

“Arbitraje y jurisdicción como solución de conflictos: una complementariedad ineludible”, *XI Congreso Panameño de Derecho Procesal*, Panamá, Instituto Panameño de Derecho Procesal, 2012, pp. 423–456.

ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN COMO SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: UNA COMPLEMENTARIEDAD INELUDIBLE *

José Carlos Fernández Rozas

SUMARIO: I. Arbitraje *versus* jurisdicción. II. Fisonomía jurisdiccional o contractual. 1. Poderes de los árbitros. 2. Inexistencia de funciones jurisdiccionales delegadas. III. Pervivencia de la posición jurisdiccional del arbitraje en América Latina. IV. Relaciones dentro del edificio arbitral. 1. Justificación de las posiciones contractualistas. 2. La denominada “justicia arbitral”. V. Relaciones entre la jurisdicción estatal y el arbitraje. 1. Papel del juez en el desarrollo del arbitraje 2. Imposibilidad de conflictos de jurisdicción y de competencia. 3. Carácter complementario.

I. Arbitraje *versus* jurisdicción

1. Dentro de los tópicos tradicionales en la defensa del arbitraje se suele hacer hincapié en los “inconvenientes” o “males” de la Administración de Justicia del Estado con el resultado de que el arbitraje sería tanto más imprescindible cuanto más decaído esté el sistema preconizado por dicha Administración. En este discurso el arbitraje acostumbra a presentarse como la panacea que resuelve todos los males de la justicia estatal, ofreciendo una imagen idílica del primero como antesala a una auténtica rivalidad entre ambos. Dentro de este escenario de confrontación se insiste en la búsqueda de la máxima eficiencia en la expedición de las resoluciones que resuelvan las controversias y en la imposibilidad, por el momento, de superar determinados “costos invisibles” generados motivados por el retraso u otras irregularidades en la Administración de Justicia que, en la práctica, constituyen recargos arbitrarios a los que deben hacer frente los litigantes y que se vinculan al excesivo tiempo que se requiere para obtener el reconocimiento de un derecho. Y también resulta reiterado escuchar el argumento de la incertidumbre inherente a los fallos judiciales.

Este falaz enfrentamiento obliga a verificar con precisión las eventuales ventajas o desventajas entre un procedimiento judicial y uno arbitral y con tal punto de partida no puede extrañar que el primero quede en clara desventaja respecto del segundo. El cotejo

* Conferencia pronunciada en el IX Congreso Panameño de Derecho Procesal. Panamá, 16 de agosto de 2012.

se produjo históricamente en Estados que hoy son considerados como inequívocamente proclives al arbitraje. Por ejemplo, en Inglaterra la posición judicial antagonista del arbitraje condujo primero a una cautelosa aceptación, siempre bajo la más severa revisión judicial, hasta desembocar, sólo en los últimos años del siglo XX, en una completa aceptación de que la intervención judicial debe tener lugar únicamente bajo circunstancias excepcionales¹.

La realidad aconseja, sin embargo, perpetrar construcciones más prudentes y menos maniqueas, como las que suelen efectuarse en determinados círculos inequívocamente pro-arbitrales, que apuntan hacia una organización inadecuada de los órganos jurisdiccionales y hacia la manifiesta incapacidad del Estado para mantener las políticas asistenciales de servicios legales con talante efectivo y continuo². Existen, al efecto, dos niveles de análisis en el problema de la ineficiencia de la justicia. Un nivel está conformado por los elementos formales de capacidad institucional del Poder Judicial y el otro nivel es el resultado de dichas deficiencias en la sociedad en general.

2. El entorno donde se desenvuelven los sistemas judiciales no responde, por lo general, a las expectativas concebidas por los principios formales que rigen el ordenamiento jurídico, esto es, hacer justicia. Con ello se evidencia la crisis y el vetusto entramado del aparato judicial estatal. La morosidad y la prolongada duración de los procedimientos judiciales pueden afectar seriamente a los legítimos intereses de las clases más modestas, hasta el punto puede convertirse en un auténtico medio de presión de los más fuertes en contra de los más débiles, cuya situación de inferioridad no siempre les permite proseguir dichos litigios. Las formalidades procesales, que han de entenderse siempre para servir a la justicia, garantizando el acierto de la decisión jurisdiccional, se utilizan con frecuencia como entorpecimientos encaminados a dificultar el pronunciamiento de sentencia acerca de la cuestión de fondo obstaculizando, de este modo, el proceder de lo que constituye la razón misma de ser de la Jurisdicción. Sin la Jurisdicción el Estado no se concibe como tal, pues privados los individuos de la facultad de hacer la justicia por su mano, el orden jurídico los ha investido del derecho a la tutela jurisdiccional y al Estado del deber de la jurisdicción.

El significado del tiempo en lo judicial es primordial si se pretende conseguir una solución justa; caso contrario en sistema favorecerá a quien dispone del tiempo. Por eso nunca han faltado voces críticas dirigidas al sistema judicial, a los jueces y, en general, a la administración de la justicia. Nada mejor, por referirnos a alguien muy ajeno al mundo del arbitraje, que acudir a la opinión de un filósofo del Derecho de la categoría de E. Díaz, que nos habla de la lentitud exasperante en el funcionamiento de la justicia, “ritualismos incomprensibles para el profano (...), carestía del proceso para el litigante, utilización de fórmulas y lenguajes exotéricos y anacrónicos –que, aparte de su escaso valor científico, contribuyen a aumentar el sentido de inferioridad, soledad y extrañamiento en el acusado–, conservadurismo social”; y ello sin olvidar los intentos constantes por parte del poder ejecutivo, o del poder económico para controlar el resultado de las deci-

¹ Cf. R. Goode, “The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int'l*, vol. 17, n° 1, 2001, pp. 19-20.

