

Contenido

Ensayos

La cláusula paraguas: lecciones
de convivencia para los sistemas
jurídicos

Elina Mereminskaya

13

La protección de inversiones y
el arbitraje internacional

Luis Alberto Erize

61

Periodos de espera en los TBI para
someter controversias a los tribunales
demandados del Estado receptor

Irina Natacha Gedwillo

129

Elementos configuradores
de la justicia arbitral

José Carlos Fernández Rozas

151

El procedimiento del árbitro
de urgencia del CIRD en acción
—Partes I y II—

Guillaume Lemenez y Paul Quigley

187

Documentos

Ecuador. Decreto Ejecutivo 1823 de 2009 de la Presidencia de la República. Denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados-CIADI 217

República Dominicana. Ley 489-08 sobre Arbitraje Comercial 219

Información

Principales eventos internacionales, portales de internet y recomendaciones de lectura en materia de arbitraje 247

Elementos configuradores de la justicia arbitral

por José Carlos Fernández Rozas

1. FISONOMÍA JURISDICCIONAL O CONTRACTUAL

1.1. Poderes de los árbitros

En la vida diaria el mantenimiento de la paz social se dificulta porque el avance tecnológico y el incremento del tráfico de servicios y negocios han producido un aumento en la conflictividad que, a su vez, ha desbordado las estructuras que el Estado establece para solventarla mediante el poder judicial. No son extrañas las referencias a la imposibilidad del Estado para resolver litigios específicos¹, y la defensa del arbitraje por su capacidad de ofrecer respuestas ágiles frente a la dilación del órgano jurisdiccional². El juicio de los árbitros se configura así como un complemento de la administración de justicia ordinaria que en vez de perjudicarla la favorece porque contribuye a descongestionarla³. La carencia de recursos humanos, materiales y tecnológicos y la existencia de graves problemas institucionales en la estructura judicial han tenido la virtud de repercutir en el necesario auxilio al arbitraje, consustancial

1 Silva Silva, J.A. *Arbitraje comercial internacional en México*. 2.ª ed., México: 2001, p. 5.

2 Ramos Méndez, F. *Medidas alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito patrimonial*. En: Justicia, 1994, IV, p. 812.

3 Aunque centrado en la mediación resulta de interés el estudio de Edwards, H.T. *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?* En: Harv. L. Rev., vol. 99, 1986, pp. 668-684.

para el desarrollo de este peculiar sistema de arreglo de controversias. Con el arbitraje el Estado endosa su función jurisdiccional y transmite las facultades reservadas a ciertos órganos especializados para conocer y resolver asuntos en los cuales se dirimen intereses que solo trascienden para algunos particulares. Dicho acto de delegación, previsto en la normativa estatal, genera aptitud legal en favor de estos últimos, pudiendo elegir el procedimiento y someterse a un árbitro con objeto de dirimir sus controversias. Ello denota que esa parte de la jurisdicción correspondiente a los tribunales del Estado es conferida al árbitro, agotándose semejante delegación con el pronunciamiento de un laudo, y siendo devuelta solo para obtener la ejecución ante la falta de cumplimiento voluntario.

Por esta razón, el laudo emitido vincula y obliga a las partes como si hubieran litigado ante un juez, puesto que una de las funciones del Estado es la de impartir justicia a los gobernados, resultando irrelevante la forma que adopte para cumplir con tal postulado. Si el propio Estado confiere a los árbitros atribuciones

y competencia para el ejercicio de la función jurisdiccional, resulta incuestionable que fueron instituidos con la finalidad de satisfacer intereses de orden público, pero, no por ello, son de orden público los asuntos sometidos a su conocimiento.

El árbitro no es ajeno a la actividad jurisdiccional que corresponde al Estado. En tanto que las competencias del juez provienen directamente de la ley, el árbitro no ostenta una competencia delegada de la autoridad pública más allá de la habilitación general que las leyes estatales proporcionan a la institución arbitral en abstracto. El árbitro, está limitado, por la voluntad de las partes, a un determinado asunto, y por la ley, a un prefijado tipo de controversias, por tanto no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo. Carece, al efecto, de la nota de permanencia que caracteriza a los miembros del poder judicial: el árbitro se nombra para un caso concreto. Por tal motivo las instituciones arbitrales observan, o al menos deberían desarrollar, una especial cautela a la hora del nombramiento de árbitros en el sentido de no crear

una “profesionalización” de los mismos⁴.

El árbitro es una persona que actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pudiendo las partes obtener a través de su actuación objetivos similares a los que alcanzarían acudiendo a la justicia estatal. Se erige el árbitro en tal sentido, como una manifestación de la libertad de los ciudadanos y como expresión subjetiva de la autonomía de la voluntad respaldada por las constituciones. La función de “equivalente jurisdiccional” que ostenta el arbitraje, conduce a los distintos sistemas jurídicos a establecer, en la persona de los árbitros, una serie de derechos orientados a posibilitar el desarrollo de esa función, como se evidencia, por ejemplo, en la jurisprudencia francesa donde se considera que el árbitro es un verdadero juez, que cumple una misión jurisdiccional y que acce-

de en virtud de su designación al estatuto de juez⁵. Pero, en contrapartida, también se determinan una serie de obligaciones con el objetivo de amparar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses, prohibiendo la indefensión⁶. Ante todo, el ejercicio de dicha función puede dar lugar a las correspondientes responsabilidades.

La potestad de los árbitros, a diferencia de la que es inherente a los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino que está limitada a las cuestiones comprometidas y a un tiempo determinado, fijado por las partes o, o en defecto de pacto expreso, por la ley, durante el cual ha de expedirse la decisión. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo; de ahí que

4 Fernández Rozas, J.C. *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international*. En: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 290, 2001, pp. 36-38. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/6963/>.

5 Fouchard, Ph. *Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française*. En: *Rev. arb.*, 1996, p. 327.

6 Henry, M. *Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços*. En: *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 6, 2005, pp. 65-73.

pueda sostenerse dialécticamente que se trata de una verdadera función jurisdiccional, aunque efímera⁷. Los árbitros quedan investidos transitoriamente de poder para solucionar una controversia a partir de la aceptación del cargo y hasta el fin del arbitraje; se produce a grandes rasgos un desplazamiento de la función jurisdiccional de los jueces y magistrados hacia particulares nominados por quienes son parte de un negocio

o relación jurídica determinada. Habida cuenta de que el arbitraje es libremente pactado resulta que, en virtud del compromiso o de la cláusula compromisoria, hay un traslado o desplazamiento de la competencia del juez al árbitro, en cada caso concreto. Este carácter de transitoriedad ha sido resaltado, con reiteración, por la jurisprudencia constitucional colombiana⁸; como pusiera de relieve la Sentencia C-294/95 de

7 Seraglini, Ch. En: Béguin, J. y Menjuncq, M. (Dir.) *Droit du commerce international*, París: Litec, 2005, pp. 839-840.

8 “No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P., art. 113)” —Sentencia T-057 de la Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, 20 de febrero de 1995—. “En el proceso arbitral, el árbitro está investido del poder de administrar justicia, habilitado para ello por las partes, en forma transitoria, en el negocio sub-lite, sustrayéndolo de la competencia de la jurisdicción ordinaria, por voluntad de las mismas partes: son ellas quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Además, los árbitros administran justicia ‘en los términos que determine la ley’, lo cual permite al legislador, v. gr., establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral” —Sentencia C-431 de la Corte Constitucional, 28 de septiembre de 1995—. “El arbitramento representa un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley” —Sentencia C-242/1997 de la Corte Constitucional, Sala Plena, 20 de mayo de 1997—. “No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante

la Corte Constitucional de Colombia, del 26 de junio de 1995:

“Los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no solo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral. La segunda, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. Y una última, que los árbitros administran justicia

‘en los términos que determine la ley’. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral. No existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral”.

La reflexión en torno a los poderes de los árbitros está vinculada a la posición que se adopte en torno a la polémica —ciertamente estéril desde el punto de vista de la práctica arbitral⁹, pero con importantes consecuencias efectivas— acerca de la naturaleza jurídica de esta institución¹⁰. La

Cont. 8 el tribunal” (Sentencia C-06/01 de la Corte Constitucional, Sala Plena, 24 de enero del 2001).

