso, el árbitro de equidad no está obligado a cumplir los requisitos estrictos de fundamentación que ha de tener el de derecho, aunque sí debe ser explícito en razonar los motivos de su fallo. A raíz de tal característica, su manejo sustancial del tema, aunque el árbitro de equidad no llega a suplantar a la figura probatoria del perito, es decir, no cumple las dos funciones, sí cuenta con una preparación profunda de su especialidad, lo que le facilita valorar mejor el conflicto, a fin de decidir de manera definitiva la disputa surgida entre los litigantes.”

ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Arias Solano, R. (2001) Acceso a la justicia y resolución de conflictos en Costa Rica: La experiencia de las casas de justicia. Ministerio de Justicia y Gracia. Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos. Pp 49-50.
- 2 Fedstein de Cárdenas, S. Leonardi de Herbón, H. (1998) El Arbitraje. Editorial Abeledo- Perrot S.A. Argentina. Pp 12-13.
- 3 Artavia Barrantes, S. (1996) El proceso arbitral en Costa Rica. Primera Edición. Editorial Jurídica Dupas S.A. Costa Rica. Pp 25-30.
- 4 Artavia Barrantes, S. (1996) El proceso arbitral en Costa Rica. Primera Edición. Editorial Jurídica Dupas S.A. Costa Rica. Pp 46-53.
- 5 Aylwin Azocar, P. (1958) El juicio arbitral. Editorial Jurídica Chile. Chile. Pp 142-147.
- 6 Arias Solano, R. (2001) Acceso a la justicia y resolución de conflictos en Costa Rica: La experiencia de las casas de justicia. Ministerio de Justicia y Gracia. Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos. Pp 50-52.
- 7 Fedstein de Cárdenas, S. Leonardi de Herbón, H. (1998) El Arbitraje. Editorial Abeledo- Perrot S.A. Argentina. Pp 13-15.
- 8 Ley sobre la resolución alternativa de conflictos y promoción de la paz social. Ley No 7727 del nueve de diciembre de 1997.
- 9 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas con cuarenta y tres minutos del cuatro de junio del dos mil cuatro.- Resolución 2004-06144.
- 10 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas veinte minutos del veinticuatro de agosto de dos mil siete. Resolución 000614-F-2007.