² Como afirmó G. Tarello, un estado de crisis de la justicia “no es sólo endémico, sino en cierto grado necesario y permanente en el caso de organizaciones jurídicas conformadas como la nuestra. En efecto, aquella que llamamos crisis y sentimos como enfermedad tiene, esencialmente, orígenes y razones estructurales y no contingentes”. Cf. G. Tarello, *Cultura Jurídica y Política del Derecho*, México, 1995, p. 313.

siones judiciales³. Con estos datos no puede resultar sorprendente que a partir de ciertos círculos jurídicos se propugne una auténtica “mutación” del sistema de arreglo de controversias en el sentido de considerar que el recurso a los Tribunales constituye un “foro residual” limitándose su papel a la resolución de controversias cuando las partes han omitido hacer una elección expresa en los contratos al arbitraje⁴.

3. Debe reconocerse que muchos de los defectos atribuidos a la justicia estatal se están extendiendo hacia el arbitraje. Las recientes diatribas contra la formalidad, costo y demora que implica un arbitraje comercial internacional sirven como recordatorio del peligro de institucionalizar los ADR⁵. Esto ha condicionado, sin duda, la reforma de la legislación arbitral y de los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales. Sin embargo, el éxito de estas iniciativas aún está por verse.

Dando esto por sentado, el panorama no quedaría equilibrado sin una referencia al cambio de mentalidad que deben experimentar los abogados. El cometido que desempeñan los abogados privados también contribuye, en no pocas ocasiones, al mal funcionamiento del sistema, apuntándose la circunstancia de que perciben sus honorarios, no por los resultados ni por su celeridad en resolver un caso, sino por el servicio que prestan; en consecuencia existe una proclividad al alargamiento de los trámites, y a apurar al máximo los plazos legales utilizando todos los recursos a su alcance aún a sabiendas que la causa pueda estar perdida de antemano. No puede desconocerse que el colectivo de abogados puede poseer unos intereses corporativos que, en ocasiones, chocan frontalmente con las reformas que intentan introducir mayores dosis de eficiencia en el sistema judicial. Bien es verdad que se requiere la puesta en marcha efectiva de una ética profesional que se ajuste a los intereses de los clientes y, por tanto, que los abogados cobren por resultados obtenidos.

Todas estas circunstancias han dado la voz de alarma bajo la rúbrica de la denominada “deslealtad arbitral” que comprende tres manifestaciones principales. La primera consiste en la deslealtad hacia el propio convenio arbitral que se concreta en la negación de la vigencia misma de la cláusula arbitral a pesar de que ésta figure redactada de manera inequívoca, claros términos y no con una finalidad esencialmente dilatoria; ello puede configurar una suerte de conducta antijurídica sustentada en la máxima de que nadie puede ir contra sus propios actos. La segunda deslealtad se dirige contra el principio de la independencia del árbitro pues en vez de seleccionar a personas que cumplan el carácter propio de la figura, se propone directamente a abogados vinculados con las partes o con sus defensas. La tercera deslealtad se dirige contra la esencia del propio procedimiento arbitral trasladando de forma mimética los tradicionales vicios inherentes al procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, señaladamente las chicanas, con un discutible ejercicio de la flexibilidad inherente al arbitraje; acontece tal situación cuando se

³ E. Díaz, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978, p. 37.

⁴ M. Hunter, “International Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century”, *Arb. Int'l*, vol. 16, n° 4, 2000, p. 379-392.

⁵ Lo que ha llevado a un líder y autoridad en materia de arbitraje, Lord Michael Mustill, a referirse a muchos arbitrajes internacionales como “vino des-alcoholizado”; en su opinión muchos arbitrajes se han convertido en una parodia de los procesos judiciales, pero sin el poder que los tienen Tribunales estatales. Cf. *The Lawyer's Weekly*, 29 de enero de 1999, pp. 7 y 12.

solicitan medios de prueba manifiestamente impertinentes o redundantes o que reivindicaban innecesarios, por prematuros o repetitivos, trámites de alegaciones o conclusiones⁶.

II. Fisonomía jurisdiccional o contractual

1. Poderes de los árbitros

4. El Poder Judicial es la autoridad encargada de ejercer la función jurisdiccional cuyo desempeño esencial, dentro de la estructura del Estado, la desempeñan los jueces y tribunales como contrapeso de los órganos políticos. Dentro de dichas potestades sobresalen dos: la inamovilidad y la invocabilidad.

i) La inamovilidad debe entenderse como el derecho que tienen los funcionarios judiciales a no ser separados de sus cargos, si no es por causa de mala conducta, ineptitud o negligencia en el desempeño de sus funciones, y siempre, a condición de que se les haya incoado un expediente previo en el cual han de ser oídos, o bien por alcanzar la edad de su jubilación. Su finalidad asegura al magistrado la estabilidad del cargo y la permanencia en el puesto y su fundamento reposa en el hecho de permitir a los jueces el desempeño de sus funciones con total libertad, repeliendo las presiones que sobre ellos pueden llegar a producirse, a través de una serie de mecanismos que protejan su integridad ética y profesional. Esto es, posibilitando a los jueces dictar libremente sus fallos, sin que sean rechazados arbitrariamente. Se impide así cualquier traslado o cese que no sea voluntario o dispuesto por motivos expresamente establecidos en el ordenamiento judicial y debe extenderse a los traslados, promociones y ascensos realizados conforme a parámetros de antigüedad conforme a un sistema escalafonal, mérito y capacidad, como factor de progresión en la carrera judicial⁷.

⁶ *Vid.* el agudo estudio de J. Sánchez-Calero Guilarte, “El impulso al arbitraje y algunas deslealtades al procedimiento arbitral”, *La nueva Ley de arbitraje. Estudios de Derecho Judicial*, nº 102, Madrid, 2006, pp. 367-374.