9 Fernández Rozas, J.C. *Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia*. En: Derecho Privado y Constitución, n.º 19, 2005, pp. 81-82. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/6573/>; en la doctrina de América Latina vid. Cantuarias Salaverry, F. y Aramburú Yzaga, M.D. *El arbitraje en el Perú. Desarrollo actual y perspectivas*. Lima, 1994, pp. 42 y ss.

10 La cuestión ha contado con un gran desarrollo en la doctrina francesa, centrado en su propio sistema: Motulsky, H. *La nature de l'arbitrage*. En: *Ecrits*, t. II, Etudes et notes sur l'arbitrage. París: 1974, pp. 5 y ss.; Oppetit, B. *Sur le concept d'arbitrage*. En: *Études offertes à Berthold Goldman*. París: 1982, pp. 229-239; Jorrosson, Ch. *La notion d'arbitrage*. París: 1987, pp. 101-110; Kassis, A. *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. I, París: 1987, pp. 27-130. Para una visión de la polémica en América Latina, vid. Ledesma, A.E. *Eficacia del laudo arbitral*. En: *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*. Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski. Lima:

discordia cada vez tiene menor interés, pudiendo solventarse con la consideración del arbitraje como contractual en su origen y procesal en sus efectos¹¹; como “contrato procesal”¹²; como “desarrollo procesal del principio negocial de la autonomía de la voluntad que, aún en el supuesto de su operatividad obligatoria, sigue rehuendo y extrañando la jurisdicción”¹³; como “*processo privato di giustizia*”¹⁴; como “la institución de una justicia privada en virtud de la cual los litigios se sustraen a las jurisdicciones de Derecho común”¹⁵; o simplemente como que “el arbitraje es arbitraje y esta es su naturaleza”¹⁶.

Cont. 10 1989, pp. 99-114, esp. pp. 100-103; Muñoz Esquivel, O. *Naturaleza jurídica de la función de los árbitros*. En: Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje, vol. II, 2002, n.º 2, pp. 10-13; González de Cossío, F. *Naturaleza jurídica del arbitraje. Reflexiones sobre aplicaciones prácticas del debate, en particular sobre su utilidad en México*. En: Iuris Tantum. Revista de la Facultad de Derecho —Universidad Anáhuac—, n.º 16, 2005, pp. 103-113.

11 Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Art. 1*. En: Comentarios a la Ley de Arbitraje, Madrid: 1999, p. 18.

12 Vid. Fernández Ballesteros, M.A. et ál. *Derecho procesal práctico*, t. VIII, 2.ª ed., Madrid: 1995, p. 762; Bernardo San José, A. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: 2002, pp. 8-17. “Existen algunos precedentes de la práctica arbitral al respecto, como la decisión de 7 de mayo de 1963 n.º A 105/61 del Tribunal de Arbitraje administrado por la Cámara Polaca de Comercio Exterior, según la cual la cláusula compromisoria, incluso aunque figure como cláusula de un contrato de Derecho material, es un contrato judicial y, en consecuencia posee un carácter autónomo especial, distinto de las otras cláusulas del contrato”, *Journ. dr. int.*, 1970, p. 405. En América Latina vid. Santos Belandro, R. *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*. Montevideo: 2002, p. 53.

13 Lorca Navarrete, A. M.ª *La naturaleza jurídica del arbitraje*. En: Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, 2006.

14 Fazzalari, E. *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*. En: *Riv. arb.*, vol. XIV, 2004, pp. 661-670.

15 Robert, J. *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6.ª ed., París: 1993, p. 3.

16 Barona Vilar, S. *Introducción*. En: Barona Vilar, S. (coord.) Comentarios a la Ley de arbitraje —Ley 60/2003, de 23 de diciembre—. Madrid: 2004, pp. 58-59.

Es frecuente presentar al arbitraje como un tránsito de la solución judicial del litigio a la contractual; un subrogado, un sustitutivo de la jurisdicción, un procedimiento para-judicial, en el cual el Estado se encuentra interesado, no solo en proteger, sino también en ejercer control sobre su curso, y sobre el laudo, con que se pronuncia. Lo que se sustituye por los particulares es una decisión formalmente idéntica a la sentencia, pero con la diferencia de que su función es privada, no pública, pues carece de los poderes jurisdiccionales. Todo ello es la consecuencia del respeto al interés privado que gravita con frecuencia en el espíritu del proceso civil¹⁷. A modo de síntesis, puede afirmarse que arbitraje y jurisdicción no son compartimientos estancos y que el recuso a la segunda instancia es muchas veces esencial para el buen funcionamiento de la institución arbitral; ahora bien, esa dependencia funcional no es suficiente en

modo alguno para vincular dicha institución de manera exclusiva a la jurisdicción estatal¹⁸.

1.2. Inexistencia de funciones jurisdiccionales delegadas

Al tiempo que el Estado confiere un amplísimo margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje, impone unas exigencias para asegurar mínimas garantías a los particulares que eligen esta vía, en el sentido de estar amparados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Conforme a la tesis apuntada, el Estado delegaría en los particulares su facultad de juzgar y precisamente de esa delegación estatal surge la fuerza jurídica del laudo.

Sin embargo, un planteamiento así propuesto debe ser suficientemente matizado pues parte de la suposición de que el arbitraje implica la existencia de

17 Cfr. Fenochietto, C.E. y Arazi, R. *Código procesal civil y comercial, comentado y concordado*, t. III, Buenos Aires: 1986, pp. 500-501; vid., así mismo, sentencia Cámara Nacional Civil y Comercial Fed., Sala 3.ª, 26 de mayo de 1994 —Mollo, V.E. v. Y.P.F. y otro—.

18 Artuch Iriberry, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: 1997, pp. 47-48.

una función jurisdiccional delegada, lo que desconoce que las facultades fundamentales y exclusivas del Estado no pueden tener tal carácter; no es dable, en efecto, una división entre jurisdicción pública y privada. La fuerza del laudo no surge entonces de una delegación estatal, sino de una facultad que proviene directamente de la ley y que emana, sin más, de la autonomía de la voluntad de las partes, que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral. Dicha autonomía de la voluntad adquiere un papel protagónico y solo debe ceder ante ciertos preceptos de carácter imperativo o de obligada observancia por las partes contendientes, preceptos que cada vez son de menos relevancia y más reducidos, como se evidencia, por ejemplo, de la Ley de Arbitraje de España de 2003. La hegemonía de las partes en el procedimiento arbitral alcanza incluso para que puedan consentir determinadas infracciones en el desarrollo del

mismo, siempre que afecten sólo aspectos de libre disposición.

2. PERVIVENCIA DE LA POSICIÓN JURISDICCIONAL DEL ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA¹⁹

Al margen de los enfoques de círculos jurídicos que han querido consolidar, a lo largo de los años, que su respectivo territorio nacional constituya una confortable sede de los arbitrajes internacionales²⁰, en la mayoría de los Estados, a pesar de haber incorporado reglamentaciones favorables a la institución, el panorama aún ofrece rasgos de singulares por su disimilitud. Dichos rasgos pueden sintetizarse como sigue.

En primer lugar, existe una notable indeterminación de los contenidos imperativos y dispositivos de las leyes de arbitraje que ejerce efectos nocivos en la eficacia final del proceso; en segundo término, se observa una evidente desconexión entre las normas de contenido procesal-judicial con

19 Vid. un desarrollo de esta cuestión en: Fernández Rozas, J.C. *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*. Madrid: 2008, pp. 96 y ss.

20 Verdera, E. y Tuells. *La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral*. En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XI, 1995, pp. 35-57.

la institución que regulan y, por último, permanece el carácter incompleto e inadecuado de las normas frente a la realidad del arbitraje comercial internacional.

Es por ello que el arbitraje, en los diversos sistemas que buscan favorecerlo, no constituye un método seguro y eficaz de resolución de controversias comerciales, sino una auténtica sucesión de controles y obstáculos que, en última instancia, han terminado con la rapidez y con la efectividad que es inherente a la institución arbitral; predomina en todos ellos, el riesgo de ineficacia del convenio arbitral, la inaplicación de textos convencionales y la intervención del control de las jurisdicciones nacionales²¹.