⁷ La doctrina constitucional española se evidencia en el Auto del Tribunal Constitucional 465/2006, de 19 de diciembre “...la STC la inamovilidad es una de las garantías esenciales de la independencia judicial (STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13). En relación con ello, se ha destacado que la ‘inamovilidad significa, con arreglo a su acepción general, que, nombrado o designado un Juez o Magistrado conforme a su estatuto legal no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables tasadas o limitadas y previamente determinadas’ (STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 10), concluyendo el ATC 102/2004, de 13 de abril, que ‘[s]e trata, pues, de garantizar la estabilidad en el cargo, la permanencia en el puesto y la sede judicial para la que han sido nombrados, sustrayéndoles así a todo traslado o cese que no sea voluntario o dispuesto en virtud de causas razonadas y legalmente establecidas con carácter previo’ (FJ 4). Asimismo se ha incidido en que desde la perspectiva constitucional resultaba posible establecer un estatuto jurídico relativo a la inamovilidad que no se correspondiera necesariamente con el de los Jueces y Magistrados de la jurisdicción ordinaria (STC 204/1994, de 11 de julio, FJ 10), concluyéndose que la causa de cese del Juez Togado por ascenso militar no vulneraba el principio de inamovilidad, en tanto que ‘[e]sta causa debe considerarse lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no puede considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de la inamovilidad judicial’ (FJ 11), sin perjuicio de que ‘la eventualidad de un ascenso motivado o con el propósito de apartar a un Juez Togado de la instrucción de una determinada causa sería, de nuevo, consecuencia únicamente de una aplicación desviada de la norma’ (FJ 11)”.

ii) La inavocabilidad es la prohibición que tienen los tribunales superiores para conocer, sin que medie recurso alguno, un asunto pendiente ante otro inferior. Ello presenta, sin duda, ventajas e inconvenientes. Los jueces son nombrados por el Poder Ejecutivo, conforme a las distintas variantes que registra el panorama comparado (Consejo del Poder Judicial, Parlamento, etc...), sin relación con ningún asunto determinado, funcionan bajo el control del foro y de la opinión pública y son legalmente responsables ante el Poder que los ha nombrado; por esa razón sus decisiones están rodeadas *prima facie* de garantías de verdad y de imparcialidad y el Estado puede entregarles la confianza de resolver las controversias de género privado que muchas veces son simples conflictos de intereses económicos en los que las partes están ajenas a la tutela jurídica.

5. Las potestades referidas propician la distinción entre “árbitros” y “arbitradores”, pues estos últimos deben su nombramiento al interés inmediato de las partes en el asunto que motiva el conflicto no estando sujetos a las fiscalizaciones y responsabilidades inherentes de los jueces permanentes. Nacen para la decisión que dictan y se extinguen con ella sin que el público lo advierta casi ni pueda apreciar su idoneidad por una serie de decisiones dictadas con casos y circunstancias diversas, como ocurre con aquellos jueces. Por eso en ocasiones se afirma que el árbitro actúa más que como juez, como defensor del litigante que lo nombra. Y de ahí el riesgo de que el tercero en discordia prefiera casi siempre las soluciones aparentemente equitativas que evitan dar todo su derecho al que lo tiene.

Mas estas notas características de la función arbitral que, en ocasiones, adquieren un tono de crítica, ofrecen también inequívocas virtudes pues, al no integrar los árbitros un cuerpo permanente de funcionarios públicos, organizados jerárquicamente, se aleja el riesgo de las injerencias que pueden hacer los otros poderes del Estado; en efecto, no permanece aquí ningún campo de acción directo para que el Ejecutivo o el Legislativo influyan en el nombramiento o promoción de algún juez de carrera. Ello, unido a la cada vez mayor masificación de asuntos en el poder judicial, permite que el arbitraje ofrezca a las partes un cauce mucho más desahogado, menos formalista y que se acomode con mayor facilidad a las necesidades y expectativas de las partes y del tráfico mercantil.

El arbitraje suministra una excelente oportunidad para que la controversia sea resuelta por una o más personas especializadas en la materia en conflicto. Es más, la posibilidad que brinda el arbitraje de poder escoger a las personas que van a resolver una controversia lo hace particularmente atractivo. No es de extrañar que sea una preocupación constante de las instituciones arbitrales la elaboración de listas de árbitros especializados con base en criterios de objetividad, confiabilidad y buen juicio, que además sean independientes y no tengan vinculación alguna ni acepten instrucciones de entidades gubernamentales o de inversionistas particulares.

6. En la vida diaria el mantenimiento de la paz social se agrava porque el avance tecnológico y el aumento del tráfico de servicios y negocios ha 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 es extraña la referencia a la imposibilidad del Estado para resolver específicos litigios⁸, y la defensa del arbitraje por su virtualidad de ofrecer respuestas ágiles frente a la dilación del órgano jurisdiccional⁹. El juicio de árbi-

⁸ J.A. Silva Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, 2ª ed., México, 2001, p. 5.

⁹ F. Ramos Méndez, “Medidas alternativas a la resolución de conflictos en el ámbito patrimonial”, *Jus-ticia*, 1994-IV, p. 812.

tros se configura así como un complemento de la administración de justicia ordinaria que en vez de perjudicarla la favorece por que contribuye a descongestionarla¹⁰. 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 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 sólo trascienden a 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, 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, siendo devuelta sólo 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 con objeto de cumplir con tal postulado. Lo cierto es que 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. Esa es la diferencia.

7. 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 realizan hacia la existencia en abstracto de la institución arbitral. Está limitado por la voluntad de las partes a un determinado asunto, por la ley a un prefijado tipo de controversias, 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 mismos¹¹.

El árbitro es una persona que actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio* pudiendo las partes obtener a través de su actuación similares objetivos que los que obtendría instando a la justicia estatal. Se erige en tal sentido como una manifestación de la libertad de los ciudadanos como expresión subjetiva de la autonomía de la voluntad respaldada por las Constituciones. La función de “equivalente jurisdiccional” del arbitraje¹² conduce a los distintos sistemas a establecer en la persona de los árbitros una

¹⁰ Aunque centrado en la mediación resulta de interés el estudio de H.T. Edwards, “Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?”, *Harv. L. Rev.*, vol. 99, 1986, p. 668–684.

¹¹ J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 36–38. <http://eprints.ucm.es/6963/>.

¹² En el sistema español resulta paradigmática la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de marzo, según la cual “Siendo el arbitraje un ‘equivalente jurisdiccional’, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación

serie de derechos orientados a posibilitar la referida 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 accede en virtud de su designación al estatuto de juez¹³. 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 indefensión¹⁴. Y, ante todo, el ejercicio de dicha función puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad.

8. 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 en el curso del cual las partes, o en defecto de pacto expreso, la ley, le otorgan para la expedición del laudo. Su función está circunscrita, pues, a un plazo concreto que permita sustanciar el procedimiento arbitral hasta la emisión del laudo; de ahí que pueda sostenerse dialécticamente que nos hallamos ante una verdadera función jurisdiccional, aunque efímera¹⁵. 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 designados por quienes son parte de un negocio o relación jurídica determinada. Habida cuenta el arbitraje es libremente pactado por las partes 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 colombiana¹⁶; como pusiera de relieve la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 26 de junio de 1995 (C-294/95)

procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia”.

¹³ Ph. Fouchard, “Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française”, *Rev. arb.*, 1996, p. 327.

¹⁴ M. Henry, “Do contrato do árbitro: o árbitro, um prestador de serviços”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 6, 2005, pp. 65-73.

¹⁵ Ch. Seraglini, en *Droit du commerce international* (J. Béguin y M. Menjuncq, dirs.), París, Litec, 2005, pp. 839-840.

¹⁶ “No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art. 113)” (Sentencia de la Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-057 de 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 de la Corte Constitucional, C-431, 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 de la Corte Constitucional, Sala Plena, C-242/1997, 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 el tribunal” (Sentencia de la Corte Constitucional, Sala Plena, C-06/01, 24 de enero de 2001).

“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 sólo 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.

9. La reflexión en torno a los poderes de los árbitros está vinculada a la posición que se adopte en torno a la intemperante polémica, ciertamente estéril a partir del punto de vista de la práctica arbitral¹⁷, pero con importantes consecuencias efectivas, acerca de la naturaleza jurídica de esta institución¹⁸. La discordia cada vez tiene menor interés pudiendo solventarse con tópicos del tenor de la consideración del arbitraje como contractual en su origen y procesal en sus efectos¹⁹, como “contrato procesal”²⁰, 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”²¹, como “*processo privato di giustizia*”²², como “la institución de una justicia privada en virtud de la cual los litigios se sustraen a las jurisdicciones de Derecho común”²³, o concluir con que “el arbitraje es arbitraje y ésta es su naturaleza”²⁴.

Es frecuente presentar al arbitraje como un tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio; 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 una función de control del procedimiento seguido y del laudo que en el se

¹⁷ J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 81–82. <http://eprints.ucm.es/6573/>; en la doctrina de América Latina Vid. F. Cantuarias Salaverry y M.D. Aramburú Yzaga, *El arbitraje en el Perú. Desarrollo actual y perspectivas*, Lima, 1994, pp. 42 ss.

¹⁸ La cuestión ha contado con un gran desarrollo en la doctrina francesa, centrado en su propio sistema: H. Motulsky, “La nature de l’arbitrage”, *Ecrits*, t. II, *Etudes y notas sur l’arbitrage*, París, 1974, pp. 5 ss; B. Oppetit, “Sur le concept d’arbitrage”, *Études offertes à Berthold Goldman*, París, 1982, pp. 229–239; Ch. Jorrosson, *La notion d’arbitrage*, París, 1987, pp. 101–110; A. Kassiss, *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. A.E. Ledesma, “Eficacia del laudo arbitral”, *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español. Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewicz Zubkowski*, Lima, 1989, pp. 99–114, esp. pp. 100–103; O. Muñoz Esquivel, “Naturaleza jurídica de la función de los árbitros”, *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. II, 2002, n° 2, pp. 10–13; F. González de Cossío, “Naturaleza jurídica del arbitraje. Reflexiones sobre aplicaciones prácticas del debate, en particular sobre su utilidad en México”, *Iuris Tantum. Revista de la Facultad de Derecho* (Universidad Anáhuac), n° 16, 2005, pp. 103–113.

¹⁹ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Art. 1”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1999, p. 18.

²⁰ Existen algunos precedentes de la práctica arbitral al respecto, como la decisión de 7 de mayo de 1963 n° 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. R. Santos Belandro, *Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*, Montevideo, 2002, p. 53.

²¹ A.Mª Lorca Navarrete, “La naturaleza jurídica del arbitraje”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 2006.

²² E. Fazzalari, “Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale”, *Riv. arb.*, vol. XIV, 2004, pp. 661–670.

²³ J. Robert, *L’arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6ª ed., París, 1993, p. 3.

²⁴ S. Barona Vilar, “Introducción”, en S. Barona Vilar, coord., *Comentarios a la Ley de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Madrid, 2004, pp. 58–59.

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 civil²⁵. A modo de síntesis puede afirmarse que arbitraje y jurisdicción no son compartimentos estancos y que el recuso a la segunda 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 estatal²⁶.