Estas condiciones están originadas en un ambiente, tanto

legislativo como judicial, de desconfianza hacia la institución que, como aconteció en España con la Ley de Arbitraje de 2003, se han pretendido desterrar²². Esa actitud está en trance de extinción en los tribunales de justicia, como apuntan los más recientes precedentes de la jurisprudencia española²³, mucho más favorable a la institución arbitral, si se examina globalmente, que de acuerdo con comentarios sesgados emitidos respecto de decisiones específicas que son excepción a la regla. Detrás de esta reticencia, en curso de desaparición, subyace la consideración del arbitraje como una institución intrusa en el ámbito jurisdiccional.

Ello ha contrastado con dos propósitos fundamentales, que se suelen afirmar de modo rotundo pero que pocas veces se cumplen:

21 Estos tres vectores son los utilizados como definitorios de las tendencias legislativas modernizadoras del arbitraje, en: Fouchard, P.; Gaillard, E. y Goldman, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. París: 1996, pp. 111-112.

22 Dentro de la abundante bibliografía sobre la Ley 60/2003 vid., por todos, Verdura, E. y Tuells. *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*. Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 2005, pp. 59 y ss.

23 Vid. la crónica de jurisprudencia española que se contiene en: *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, a partir de su vol. I, n.º 1, 2008.

la potenciación del arbitraje, particularmente en materias mercantiles, donde demuestra su utilidad como alternativa eficaz al procedimiento judicial, y la asimilación de que el arbitraje no es una técnica que trata de quitar poder a la jurisdicción del Estado, sino que es una alternativa esta. En definitiva, se opone aquella actitud a la idea de que la colaboración entre el juez y el árbitro no pretende otra cosa que dotar de mayor eficacia a la solución de las controversias de índole patrimonial que son inherentes a las exigencias del comercio internacional²⁴.

Si los árbitros poseen la responsabilidad de resolver una controversia en justicia, los jueces deben prestar su apoyo controlando esta decisión y dotándola de potestad ejecutiva. No debe existir, pues, confrontación ni superposición de ámbitos, sino ejercicio de los mismos derechos, dentro de un sistema de garantías constitucionales. Es este el sentido con el que debe interpretarse la

compatibilidad técnica entre ambas instituciones²⁵.

No obstante los modelos tradicionales aún subsisten en la jurisprudencia y en la doctrina de los países, y cualquier posición que se adopte debe tener en cuenta tanto los rasgos esenciales del sistema jurídico en particular como la configuración que en dicho Estado exista acerca del arbitraje, sobre todo a partir de un punto de vista constitucional.

Por ejemplo, en Argentina persiste un cierto debate a lo hora de determinar si los árbitros ejercen o no jurisdicción, especialmente luego de que el Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia, Nicolás Matienzo, sostuviera que el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sin embargo, la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia argentina se ha inclinado radicalmente en contrario. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje ha sido reconocida por la Corte Suprema

24 Fernández Rozas, J.C. *La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral*. En: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n.º 15, 2004, pp. 17-49.

25 *Ibíd.*, p. 24.

de ese país a partir del siglo XIX, y ha sido reiterada en los casos en que ha dirimido conflictos de competencia entre la justicia judicial y la arbitral. Baste recordar el voto del Dr. A.C. Belluscio —en la sentencia de la Corte Suprema de la Nación de 31 de mayo de 1999, Rocca, J.C. *v.* Consultara, S.A.— cuando afirmó que: “Aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el Derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes”.

Para el caso argentino, lo relevante, entonces, es el sometimiento,

por obra de la autonomía de la voluntad de las partes, a una jurisdicción, es decir, a un poder para decir el Derecho. Tal sometimiento entraña idénticos efectos atribuibles a las resoluciones de la jurisdicción estatal. El poder exclusivo de asegurar coactivamente el Derecho se extiende a la función arbitral, esto es, el poder de resolver una controversia²⁶, sin siuiera exigir una homologación judicial como acontece, en cambio, en otras legislaciones²⁷. El rechazo de las teorías contractualistas basadas en la carencia de *imperium* por parte de los árbitros, se sustenta en que estos poseen atribuciones para decidir toda cuestión entre partes, con excepción de las que no pueden ser objeto de transacción; reposa también en que el laudo arbitral participa de la obligatoriedad que

26 Desde el punto de vista exegético, se suele acudir a la interpretación de las disposiciones del CPCCN cuando se refieren a la prórroga de la competencia a favor de árbitros en asuntos internacionales (art. 1.º), así como el sometimiento de cuestiones a la decisión “de jueces árbitros” (art. 736) y especialmente cuando equipara las sentencias (laudos) arbitrales a las judiciales. No debe olvidarse que el artículo 499 CPCCN dice: “Resoluciones ejecutables. Consentida o ejecutoriada la sentencia de un tribunal judicial o arbitral y vencido el plazo fijado para su cumplimiento, se procederá a ejecutarla...”.

27 Cfr. Palacio, L.E. *Derecho procesal civil*, 2.ª ed., 5.ª reimpr., t. I, Buenos Aires: 1991, pp. 329 y 330; en la misma orientación, Caivano, R. *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de solución de conflictos*, 2.ª ed., Buenos Aires: 2000, pp. 96 y ss.

caracteriza al acto de autoridad; y que esa obligatoriedad en modo alguno puede asimilarse a la que también reviste el negocio jurídico, pues aquel no es emitido por los árbitros en calidad de partes, sino en calidad de terceros a quienes el ordenamiento jurídico otorga, dadas ciertas condiciones, la posibilidad de asumir la función pública consistente en dirimir un conflicto.

Así mismo, a partir de una posición jurisdiccionalista se entiende que el árbitro tiene la misión de juzgar y por esa razón su decisión, el laudo arbitral, queda asimilado a una sentencia y, en tal virtud, puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción ordinaria²⁸, pues su actividad dimana de esta última o implica una dero-

gación de la jurisdicción²⁹. Según esta corriente el arbitraje es jurisdiccional, no por la función que desarrollan los árbitros, que no es jurisdiccional en sentido técnico-político, sino por la especial eficacia que el derecho otorga a los efectos del arbitraje, efectos que emergen del derecho contractual o privado y se tornan en procesales, al otorgarles la propia ley, la tutela jurídica que concede a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas³⁰. No puede ignorarse que durante muchos años ha dominado la teoría defensora de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y tal posición se ha justificado frecuentemente en lo dispuesto en el Protocolo y en el Convenio de Ginebra de 1923 y 1927 a partir, sobre todo, de la imposibilidad de admitir senten-

28 Loquin, E. *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international*. En: Journ. dr. int., t. 110, 1983, pp. 294-295. De defensa de esta posición en España se puede encontrar muy bien sistematizada en: Cordón Moreno, F. *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*. Cizur Menor (Navarra): 2005, pp. y 39 ss.

29 Para M.G. Monroy Cabra, "El arbitraje contiene una derogación de jurisdicción hecha por particulares para que sus litigios se tramiten ante los tribunales arbitrales establecidos en la forma determinada por la ley de cada Estado" —cfr. *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Bogotá: 1998, p. 23—.

30 Vid. Martínez de Castro, L. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid: 1984, p. 25.

cias arbitrales no originarias de una sede estatal, esto es, de carácter supranacional.

La jurisprudencia colombiana es sumamente expresiva al respecto, como muestra la Sentencia 2227 de la Corte Suprema de Justicia de 21 de marzo de 1991³¹ que, refiriéndose a un supuesto de arbitraje interno, afirmó que:

“Un tribunal de arbitramento, sin duda alguna, profiere primordialmente actos jurisdiccionales. En efecto, como se sabe, el arbitramento es un sistema de solución de conflictos regulado entre nosotros para los campos civil y mercantil por el Decreto 2279 de 1989 y que consiste, en términos generales, en que las personas que tengan una diferencia de tal índole, pactan someterla a la decisión de uno o varios particulares nombrados por los mismos interesados directamente o por un tercero al que se le defiere este cometido. Los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas apor-

tadas y extraer de este acervo una consecuencia definitiva condenada en un proveído que, formal y materialmente, es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del Derecho.