2. *Inexistencia de funciones jurisdiccionales delegadas*

10. Resulta un elemento recurrente el entendimiento de que con el arbitraje el Estado delega su función jurisdiccional y transmite las facultades reservadas a ciertos órganos especializados para conocer y resolver asuntos en los cuales se dirimen intereses que sólo trascienden a particulares; dicho acto de delegación genera una aptitud legal en favor de éstos, pudiendo elegir el procedimiento y someterse a un árbitro con objeto de dirimir sus controversias. Ello entraña que esa parte de la jurisdicción correspondiente a los tribunales del Estado es conferida al árbitro, y que esa delegación se agota con el pronunciamiento de un laudo, siendo devuelta sólo para obtener la ejecución ante la falta de cumplimiento voluntario. Pero al tiempo que el Estado confiere un amplísimo margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje, impone unas exigencias para asegurar unas mínimas garantías a los particulares que eligen esta vía en el sentido de que están amparados por los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Como consecuencia, 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 con objeto de cumplir con tal postulado. En definitiva, si el propio Estado confiere a los árbitros atribuciones y competencia para el ejercicio de la función jurisdiccional, resulta incuestionable que esta contingencia fue creada con la finalidad de satisfacer intereses de orden público, pero, no por ello, son de orden público los asuntos sometidos a su conocimiento, esa es la diferencia. Conforme a la tesis apuntada, el Estado delegaría su facultad de juzgar en particulares y precisamente de esa delegación estatal surge la fuerza jurídica del laudo.

El propuesto es, sin embargo, un planteamiento que debe ser suficientemente matizado pues parte del presupuesto de que el arbitraje implica una función jurisdiccional delegada 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 deriva, pues, de una delegación estatal, sino que se trata de una facultad que proviene directamente de la ley y que deriva de sin más de la autonomía de la voluntad de las partes, que constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Dicha autonomía de la voluntad adquiere un papel protagonista y sólo debe ceder ante ciertos preceptos de carácter imperativo o de obligada observancia por las partes que se contienen *v.gr.* en España en la Ley de Arbitraje, preceptos que cada vez son menores y más

²⁵ Cf. C.E. Fenochietto y R. Arazi, *Código procesal civil y comercial, comentado y concordado*, t. III, Buenos Aires, 1986, pp. 500–501; *Vid.*, asimismo, Sentencia Cámara Nacional Civil y Comercial Fed., Sala 3ª, 26 de mayo de 1994 (*Mollo, V.E. / Y.P.F. y otro*).

²⁶ E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 47–48.

reducidos como evidencia la redacción de la LA/2003. La hegemonía de las partes en el procedimiento arbitral alcanza al hecho de que puedan consentir determinadas infracciones en el desarrollo del mismo siempre que afecten a aspectos dispositivos y de libre disposición.

III. Pervivencia de la posición jurisdiccional del arbitraje en América Latina²⁷

11. Al margen de los círculos jurídicos que han consolidado a lo largo de los años una vocación a que su territorio constituya una confortable sede de los arbitrajes internacionales²⁸, en la mayoría de los Estados, pese a haber incorporado reglamentaciones favorables a la institución, el panorama ofrece rasgos singulares. Dichos rasgos pueden sistematizarse como sigue. En primer lugar, existe una notable indeterminación de los contenidos necesarios y dispositivos de las leyes de arbitraje, que puede ejercer efectos nocivos en la eficacia final del arbitraje; en segundo término, una evidente desconexión entre las normas de contenido procesal-judicial y formal con la institución que regulan y, por último, el carácter incompleto e inadecuado de las normas a la realidad del arbitraje comercial internacional. A partir de estos rasgos el arbitraje en estos sistemas 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 eficacia que es inherente a la institución arbitral; predomina en todos ellos, la ineficacia del convenio arbitral, la inaplicación de textos convencionales y la intervención de control de las jurisdicciones nacionales son cuestiones a la orden del día en la práctica²⁹.

Semejante actitud está determinada por un ambiente, tanto legislativo como judicial, de desconfianza hacia la institución que, como aconteció en España con la Ley de Arbitraje de 2003, se ha pretendido desterrar³⁰. Una actitud que está también en trance de extinción en la actitud de los tribunales de justicia como apuntan los más recientes precedentes de la jurisprudencia española³¹, mucho más favorable a la institución arbitral si se examina con un carácter global que lo que se deduce de comentarios sesgados a decisiones muy concretas, que constituyen la excepción a la regla. Más concretamente, detrás de esta reticencia, en curso de desaparición, reposaba una consideración del arbitraje como una institución intrusa en el ámbito jurisdiccional. Ello contrastaba con dos postulados de base, que se suelen afirmar con rotundidad pero que pocas veces se cumplen: la potenciación del arbitraje, señaladamente en materias mercantiles, donde de-

²⁷ Vid. un desarrollo de esta cuestión en J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*, Madrid, 2008, pp. 96 ss.

²⁸ E. Verdera y Tuells, "La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 35-57.

²⁹ Estos tres vectores son los utilizados en P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, París, 1996, pp. 111-112 como definitorios de las tendencias legislativas modernizadoras del arbitraje.

³⁰ Dentro de la abundante bibliografía sobre la Ley 60/2003 Vid., por todos, E. Verdera y Tuells, *La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje entre la tradición y la innovación*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, 2005, pp. 59 ss.

³¹ Vid. la crónica de jurisprudencia española que se contiene en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, a partir de su vol. I, nº 1 (2008).

muestra su utilidad como alternativa eficaz al procedimiento judicial y la asimilación de que el arbitraje no es una técnica que trate de quitar poder a la jurisdicción del Estado, sino que es alternativa a ella. En definitiva, 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 internacional³². Si los árbitros poseen la responsabilidad de resolver una controversia en justicia, los jueces deben prestar su apoyo controlando esta decisión 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 instituciones³³.

Mas los diseños tradicionales aún subsisten en la jurisprudencia y en la doctrina y cualquier posición que se adopte debe tener en cuenta los rasgos esenciales del particular sistema jurídico ante el que nos situemos y la configuración que allí exista acerca del arbitraje, sobre todo a partir de un punto de vista constitucional.

12. En Argentina persiste un cierto debate a lo hora de determinar si los árbitros ejercen o no jurisdicción a partir 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 inclina hacia una posición radicalmente contraria. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje está reconocida por la Corte Suprema a partir del siglo XIX, y ha sido reiterada en los casos que ha dirimido conflictos de competencia entre la justicia judicial y la arbitral. Baste retener que el voto del Dr. A.C. Belluscio de la Sentencia de la Corte Suprema de la Nación de 31 de mayo de 1999 (*Rocca, J.C. / Consultara, S.A.*) 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”

Lo relevante, es pues, el sometimiento obra de la autonomía de la voluntad de las partes a una jurisdicción, es decir a un poder para decir el Derecho y 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, al poder de resolver la controversia³⁴, sin siquiera exigir una homologación como acontece, en cambio, en otras legislaciones³⁵. El rechazo de las teorías contractualistas basadas en la carencia de *imperium* por parte de los árbitros, se sustenta en que éstos poseen atribuciones para decidir toda cuestión entre partes, con excepción de las que no

³² J.C. Fernández Rozas, “La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 15, 2004, pp. 17–49.

³³ J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques...”, *loc. cit.*, p. 24.

³⁴ 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), 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 art. 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...”.

³⁵ Cf. L.E. Palacio, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., 5ª reimpr., t. I, Buenos Aires, 1991, pp. 329 y 330; en la misma orientación, R. Caivano, *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de solución de conflictos*, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, pp. 96 ss.

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

Asimismo, 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 su virtud, puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción ordinaria³⁶ pues su actividad dimana de esta última o implica una derogación de la jurisdicción³⁷. 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 trastocan en procesales, al otorgarles la misma ley, la tutela jurídica que a las sentencias judiciales, no obstante diferenciarse de ellas³⁸. 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 y a partir, sobre todo, de la imposibilidad de admitir sentencias arbitrales no originarias de una sede estatal, esto es, de carácter supranacional.

13. La jurisprudencia colombiana es sumamente expresiva al respecto como muestra la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia n° 42 de 21 de marzo de 1991³⁹ 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 aportadas y extraer de este acervo una consecuencia definitiva condensada 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 éstos, no ostentan propiamente su repre-

³⁶ E. Loquin, “Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l’évolution récente du droit de l’arbitrage international”, *Journ. dr. int.*, t. 110, 1983, pp. 294–295. De defensa de esta posición en España se puede encontrar muy bien sistematizada en F. Cerdón Moreno, *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 39 ss.

³⁷ 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” (*cf. Arbitraje comercial nacional e internacional*, Bogotá, 1998, p. 23).

³⁸ *Vid.* L. Martínez de Castro, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid, 1984, p. 25.

³⁹ *Vid.* nota de F. Mantilla Serrano, *Rev. arb.*, 1991, n° 4, pp. 723 ss.

sentación, sino que pronuncian sus decisiones como sujetos independientes de la voluntad de unos y otros, *ope legis* al decir de renombrado tratadista; 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 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).”

14. 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 de 2000 (*Agencia Arias Hermanos, S.A. / 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, cuyas decisiones finales tienen las características y la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos”.

15. 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 de 29 de octubre de 1992 (*C. Fernie & Co., S.A. / 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 antes 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”.

Añadiendo 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. / 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 abundando en esta idea la Sentencia de la misma Sala, de 14 de febrero de 2005 (*Greenhow Associates Ltd. / 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 be-

neficio 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.

16. 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, párrafo 9 de la Ley 879, Código de Organización Judicial, “constituido el tribunal, quedará investido de potestad jurisdiccional”.

Los textos transcritos muestran que todavía no se ha descartado en muchos sistemas jurídicos 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 y a partir, sobre todo, de la imposibilidad de admitir sentencias arbitrales no originarias de una sede estatal, esto es, supranacionales.

17. La naturaleza jurisdiccional en Chile en lo que se refiere al arbitraje interno es admitida sin reservas por la doctrina con reconocimiento expreso de que se trata de un rasgo distintivo dentro del Derecho comparado⁴⁰. Baste comprobar que el art. 222 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, señaladamente del art. 5 que menciona a los tribunales arbitrales dentro de su clasificación referida al Poder Judicial y a la administración de justicia en general y las del Código de 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 árbitros⁴¹. 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 art. 74 (actual 76) de la Constitución Política y, además, el proceso arbitral tiene especial reglamentación en el Código de Procedimiento Civil (Título VIII del Libro III, arts. 628 ss)⁴². Asimilado esto, si el arbitraje como institución jurídica deriva directamente de la ley, ésta última confiere un poder jurisdiccional a ciertas personas privadas de ejercer el oficio de juzgar litigios⁴³; 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, Do-*

⁴⁰ Cf. A. Romero Seguel, “Panorama general de la justicia arbitral en Chile”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, t. XI, 1999, n° 3, p. 484.

⁴¹ P. Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 5ª ed., Santiago, 2005, p. 49; R. Eyzaguirre Echeverría, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Santiago, 1981, p. 17.

⁴² Cf. H. Pereira Anabalón, *Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*, t. I, Santiago, 2ª ed., 1996, p. 243. *Vid.*, asimismo, L. Aravena Arredondo, *Naturaleza jurídica del arbitraje*, Santiago, 1969, pp. 25 ss; A. Romero Seguel, “Nociones generales sobre la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile*, vol. 26, n° 2, 1999, pp. 405–430; E. Picand Albónico, *Arbitraje comercial internacional*, t. I, Santiago, 2005, pp. 45–49.

⁴³ Cf. P. Aylwin, *op. cit.*, pp. 45 ss.

mingo / Zugadi, M^a Nieves) afirmó tajantemente que “El poder que tienen los jueces árbitros para juzgar un determinado litigio no deriva de las partes que a ellos se someten, pues son éstas 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 / 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 sólo 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 / 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 ésta 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, éste 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 Excm. 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 éstos puedan declarar su falta de jurisdicción o de competencia”.

18. Esta claridad contrasta con el planteamiento del tema en Perú, que resulta altamente controvertida, pues tras la lectura del art. 233.1º de la Constitución de 1979 y, posteriormente, del art. 139.1º 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 la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 2006 (*Fernando Cantuarias Salaverry*),

“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. 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el art. 139º 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. 51º 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 ésta 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 sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello⁴⁴. 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”⁴⁵. 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 ordinaria⁴⁶.