[..].

Por otra parte, repárase en que la existencia de un pacto arbitral sustrae o excluye el negocio *sub lite* de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sustituyéndola; y en que la actuación de estos organismos viene totalmente rituada por la ley y se halla de todos modos en conexión con la rama judicial o jurisdiccional, la que en ocasiones es llamada a intervenir en el desarrollo del proceso arbitral, como se puntualizó a propósito de los recursos [..].

Por último, la naturaleza jurisdiccional del papel de los árbitros se plasma en que aun cuando puedan ser escogidos por los contendores, no obran en nombre de estos, no ostentan propiamente su representación, sino

31 Vid. nota de Mantilla Serrano, F. En: Rev. arb., 1991, n.º 4, pp. 723 y ss.

que pronuncian sus decisiones como sujetos independientes de la voluntad de unos y otros, *ope legis* al decir del renombrado tratadista Fernando Mantilla Serrano; tanto, que el litigante que resulte afectado por el fallo arbitral no puede exigir ningún tipo de responsabilidad al árbitro porque se hubiere mostrado en contra de sus personales intereses. Este carácter viene

Las concepciones más modernas consideran al arbitraje como un auténtico medio jurisdiccional de solución de conflictos

acentuado por el hecho de que el mismo Decreto 2279 de 1989, recogiendo la interpretación ya generalizada, dispone que aunque es posible que los árbitros sean designados de común acuerdo por las partes, no lo es que cada una nombre un árbitro —art. 9.º—”.

La jurisprudencia de Costa Rica ha abundado también en este planteamiento como se refleja en la Sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de noviembre del 2000 —Agencia Arias Hermanos, S.A. *v.* Productos Roche Interamericana, S.A.—:

“... 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, cu-

yas 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”.

Por citar un razonamiento más, puede observarse que una posición similar se desprende de una resolución del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 29 de octubre de 1992 —C. Fernie & Co., S.A. *v.* Universal Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.—, que al referirse a la institución del arbitraje señaló:

“Por lo que respecta al arbitraje, es importante dejar establecido que el mismo es un mecanismo ideado con la finalidad de

resolver conflictos entre sujetos de Derecho, sean entes de Derecho público o personas jurídicas de Derecho privado, que sin recurrir a las autoridades jurisdiccionales establecidas por el Estado conceden a un tercero, unipersonal o pluripersonal, la facultad de decidir sobre una cuestión de interés para ambas partes.

La doctrina privatista entiende que el arbitraje supone la existencia de un problema de Derecho material, mientras que las concepciones más modernas consideran al arbitraje como un auténtico medio jurisdiccional de solución de conflictos, pues le conceden carácter de auténtico proceso regulado por el Estado.

Aunque árbitros y arbitradores no ostentan la misma potestad jurisdiccional que la Ley otorga a Jueces y Magistrados, sí tienen facultad legal para decidir una cuestión sometida a su consideración y ello implica, en alguna medida, ejercer la jurisdicción que por autorización de la Ley los sujetos que recurren al arbitraje le reconocen a árbitros y arbitradores en el caso particular que los enfrenta como sujetos de derechos”.

Se añade a lo anterior lo que se indica en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Cuarta de Negocios Generales, de 8 de noviembre de 2000 —Inmobiliaria Sucasa, S.A. *v.* Cryogas de Centroamérica, S.A.—:

“El arbitraje es un proceso en nuestro país autorizado en la ley y reglamentado por esta, en lo que se establecen las normas respectivas, y como el derecho procesal es de orden público, es claro el trámite legal que debe seguirse rigurosamente so pena de nulidad, porque las partes no pueden disponer libremente sobre el procedimiento. La designación del árbitro mediante el acuerdo entre las partes constituye en sí una ampliación de las funciones del Estado; los árbitros, no obstante a pesar de ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha concedido a las partes la potestad de trasladarles una parte de la soberanía del Estado mientras dure el desempeño de sus funciones, a efecto que puedan resolver la disputa”.

Y reiterando esta idea la sentencia de la misma Sala, de 14 de febrero de 2005 —Greenhow

Associates Ltd. *v.* Refinería Panamá, S.A.— afirmó que:

“... los árbitros se configuran en jueces de pleno derecho y sus decisiones tienen fuerza coercitiva frente al resto de la comunidad judicial y administrativa, dándole a las partes mayor seguridad de que sus pretensiones, reconocidas en los laudos arbitrales serán respetadas. Esta seguridad jurídica promoverá en la sociedad la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de conflictos que redundará en beneficio de todos; una justicia más rápida y expedita; un descongestionamiento del sistema de administración de justicia ordinaria; y, una ampliación en la posibilidad del acceso a la justicia.

Las construcciones en pro de la índole jurisdiccional del arbitraje tienen, incluso, respaldo legal. Precisamente, el art. 785 CPC de Paraguay al establecer las facultades que incumben al tribunal arbitral dispone que de conformidad con el art. 2.º, párrafo 9 de la Ley 879, Código de Or-

ganización Judicial, “constituido el tribunal, quedará investido de potestad jurisdiccional”.

Los textos transcritos muestran que todavía no se ha descartado en muchos sistemas jurídicos la mencionada teoría jurisdiccional del arbitraje.

Esta teoría, en lo que se refiere al arbitraje interno, es admitida en Chile sin reservas por la doctrina reconociendo expresamente que se trata de un rasgo distintivo del sistema chileno en el derecho comparado³². Baste comprobar que el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales —COT— define a los árbitros como “los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”; del citado precepto y de las restantes disposiciones contenidas en el COT, —específicamente el artículo 5.º, que menciona a los tribunales arbitrales como parte de su clasificación del poder judicial y la administración de justicia en general— y las del Código de

32 Cfr. Romero Seguel, A. *Panorama general de la justicia arbitral en Chile*. En: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XI, 1999, n.º 3, p. 484.

Procedimiento Civil —CPC—, se estima que los “jueces árbitros” desempeñan una función de perfil público, ejerciendo una auténtica función jurisdiccional. Con otras palabras, una vez que el árbitro comienza a desarrollar su cometido sus actos son propios de un juez o, lo que es lo mismo, constituyen ejercicio de la potestad pública jurisdiccional. Se produce así una suerte de equivalencia entre los jueces ordinarios y los jueces árbitros y, por tal motivo, salvo ciertas calificadas excepciones, los asuntos de competencia de los jueces ordinarios pueden ser sometidos por voluntad de las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, al conocimiento de los jueces árbitros³³. Y a estos argumentos se añade que la regulación del arbitraje interno se recoge en el título IX del COT, texto al cual

se remite el artículo 74 —actual 76— de la Constitución Política y, además, el proceso arbitral tiene especial reglamentación en el CPC —título VIII, libro III, arts. 628 y ss.—³⁴. Asimilado esto, si el arbitraje como institución jurídica deriva directamente de la ley, esta última confiere un poder jurisdiccional a ciertas personas privadas de ejercer el oficio de juzgar litigios³⁵; comporta, pues, el ejercicio de una jurisdicción análoga a la que ejercen los tribunales ordinarios de justicia. Tal ha sido el criterio sustentado por la Corte de Apelaciones de Santiago en distintas decisiones. En concreto, la Sentencia de 30 de noviembre de 1983 —De Bonis, Domingo *v.* Zugadi, M^a Nieves— afirmó tajantemente que “El poder que tienen los jueces árbitros para juzgar un determinado litigio no deriva de

33 Aylwin, P. *El Juicio Arbitral*, 5.^a ed., Santiago: 2005, p. 49; Eyzaguirre Echeverría, R. *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*. Santiago: 1981, p. 17.

34 Cfr. Pereira Anabalón, H. *Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*, t. I, 2.^a ed., Santiago: 1996, p. 243. Vid., así mismo, Aravena Arredondo, L. *Naturaleza jurídica del arbitraje*, Santiago: 1969, pp. 25 y ss.; Romero Seguel, A. “Nociones generales sobre la justicia arbitral”. En: *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 26, n.º 2, 1999, pp. 405-430; Picand Albónico, E. *Arbitraje comercial internacional*, t. I, Santiago: 2005, pp. 45-49.

35 Cfr. Aylwin, P., ob. cit., pp. 45 y ss.

las partes que a ellos se someten, pues son estas incapaces de concederlo. La cualidad de jueces de los árbitros emana de la ley”; y en esta línea de declaraciones categóricas la sentencia de 29 de agosto de 1986 —Urrutia *v.* De La Maza— mantuvo que:

“Los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan, por consiguiente, una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y solo los órganos por él autorizados pueden ejercerla. Los árbitros derivan su jurisdicción de la propia ley, que se les otorga con el carácter de extraordinaria, de consiguiente, no es dable sostener que un tribunal arbitral tenga el carácter de comisión especial. La tarea del árbitro arbitrador o amigable componedor no es la de avenir a los contendientes, sino que debe juzgarlos”.

Posteriormente, la sentencia de 25 de julio de 1995 —Cárter Holt Harvey *v.* Inversiones Socoroma—:

“La existencia de la cláusula compromisoria, mientras esté vigente somete a los pactantes a la jurisdicción arbitral y los sustrae de la justicia ordinaria para litigar sobre las materias a que ella se

refiere, circunstancia esta que los obliga, pues constituye ley para los contratantes. Acordado el compromiso, designado e instalado legalmente el árbitro que resolverá los asuntos que se han previsto, este adquiere el carácter de juez para conocer y decidir materias propias del litigio quedando, desde ese momento, sometido a las instancias superiores de revisión y a la superintendencia correccional y económica de la Excma. Corte Suprema. El que carezca de imperio para hacer cumplir directamente en forma compulsiva sus resoluciones no le resta el antes referido carácter de juez y, en tales circunstancias, al igual como ocurre con los tribunales ordinarios de justicia que pueden y deben conocer asuntos que dicen relación con su propia competencia, su jurisdicción o sus inhabilidades, al no existir norma que sustraiga expresamente dichas materias del conocimiento de los tribunales arbitrales, no se divisa razón alguna para que estos puedan declarar su falta de jurisdicción o de competencia”.

Esta claridad contrasta con el planteamiento del tema en Perú, en donde resulta altamente controvertido, pues, tras la lectura del

artículo 233.1° de la Constitución de 1979 y, posteriormente, del artículo 139.1° de la vigente, se ha afirmado con rotundidad por parte de ilustres miembros del poder judicial la “jurisdiccionalización” y ello ha sido secundado, curiosamente, por conspicuos sectores dedicados a la práctica arbitral llegándose a postular, por ejemplo, la presencia de una “administración arbitral de justicia”, lo que ha sido objeto de certeras críticas por tratarse de una línea argumental puramente exegética del precepto constitucional. Como pusiera de relieve Fernando Cantuarias Salaverry, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 2006:

“Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir (...) que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el art. 2.° inciso 24 literal a de

la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el art. 139 de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el art. 51° de la Carta Magna; ambas dimensiones, —subjetiva y objetiva— son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional (...).

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con

plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales”.

De conformidad con tales planteamientos el arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción, pues, salvo que el concepto se utilice en sentido lato, su configuración contiene intrínsecamente una renuncia a esta y, además, porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público; si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde se sabe en ninguna parte del mundo se postula ello³⁶. Por este

motivo en 2002 la Comisión de estudio de las bases de la reforma constitucional en el Perú entendió que debía eliminarse “... la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación”³⁷. Según esta concepción nada tiene que ver un medio alternativo de solución de controversias, como es el arbitraje, con las funciones encomendadas a la justicia ordinaria³⁸.

Algo similar ocurre en Venezuela, sobre todo a partir de la consideración de los textos legales anteriores a la Ley de Arbitraje de 1998³⁹ y con apoyo en algunas decisiones como la sentencia de

36 Monroy Palacios, J. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En: Arbitration on Line, Boletín Jurídico, año IV, n.º 7, julio, 2006.

37 www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/bases.htm.

38 Cfr. Abanto Torres, J.D. *El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales*. En: Revista Peruana de Arbitraje, n.º 3, 2006, p. 142.

39 Gabaldón, F. *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil*. Caracas: 1987, pp. 37 y ss. y, congratulándose de ello, Rengel Romberg, A. *Naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral*. En: Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Caracas: 2005, pp. 177-189.

la Corte Suprema de Justicia de 17 de abril de 1988 que afirmo que “el legislador, cuando prevé las funciones de los árbitros, quiso investirlos de una función jurisdiccional, la cual desempeñan durante la sustanciación del arbitraje, como consecuencia de esta función el laudo tiene cualidad jurisdiccional *per se*”. Pero, a la vez, la doctrina y el desarrollo jurisprudencial a que ha dado lugar la Ley de arbitraje apuntan a posiciones más matizadas, en el sentido de que sería un error pensar que las partes, a través del convenio arbitral, usurpan una función propia y exclusiva del Estado, como es la jurisdicción⁴⁰.

3. RELACIONES DENTRO DEL EDIFICIO ARBITRAL

3.1. Justificación de las posiciones contractualistas

Sin desconocer que la posición que se adopte en torno a la

naturaleza del arbitraje descansa directamente en cada uno de los sistemas estatales⁴¹ y que existe una tendencia inequívoca hacia su confluencia, cabe inclinarse hacia una posición eminentemente contractualista que resulta más acorde con la realidad del comercio internacional actual.

En el proceso arbitral tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral, desarrollando su papel en el plano privatístico de suerte que el árbitro no está por encima de los litigantes como sucede en cambio con el juez, en razón de la soberanía del Estado, de la cual él es un órgano. En el arbitraje las partes están en aptitud de limitar, y en algunos casos hasta renunciar, válidamente a determinadas garantías, como sería la impugnatoria, lo que no obsta para que

40 Cfr. Mezgravis, A. *Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, n.º 50, 1996, pp. 369 y ss.; en el mismo sentido vid. Baumeister Toledo, A. *Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Venezuela: informe al Comité AIDA CILA sobre aplicación del arbitraje en Venezuela*. En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, n.º 51, 1997, pp. 320-321.

41 Vid. Kassis, A., ob. cit., pp. 135 y ss. Por ejemplo, el carácter jurisdiccional del arbitraje se reconoce por la jurisprudencia belga: Horsmans, G. *Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage*. En: Rev. arb., 1990, p. 799.

se respeten preceptos mínimos que aseguren un debido proceso y se eviten situaciones de indefensión, agravantes a las partes. La posición contractualista no denota el mantenimiento de una supuesta supranacionalidad del arbitraje que ignore por completo su nacionalidad o su sede. La idea rectora no puede ser otra que el equilibrio entre una y otra posibilidad. La vida de cualquier arbitraje pasa por varias fases en las que entra en contacto con diferentes sectores jurídicos. En origen es esencialmente un contrato, cuya eficacia se manifiesta creando una competencia especial para los árbitros⁴². Parece evidente que la única forma de evitar que esa competencia y su juicio, choque con la de los tribunales estatales es evitar que estos puedan entrar a conocer de ese asunto. Finalmente, la decisión que recaiga tiene efectos de cosa juzgada y, por esa razón, debe estar sometida a control. Este control en vía de recurso responde, como se ha afirmado más arriba, al propio interés de las partes y, en ese sen-

tido, es esencialmente garantista de sus derechos y de una correcta utilización de la vía arbitral. Nada de todo esto implica que los árbitros tengan relación alguna con la jurisdicción de los Estados. El método es de autocomposición y su regulación pretende la seguridad jurídica y las garantías de los derechos de las partes.

El arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias cuya esencia deriva directamente del reconocimiento del Estado y discurre dentro de los derechos renunciables. Los intereses de la llamada “sociedad de comerciantes” de una resolución privada de sus litigios se enfrentan a los intereses del Estado para la correcta aplicación de las normas que afectan a los particulares, que no tienen por qué ser partes, necesariamente, en el arbitraje.