19. Algo similar ocurre en Venezuela, sobre todo a partir de la consideración de los textos legales anteriores a la Ley de Arbitraje de 1998⁴⁷ y con apoyo en algunas decisiones como la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 17 de abril de 1988 que afirmó 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 usurpen una función propia y exclusiva del Estado, como es la jurisdicción⁴⁸.

IV. Relaciones dentro del edificio arbitral

1. Justificación de las posiciones contractualistas

20. Sin desconocer que la posición que se adopte en torno a la naturaleza del arbitraje descansa muy directamente en cada uno de los sistemas estatales en presencia⁴⁹ y que existe una tendencia inequívoca hacia su confluencia, cabe inclinarse hacia una posición eminente contractualista que resulta más acorde con la realidad del actual comercio internacional.

⁴⁴ J. Monroy Palacios, “Arbitraje, jurisdicción y proceso”, *Arbitration on Line, Boletín Jurídico*, año IV, n° 7, julio de 2006”, *loc. cit.*

⁴⁵ http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/bases.htm.

⁴⁶ Cf. J.D. Abanto Torres, “El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n° 3, 2006, p. 142.

⁴⁷ F. Gabaldón, *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil*, Caracas, 1987, pp. 37 ss. Y, congratulándose de ello, A. Rengel Romberg, “Naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral”, *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, 2005, pp. 177–189.

⁴⁸ Cf. A. Mezgravis, “Algunas consideraciones sobre la jurisdicción y el arbitraje”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n° 50, 1996, pp. 369 ss; en el mismo sentido vid. A. Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el arbitraje en Venezuela: informe al Comité AIDA CILA sobre aplicación del arbitraje en Venezuela”, *ibid.*, n° 51, 1997, pp. 320–321.

⁴⁹ Vid. A. Kassiss, *Problèmes de base de l'arbitrage...*, *op. cit.*, pp. 135 ss. Por ejemplo, el carácter jurisdiccional del arbitraje se reconoce por la jurisprudencia belga: G. Horsmans, “Actualité et évolution du droit belge de l'arbitrage”, *Rev. arb.*, 1990, p. 799.

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 a que se respeten preceptos mínimos que aseguren un debido proceso y se eviten situaciones de indefensión, agraviantes 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 hacia los árbitros⁵⁰. Parece evidente que la única forma de evitar que esa competencia y su juicio, choque con la de los Tribunales estatales es evitar que éstos 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 sentido, 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 de reconocimiento del Estado y que discurre dentro de los derechos renunciabiles. 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 que ser partes necesariamente en el arbitraje.

21. La exteriorización de la voluntad de las partes mediante convenio de someterse a los árbitros y la posterior aceptación de éstos 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 antes citada sentencia de la Corte Suprema de Panamá de 29 de octubre de 1992, es expresiva de 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 sólo 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 de la Corte Constitucional de Colombia de 26 de junio de 1995 (nº C-294/95) estableció que

“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

⁵⁰ 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”, *ADC*, 1954, pp. 1155-1173).

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”.

Mas la acción de la voluntad de las partes no implica la renuncia a la protección que les brindan los tribunales⁵¹: 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 intervengan 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 institución⁵².

2. La denominada “justicia arbitral”

22. 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 sólo son respetados los derechos de defensa, sino que discurre con total respecto de los principios de audiencia, contradicción, etc...⁵³. 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 de la Corte Constitucional de Colombia de 28 de septiembre de 1995 (C-431/95)

“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 proveído, 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 anulación 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*”.

⁵¹ E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, op. cit., pp. 46–47.

⁵² L. Muñoz Sabaté, “La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Reflexiones para una urgente reforma”, *La Ley* (Madrid), 1995–3, pp. 729 ss.

⁵³ M.C. Rivier, “Justice arbitrale”, *Rev. arb.*, 1995, pp. 274 ss; B. Oppetit, “Justice étatique et justice arbitrale”, *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, p. 420.

En rigor, la justicia arbitral debe ser independiente en el sentido de que los árbitros deben poder tomar medidas para asegurar el posible resultado del proceso arbitral y de que sus decisiones deben ser 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 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, éstos 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 salomónicas⁵⁴. En otras palabras, la justicia arbitral exige que el árbitro sea independiente e imparcial para ejercer sus funciones.

V. Relaciones entre la jurisdicción estatal y el arbitraje

1. Papel del juez en el desarrollo del arbitraje

23. 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 sólo 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 su jurisprudencia. Pero en otros supuestos, señaladamente el de solicitud de medidas cautelares asociadas a un arbitraje, no queda otra opción que esperar una saneada legislación 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.

⁵⁴ S.E. Keer y R.W. Naimark, "Arbitrators Do Not 'Split the Baby'. Empirical Evidence from International Business Arbitrations", *J. Int'l Arb.*, vol. 18, nº 5, 2001, pp. 573–578.

Edificio arbitral

Planta negocial		transacción			
(PARTES)					
Planta contractual	nombramiento árbitros	acta de misión	procedimiento arbitral	laudo	
(ÁRBITROS)					
Planta jurisdiccional	formalización judicial	auxilio en materia de prueba	medidas cautelares	control del laudo (anulación)	ejecución del laudo
(JUECES)					

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 ésta 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 mayor⁵⁵.

2. Imposibilidad de conflictos de jurisdicción y de competencia

24. No existe resquicio alguno que entre jueces y árbitros se produzca un conflicto de jurisdicción o de competencia: en la base de toda 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, antes al contrario, todo el proceso arbitral se apoya firmemente en la propia la actividad jurisdiccional del Estado, potencial en algunos casos (nombramiento de árbitros o recurso de anulación), ineludible en otros (reconocimiento y ejecución del laudo)⁵⁶.