La exteriorización de la voluntad de las partes mediante convenio de someterse a los árbitros y la posterior aceptación de estos

42 Aún tienen validez las clásicas afirmaciones de L. Díez-Picazo en torno a la noción de arbitraje y del compromiso arbitral que lo pone en marcha —*El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje*. En: ADC, 1954, pp. 1155-1173—.

son condiciones que la ley impone para conferir el poder a los árbitros; por tanto, el arbitraje se sitúa en un ámbito de libertad de disposición y se basa en el uso por las partes de la libertad de pactos sobre derechos disponibles. La sentencia de la Corte Suprema de Panamá, anteriormente citada, de 29 de octubre de 1992, expresa esta idea al afirmar que:

“... al regularse el arbitraje en el ordenamiento jurídico el Estado no renuncia nunca a su facultad de administrar justicia, ni delega propiamente tal potestad en los particulares, pues el ente estatal solo reconoce que los sujetos tienen derecho a someter a otros la decisión de conflictos que pueden ser resueltos en ocasiones mediante transacciones privadas”.

Del mismo tenor es la Sentencia C-294/95 de la Corte Constitucional de Colombia, de 26 de junio de 1995, que afirma:

“Cuando los tribunales y jueces enumerados en el inciso primero del art. 116 [de la Constitución] administran justicia,

ejercen una función pública cuya razón de ser está en la existencia misma del Estado: no puede pensarse en un Estado que no administre justicia a sus súbditos. Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del art. 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento. Pero en cada caso concreto tienen que ser ‘habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad’. Dicho en otros términos: según la Constitución, las leyes que regulen el arbitramento tienen que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”.

Más la acción de la voluntad de las partes no implica la renuncia a la protección que les brindan los tribunales⁴³: las actuaciones judiciales y arbitrales se desarrollan en dos dependencias diferentes de un mismo edificio. No es factible desvincular la institución arbitral de la actividad jurisdiccional del Estado y, en contrapartida, debe exigirse que los jueces que in-

43 Artuch Iriberry, E., ob. cit., pp. 46-47.

tervengan en asuntos arbitrales mantengan la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con las normas estatales para que el arbitraje se desarrolle con normalidad. La aceptación del arbitraje por parte de los jueces constituye una “factor metajurídico” esencial para el éxito de la institución⁴⁴.

3.2. La denominada “justicia arbitral”

Después de que el árbitro reciba verdaderamente el encargo, el Derecho le confiere los poderes necesarios y suficientes para llevar su misión a feliz término. La justicia arbitral tiene en común con la justicia emanada de los tribunales estatales que ambas se efectúan en el mismo contexto institucional; esto es, el litigio se desarrolla en un marco contencioso, en el ámbito de un procedimiento donde no solo son respetados los derechos de defensa, sino que discurre con total respeto de los principios de audiencia, contradicción, etc.⁴⁵.

Al igual que la justicia estatal, la justicia arbitral requiere ciertas garantías para poder ser tal “justicia”; el elemento diferencial de base es que en la justicia arbitral el árbitro es designado por las partes en virtud de un acuerdo de voluntad. El argumento de si ese acto de voluntad es fruto de un acto de delegación de la voluntad pública es discutible. De conformidad con la Sentencia C-431/95, de 28 de septiembre de 1995, de la Corte Constitucional de Colombia:

“Una vez integrado o constituido el Tribunal, los árbitros quedan investidos de la facultad o poder de administrar justicia en el caso concreto o litigio correspondiente, en el cual profiere actos jurisdiccionales. En este sentido, los árbitros obran en forma similar a cualquier juez, ya que mediante un procedimiento preestablecido, deben comprobar los hechos planteados por las partes, valorar las pruebas aportadas y extraer de ese acervo, una consecuencia definitiva, contenida en un pro-

44 Muñoz Sabaté, L. *La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma*. En: La Ley (Madrid), 1995, n.º 3, pp. 729 y ss.

45 Rivier, M. C. *Justice arbitrale*. En: Rev. arb., 1995, pp. 274 y ss.; Oppetit, B. *Justice étatique et justice arbitrale*. En: Etudes offertes à Pierre Bellet, París: 1991, p. 420.

veído, denominado laudo arbitral, que formal y materialmente es revestido de las características de verdadera sentencia, pues se trata de un acto de declaración de certeza del derecho, que produce efectos de cosa juzgada, toda vez que aunque contra él procede el recurso de anula-

ción ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial —el cual se circunscribe a causales relacionadas con vicios de nulidad del pacto arbitral o con excesos u omisiones en la actuación de los árbitros, sin que trascienda el contenido del mismo—, o el extraordinario de revisión ante el mismo Tribunal.

Debe anotarse, como aspectos relevantes del arbitramento, que la existencia del pacto arbitral sustrae o excluye el negocio *sub-lite*, de la competencia de la jurisdicción ordinaria, sustituyéndola, y que, además, la actuación de estos Tribunales está totalmente rituada y desarrollada por la ley.

Ello, valga la pena enfatizarlo, no significa que se trate

en materia del proceso arbitral, de una jurisdicción propia, independiente, autónoma y que se

ejerza en forma permanente, distinta de la jurisdicción ordinaria: como se dejó expuesto, de una parte, el arbitramento no constituye una jurisdicción, y de la otra, el pacto arbitral lo

que hace es sustraer de la competencia de la jurisdicción ordinaria, el negocio *sub-lite*".

En rigor, la justicia arbitral debe ser independiente para que pueda tomar las medidas necesarias que permitan asegurar el posible resultado del proceso arbitral y, así mismo, para que sus decisiones sean eficaces. La independencia de la justicia arbitral solamente puede quedar garantizada cuando se den dos condiciones: de un lado, el reconocimiento de la autonomía del convenio arbitral con relación al contrato principal que lo comprende o al que está relacionado; de otro, la posibilidad de que los árbitros sean competentes para tomar cualquier

La justicia arbitral
debe ser independiente
para que pueda
tomar las medidas
necesarias que permitan
asegurar el posible
resultado
del proceso arbitral

decisión para la determinación de su competencia. La eficacia de lo actuado en el proceso arbitral queda asegurada por medio de un control jurisdiccional del laudo limitado a unas causales prefijadas y que, por descontado, no entre en el fondo del asunto.

En esta tesitura cabe tener presente que, pese a la polémica en torno a la naturaleza jurídica, el arbitraje como método de solución de conflictos, tiene una especial proyección jurisdiccional por cuanto la eficacia del laudo que se dicte va a depender del cumplimiento de los requisitos establecidos en cada sistema estatal. Al margen de que los árbitros reúnan cualidades específicas de formación profesional, de conocimiento de idiomas, o de experiencia procesal para conducir el procedimiento, estos deben estar en condiciones de tomar una decisión justa, con arreglo a derecho o a equidad, con abstracción de aspectos ajenos a la naturaleza de la propia controversia y lejos del recurso sistemático a soluciones salomónicas⁴⁶. En otras palabras,

la justicia arbitral exige que el árbitro sea independiente e imparcial para ejercer sus funciones.

4. ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN

4.1. Relaciones entre la jurisdicción estatal y el arbitraje

La gran mayoría de los sistemas jurídicos estatales confieren al juez un importante papel de intervención en las distintas etapas del procedimiento arbitral. Mediante la perspectiva legal no existe confrontación ni superposición de ámbitos, sino, por el contrario, ejercicio de los mismos derechos, dentro del sistema de garantías constitucionales. Sin embargo, esta declaración de intenciones no lleva aparejada una reacción jurisprudencial lineal. Ello denota que no solo deba valorarse la expresión legal de las relaciones entre jurisdicción y arbitraje, sino también su efectiva aplicación. En este caso, queda dentro de las ocupaciones de las partes la concreción de las posibilidades que les suministra una u otra legislación nacional y

46 Keer, S.E. y Naimark, R.W. *Arbitrators Do Not 'Split the Baby'. Empirical Evidence from International Business Arbitrations*. En: J. Int'l Arb., vol. 18, n.º 5, 2001, pp. 573-578.

su jurisprudencia. Pero en otros supuestos, específicamente el de solicitud de medidas cautelares asociadas a un arbitraje, no queda otra opción que esperar una legislación consecuente respecto

a esta actividad de auxilio judicial en el lugar en que deba practicarse la medida o, en su defecto, la posibilidad de reconocimiento de medidas cautelares adoptadas por autoridad judicial extranjera.

Cuadro n.º 1. Edificio arbitral

Planta negocial	Transacción				
Planta contractual	Nombramiento de árbitros	Acta de misión	Procedimiento arbitral	Laudo	
Planta jurisdiccional	Formalización judicial	Auxilio en materia de prueba	Medidas cautelares	Control del laudo (anulación)	Ejecución del laudo

El desarrollo del procedimiento arbitral tiene lugar ante los árbitros en una dependencia del “edificio arbitral”, que comprende el complejo y variado marco de las relaciones que una controversia sometida al arbitraje pone en marcha. Dentro de esta dependencia, presidida por un marco eminentemente contractual, la única misión que tienen los árbitros es llevar el contrato que originó la controversia hasta sus últimas consecuencias; por tanto, el juez no ocupa lugar alguno, quedando la controversia a la entera regulación de las partes

y de los árbitros. Normalmente, y pese a las naturales tensiones que cualquier confrontación que opone intereses económicos genera, en esta dependencia el procedimiento arbitral se desarrolla sin contratiempos, sobre todo cuando está auspiciado por una institución arbitral que cuenta con un reglamento depurado en la práctica. Bien entendido que al poseer el arbitraje internacional una marcada vocación hacia la asistencia institucional, el eventual recurso al juez presenta un alcance mucho más reducido que en el arbitraje interno, donde el

arbitraje ad hoc posee un desarrollo mayor⁴⁷.

4.2. Imposibilidad de conflictos de jurisdicción y de competencia

No existe razón alguna para que entre jueces y árbitros se produzca un conflicto de jurisdicción o de competencia: en la base de la institución arbitral está la facultad de disposición de las partes sobre las controversias privadas que entre ellos surjan, ámbito de libertad de pactos que trae como consecuencia la actividad de los árbitros. Ello no significa que las partes renuncien a la protección que les brindan los tribunales, al contrario, todo el proceso arbitral se apoya firmemente en la propia actividad jurisdiccional del Estado, potencial en algunos casos —nombraamiento de árbitros o recurso de anulación—, ineludible en otros

—reconocimiento y ejecución del laudo—⁴⁸.

La imposibilidad de que haya conflictos de competencia entre jueces y árbitros es, sin embargo, una idea constante en las decisiones arbitrales, especialmente en dos supuestos. En primer lugar, en los asuntos en que interviene en el arbitraje un Estado o entidad estatal, existe una preocupación fundamental de afirmar que los árbitros no son jueces ni se sitúan, en el arbitraje internacional, en un ordenamiento jurídico concreto, puesto que lo contrario supondría, sin lugar a dudas, la activación de la excepción de inmunidad de jurisdicción⁴⁹. En segundo lugar, cuando se plantea una excepción de conexidad o de litispendencia ante los árbitros, estos rechazan cualquier posibilidad de conflicto ya que sus competencias no dependen más que de un factor: la

47 Arkin, H.L. *International ad hoc Arbitration. A Practical Alternative*. En: *International Business Lawyer*, enero, 1987, pp. 6 y ss.

48 Artuch Iriberry, E., ob. cit., p. 49.

49 Posibilidad superada, no sin reticencias, en los primeros pronunciamientos CCI al respecto; vid. por todos Laudo 3493/1983, de 16 de febrero —SPP Middle East Ltd., Hong Kong Southern Pacific Properties Ltd. v. Republique Arabe d'Egipste—EGOTH—. En: *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. IX, 1984, pp. 111 y ss.

existencia, validez y extensión del convenio arbitral, dirigido, precisamente, a anular la competencia de los tribunales estatales⁵⁰. Existe una imposibilidad esencial en la aparición de litispendencia o conexidad: jueces y árbitros no pueden conocer en igualdad de un mismo asunto, como si se tratara de legislaciones nacionales. La competencia de uno excluye naturalmente la de los otros.

Tan pronto como el Estado asumió la administración de la justicia se han producido cambios y transformaciones de distinto orden en la sociedad que han tenido poca incidencia en el quehacer diario de los tribunales con el concurso de sus procedimientos contenciosos, a veces extremadamente formalistas, que obligan a contratar los servicios profesionales de abogados. Aunque desde un enfoque constitucional la administración de justi-

cia debe ser gratuita, en la práctica representa un alto costo, porque el justiciable necesita de la asesoría o patrocinio de un abogado, de la designación de peritos y, en general, de gastos que importa la tramitación de un juicio. Con estos datos debe descartarse la errónea creencia de que la vía judicial es la única manera de resolver las

controversias, pues solamente variando esa manera de pensar el poder judicial dejará de ser el lugar por donde comienza el proceso de solución, para pasar a ser el reducto final al que pueda recurrirse cuando los vaivenes —no judiciales— sean inviables.

No puede extrañar que las críticas de los medios arbitrales hacia la justicia hayan producido un explicable movimiento de defensa por parte de los jueces, y, en este clima de confrontación, es explicable que durante

No puede extrañar que las críticas de los medios arbitrales hacia la justicia hayan producido un explicable movimiento de defensa por parte de los jueces

50 Laudo CCI de 1988 en el asunto n.º 5103, Journ. dr. int., t. 115, 1988, p. 1206. Vid. Derains, Y. *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*. En: Journ. dr. int., 1993, pp. 839-840.

mucho tiempo los sectores más conservadores de la judicatura mostraran, a partir de posiciones aparentemente profesionales, su animadversión y preocupación ante los indiscutibles avances del arbitraje en el ámbito de las transacciones mercantiles⁵¹. Permanece un elemento de valoración subconsciente e imprevisible en el que influyen los propios criterios que tenga el juez sobre cuáles son los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del que él es guardián y el respeto que se le debe dar a la propia institución arbitral⁵². El debate que se suscitó, por ejemplo, en España a propósito de la reforma de la Ley de Arbitraje en 1988 fue muy ilustrativo de este enfrentamiento y la huella se reflejó en algunas de las primeras decisiones judiciales que debieron atender de las anu-

laciones de los laudos, donde se llegó a considerar que el arbitraje debía ser tutelado por los jueces de la misma manera que los condenados en “régimen de libertad vigilada”. Más preocupante es, sin embargo, que una discusión de pura técnica jurídica derive en resultados judiciales desfavorables para la institución arbitral, precisamente en materia de ejecución o en las, siempre controvertidas, anulaciones de laudos, pues los árbitros no tienen potestad de ejecución forzosa y los jueces sí y si entre el mundo del arbitraje y el poder judicial no existen las relaciones que serían deseables y se carece de una coordinación adecuada podríamos estar ante una auténtica “ruleta”, que puede determinar las ejecuciones o anulaciones de laudos que se judicializan.

51 La situación del Perú es sumamente expresiva: “Mientras la tendencia mundial, en el plano legislativo, jurisprudencial y doctrinal, se orienta a la consolidación del carácter autónomo del arbitraje respecto de la justicia estatal, en el Perú existen jueces que, abusando de su poder, acostumbran trabar medidas cautelares para suspender su tramitación; inclusive, por estos días los medios de comunicación comentan los atropellos contra un tribunal arbitral cuyos miembros han sido objeto de embargos sobre sus bienes y hasta de un proceso penal” —Cfr. Monroy Palacios, J. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En: *Arbitration on Line*, Boletín Jurídico, año IV, n.º 7, julio, 2006—.

52 Jarvin, S. *La contestation judiciaire du rôle des arbitres*. En: *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*. París, 2005, pp. 163-178.