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,

⁵⁵ H.L. Arkin, “International *ad hoc* Arbitration. A Practical Alternative”, *International Business Lawyer*, enero, 1987, pp. 6 ss.

⁵⁶ E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, op. cit., p. 49.

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 jurisdicción⁵⁷. En segundo lugar, cuando se plantea una excepción de conexidad o de litispendencia ante los árbitros, éstos rechazan cualquier posibilidad de conflicto ya que sus competencias no dependen más que de un factor: la existencia, validez y extensión del convenio arbitral, dirigido, precisamente, a anular la competencia de los tribunales estatales⁵⁸. 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.

24. 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 Justicia 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 haya producido un explicable movimiento de defensa por parte de los jueces y en este clima de confrontación, es explicable que durante 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 mercantiles⁵⁹. 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 arbitral⁶⁰. 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 anulaciones de los laudos, donde se llegó a considerar que el arbitraje debía ser tutelado por los jueces de la misma manera que los

⁵⁷ Posibilidad superada, no sin reticencias, en los primeros pronunciamientos CCI al respecto; *vid.* por todos Laudo n° 3493/1983, de 16 de febrero (*SPP Middle East Ltd., Hong Kong Southern Pacific Properties Ltd. / Republique Arabe d'Egypte-EGOTH*), *Yearbook Comm. Arb'n*, vol. IX, 1984, pp. 111 ss.

⁵⁸ Laudo CCI de 1988 en el asunto n° 5103, *Journ. dr. int.*, t. 115, 1988, p. 1206. *Vid.* Y. Derains, "Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale", *Journ. dr. int.*, 1993, pp. 839-840.

⁵⁹ 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" (*Cf.* J. Monroy Palacios, "Arbitraje, jurisdicción y proceso", *Arbitration on Line, Boletín Jurídico*, año IV, n° 7, julio de 2006).

⁶⁰ S. Jarvin, "La contestation judiciaire du rôle des arbitres", *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*, París, 2005, pp. 163-178.

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 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.

3. *Carácter complementario*

25. 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 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 arbitral⁶¹. Por así decirlo, el arbitraje 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 ordinaria⁶².

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 arbitrales⁶³. Este es el tenor, en Perú, de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 2006 (*Fernando Cantuarias Salaverry*),

“... el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, 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 que estudiamos, así concebida ni pretende reemplazar a los jueces ni mermar su labor⁶⁴; 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

⁶¹ “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 de 2005), <http://www.cameralima.org.pe/infocamara/descargas/notasdeprensa/125.doc>.

⁶² Cf. E. Verdera y Tuells, “Algunas consideraciones...”, *loc. cit.*, p.146.

⁶³ G. Giusti, “O árbitro e o Juiz; Da função jurisdiccional do árbitro e do juiz”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 5, 2005, pp. 7–13.

⁶⁴ 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” (Cf. *Negociación, conciliación y arbitraje*, Lima, 1988, p. 220).

presencia (Venezuela)⁶⁵ o de la puesta en marcha reciente en algunos Estados de un orden jurisdiccional especializado en materia comercial (v.gr., Argentina⁶⁶ y Perú⁶⁷). Es una nueva 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 incorporan pues se trata de una cuestión poco pacífica desde la óptica doctrinal y profesional⁶⁸. Para frenar la competencia del arbitraje en función de su mayor especialización en cuestiones mercantiles el Estado reacciona estableciendo las condiciones 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 requiera la necesaria asignación de recursos plantea la necesidad que el Estado invierta en modernos sistemas de servicios judiciales, 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 ejecutables, 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.

26. Vivimos ante una situación propicia a elevar la imagen del Poder Judicial y a generar una mayor aceptación, atracción y credibilidad para el empresariado en general que cuenta con una posibilidad complementaria a los métodos alternativos de carácter privado de solución de controversias. Al crearse una jurisdicción 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, mejoran la calificación riesgo-país. Sin cuestionar las virtudes y ventajas de un procedimiento arbitral y su destacada presencia y futuro, hay que rescatar las virtudes y ventajas del procedimiento judicial señaladamente 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 Judicial⁶⁹, ha reducido sensiblemente las diferencias que existían entre el arbitraje y el proceso común vislumbrándose que para procesos contenciosos de

⁶⁵ Arts. 1090 ss Ccom Venezuela de 26 de julio de 1955, que reformó parcialmente el Ccom de 1919. Acerca de los conflictos de competencias entre la jurisdicción comercial y la LA Ve Vid. A. Baumeister Toledo, “Algunas consideraciones sobre el arbitraje comercial a la luz del Derecho positivo boliviano y el venezolano”, *Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, vol. III, Caracas, 2001, pp. 190–193.

⁶⁶ Existen en Argentina 26 Juzgados Comerciales y una Cámara nacional en lo Comercial dividida en 5 salas.

⁶⁷ O. Hundskopf Exebio, “La creación de la jurisdicción comercial dentro del sistema judicial peruano”, *Orbe et Ius, Revista de Opinión Jurídica*, IV, 2005, http://www.urbeetius.org/upload/sanacritica_hundshopf.pdf.

⁶⁸ Vid. v.gr. en la doctrina española, por todos, J. Banacloche Palao, *Los Juzgados de lo Mercantil: Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Madrid, 2005.

⁶⁹ La Corte Suprema de la República creó juzgados y salas comerciales especializadas, mediante Resolución Administrativa n° 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 SBS; las derivadas de la contratación mercantil (comisión, prenda, *leasing*, *factoring*, contratos empresariales) y las referidas al transporte de bienes.

corta duración, especialmente sumarásimos, recurrir al arbitraje puede no ser rentable y resultar 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 de 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 jurisdicción ordinaria. Y a ello hay que añadir que estas jurisdicciones especializadas en lo mercantil son las que adecuadas para ejercer las funciones de apoyo y de control judicial dentro del procedimiento arbitral. Una garantía indiscutible de las ventajas de una colaboración efectiva entre jueces y árbitros.