4.3. Carácter complementario

Ha pasado ya tiempo del empleo de esta postura, por más que ciertas decisiones en América Latina sigan manteniendo esta huella de defensa de la labor del poder judicial y ello acaso explique por qué aún domina en muchos países la llamada concepción jurisdiccional del arbitraje. Más bien cada vez tienen mayor predicamento las tesis que insisten en que el éxito del arbitraje depende del buen funcionamiento de la justicia pues los árbitros carecen de *ius imperii*, propio de la soberanía del Estado, y por ello, ningún sistema arbitral, que pretenda ser realmente eficaz, puede operar totalmente al margen de la intervención judicial, que debe extenderse tanto al auxilio del árbitro como al control de las garantías del procedimiento arbitral⁵³. Por así decirlo, el arbitra-

je se verá tanto más favorecido en el cumplimiento de sus objetivos institucionales cuanto mejor sea el funcionamiento de la administración de justicia ordinaria; dicho en otros términos: el peor enemigo del procedimiento arbitral es la ineficacia de la jurisdicción ordinaria⁵⁴.

Las posiciones que abogan por la relación de complementariedad entre jurisdicción y arbitraje cada vez poseen mayor aceptación, superándose los viejos modelos basados en la contradicción y la competencia entre las tareas judiciales y arbitrales⁵⁵. Este es el tenor que expresa Fernando Cantuarias Salaverry en la sentencia, de 28 de febrero de 2006, del Tribunal Constitucional del Perú:

“... el arbitraje no puede entenderse como un mecanis-

53 “El arbitraje y el Poder Judicial deben aprender a convivir”. Esta fue la conclusión alcanzada en el Primer Seminario organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima —23 de agosto del 2005—. Disponible en: www.camaralima.org.pe/infocamara/descargas/notasdeprensa/125.doc.

54 Cfr. Verdera, E. y Tuells. *loc. cit.*, p. 146.

55 Giusti, G. *O árbitro e o Juiz; Da função jurisdiccional do árbitro e do juiz*. En: *Revista Brasileira de Arbitragem*, n.º 5, 2005, pp. 7-13.

mo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional”.

La institución bajo estudio, así concebida, no pretende reemplazar a los jueces ni mermar su labor⁵⁶; por esta razón en los últimos tiempos la confrontación da paso a una suerte de competencia legal entre el procedimiento judicial y el arbitral en virtud de la presencia —v. gr. Venezuela—⁵⁷ o de la puesta en marcha reciente en algunos Estados de un orden jurisdiccional especializado en materia comercial —v. gr., Argentina⁵⁸ y Perú⁵⁹—. Es una nueva

56 Como pusiera de relieve J.R. Caivano, “El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial. 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; y tienen, asimismo, las atribuciones de controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad y se desarrolle bajo las garantías constitucionales” —Cfr. *Negociación, conciliación y arbitraje*. Lima: 1988, p. 220—.

57 Artículos 1090 y ss., Código de Comercio de Venezuela del 26 de julio de 1955, que reformó parcialmente el Código de Comercio de 1919. Acerca de los conflictos de competencias entre la jurisdicción comercial y la LA Ve vid. Baumeister Toledo, A. *Algunas consideraciones sobre el arbitraje comercial a la luz del Derecho positivo boliviano y el venezolano*. En: Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, vol. III, Caracas: 2001, pp. 190-193.

58 Existen en Argentina 26 juzgados comerciales y una Cámara Nacional en lo Comercial dividida en 5 salas.

59 Hundskopf Exebio, O. *La creación de la jurisdicción comercial dentro del sistema judicial peruano*. En: Orbe et lus, Revista de Opinión Jurídica, IV, 2005. Disponible en: www.urbeetius.org/upload/sanacritica_hundshopf.pdf.

versión de los antiguos tribunales de comercio que aparecieron con los albores de la codificación mercantil y que constituyen un importante desafío para los Estados que los incorpora, pues se trata de una cuestión poco pacífica desde la óptica doctrinal y profesional⁶⁰.

Para frenar la competencia del arbitraje, en función de su mayor especialización en cuestiones mercantiles, el Estado reacciona estableciendo las condiciones

(...) una especialización mercantil en el poder judicial ha reducido sensiblemente las diferencias que existían entre el arbitraje y el proceso común (...)

adecuadas mediante la selección y formación especializada de jueces mercantilistas de quienes se espera un conocimiento específico y profundo de la materia, mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios y, por último, mayor coherencia en la labor interpretativa de las normas. Ello requiere la necesaria asignación de recursos y plantea la necesidad de que el Estado invierta en modernos sistemas de servicios judicia-

les, tanto en su parte organizativa como en la calidad jurídica de sus componentes. Con sistemas judiciales que atiendan en plazos razonables las demandas de solución de conflictos y den respuestas jurídicas no solo de calidad, sino que sean fácilmente ejecu-

tables, se provoca un clima evidente de seguridad jurídica, y ello, como parece evidente, fomentará la generación de inversiones mediante la suscripción de

numerosos contratos mercantiles de gran envergadura.

Vivimos ante una situación propicia a elevar la imagen del poder judicial y a generar una mayor aceptación, atracción y credibilidad por parte del empresario en general, que cuenta con una posibilidad que complementa los métodos alternativos de carácter privado de solución de controversias. Al crearse una jurisdicción

60 Vid. v. gr. en la doctrina española, por todos, Banacloche Palao, J. *Los Juzgados de lo Mercantil: Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*. Madrid: 2005.

especializada, esa diferenciación tenderá a disminuir en la medida en que los juzgados especializados en lo mercantil generen transparencia, celeridad y justicia, y, de esta forma, mejoren la calificación riesgo-país. Sin cuestionar las virtudes y ventajas del procedimiento arbitral, y su destacada presencia y futuro, hay que rescatar las virtudes y ventajas del procedimiento judicial, especialmente en la etapa de la actuación de los medios probatorios —por los mecanismos, apremios y requerimientos que le son propios— y en la etapa de la ejecución de la sentencia. La creación en ciertos países, como Perú, de una especialización mercantil en el poder judicial⁶¹ ha reducido sensiblemente las diferencias que existían entre el arbitraje y el proceso común, vislumbrándose que para procesos contenciosos de corta duración, especialmente sumarios, recurrir al arbitraje

puede no ser rentable y resulta más aconsejable acudir a la justicia ordinaria.

Acudiendo al concurso de estas nuevas posibilidades que ofrece la justicia ordinaria, el operador jurídico tiene la posibilidad de optar, sopesando las ventajas e inconvenientes y las circunstancias específicas, por la vía más adecuada a seguir. Con ello no desaparecen las virtudes inherentes al arbitraje, pues sus cualidades de flexibilidad, especialización de los árbitros en temas altamente técnicos, confidencialidad, celeridad, participación de las partes en la elección del tribunal, sometimiento al ordenamiento legal o arbitraje de conciencia, resolución específica del conflicto suscitado sin entrar a mayor deterioro de la relación comercial y finalmente economía en el tiempo siguen estando presentes frente a la juris-

61 La Corte Suprema de la República creó juzgados y salas comerciales especializadas, mediante Resolución Administrativa 006-2004-SP-CS. Esta decisión del máximo tribunal constituye un importante avance en la reestructuración y modernización del poder judicial. Los jueces comerciales entre otros temas conocerán: las pretensiones referidas a la Ley de Títulos Valores; las referidas a la Ley General de Sociedades; las relativas a materia financiera y de seguros derivadas de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Bancos y Seguros; las derivadas de la contratación mercantil (comisión, prenda, *leasing*, *factoring*, contratos empresariales) y las referidas al transporte de bienes.

dicción ordinaria. Y a ello hay que añadir que estas jurisdicciones especializadas en lo mercantil son las adecuadas para ejercer las funciones de apoyo y control judicial dentro del procedimiento arbitral. Una garantía indiscutible de las ventajas de una colaboración efectiva entre jueces y árbitros.

SUMARIO: I. Fisonomía jurisdiccional o contractual. 1 Poderes de los árbitros. 2. Inexisten-

cia de funciones jurisdiccionales delegadas. II. Pervivencia de la posición jurisdiccional del arbitraje en América Latina. III. Relaciones dentro del edificio arbitral.

1. Justificación de las posiciones contractualistas. 2. La denominada "justicia arbitral". IV. Arbitraje y jurisdicción. 1. Relaciones entre la jurisdicción estatal y el arbitraje. 2. Imposibilidad de conflictos de jurisdicción y de competencia. 3. Carácter complementario.