

El arbitraje, ¿Es realmente una jurisdicción?

Alberto Fabián Ayala Molina¹

1. Introducción

Ya nadie discute hoy en día que el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, es una solución eficaz al problema de la recarga del órgano estatal; se lo describe como un procedimiento rápido, seguro, privado y con una imparcialidad garantizada. En términos auspiciosos “el arbitraje es el futuro”².

Actualmente nos encontramos ante un Poder Judicial que se halla desbordado por la cantidad inmensa de procedimientos. Desafortunadamente este hecho afecta directamente al usuario del sistema judicial que se ve imposibilitado de acceder a la justicia en forma pronta y barata.

De más está decir que no existe posibilidad jurídica de procurarse justicia por manos propias, y es lógico, pues lo que para un hombre podría ser justo, para el otro podría no serlo; así, “privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción”³. Pero un Estado saturado, tiene por ende una merma importante en la calidad del servicio de la justicia. Es ante estos problemas que el arbitraje hace su escena, he ahí su función social.

Sin embargo, si el particular no tiene posibilidad jurídica de hacerse justicia por manos propias, tampoco puede delegar en otro la posibilidad de dictar justicia, por ejemplo a un tribunal arbitral a través de una cláusula arbitral, *nemo dat quod non habet*⁴, o mejor *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*⁵. No obstante, en algo debe fundarse la facultad que tiene el particular de obligarse a someter determinada controversia a un tribunal arbitral.

Todas estas cuestiones nos llevan a las siguientes interrogantes, ¿Cuál es el fundamento del arbitraje? ¿Qué debemos entender por el término jurisdicción? Acaso define única y exclusivamente a la facultad del Estado, es decir a los tribunales ordinarios, o también los tribunales arbitrales son jurisdiccionales. De no ser así, ¿Como se denomina la actividad que despliega un tribunal arbitral al dictar un laudo?; y, yendo al otro extremo, si consideráramos al término jurisdicción también como actividad de los tribunales arbitrales, ¿Se estaría ante una cláusula arbitral por el solo hecho de establecer lisa y llanamente “la jurisdicción” como modo de resolución de una controversia?

¹ Abogado. Egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2010). Profesor de la cátedra de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Entrenador del Equipo de Arbitraje de la Universidad Católica.

² WINKELS ARCE, Isabel “El arbitraje es el futuro”. 2009

³ COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. 3ra Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1.973.

⁴ Aforismo latino que significa: *Nadie da, lo que no tiene.*

⁵ Aforismo latino que significa: *Nadie puede transmitir a otro más derecho del que tuviere.*

Es en esa última pregunta que se encuentra la importancia práctica del alcance del término, pero más allá de ello, es primordial entender como funcionan estas figuras de aparente jurisdicción, la ordinaria -incuestionable-, la arbitral –ya lo veremos-; y como debe desarrollarse la labor de cada una de ellas para lograr una adecuada prestación del servicio de la justicia.

Todas estas dudas serán despejadas a través de los párrafos siguientes mediante el análisis de la legislación pertinente, así como de la doctrina, ya de corte eminentemente procesalista, como también del orbe arbitral.

2. El acto jurisdiccional.

2.1 Conceptos Generales.

Para poder determinar realmente si el arbitraje es jurisdiccional, es menester introducir algunos conceptos generales del término jurisdicción, cabe aclarar que la jurisdicción a la que delimitaré mi exposición, por obvias razones de tiempo y espacio, es la civil.

En el lenguaje jurídico el término jurisdicción posee varios alcances, la doctrina no difiere en gran medida. Siguiendo al uruguayo Eduardo Juan Couture –ilustre procesalista-, diré que este tiene por lo menos cuatro acepciones⁶, jurisdicción puede entenderse como: (i) *ámbito territorial*: se habla de la “*jurisdicción territorial*”, es decir el límite dentro del cual los jueces pueden desempeñar sus funciones; (ii) sinónimo de *competencia*: este es el clásico equívoco ya superado en la actualidad de considerar a la jurisdicción como “...la aptitud o capacidad reconocida a un juez o tribunal para conocer sobre una determinada categoría de pretensiones...”⁷; (iii) *poder*: haciendo referencia a la autoridad de los órganos estatales sobre los ciudadanos; sin embargo recordemos algo, que ante la posibilidad de acción de un individuo, existe no solo el poder del órgano jurisdiccional, sino la obligación legal de pronunciarse⁸; y por último (iv) como *función*: vale decir, aquella mediante la cual los órganos estatales administran justicia, y es esta acepción la que nos interesa a los efectos del desarrollo del presente opúsculo.

Para el gran doctrinario paraguayo, Hernán Casco Pagano, la jurisdicción es la “función de dirimir conflictos de intereses”⁹, concepto que se acerca a lo que etimológicamente se entiende del término, o sea *iuris dictio* que es, “decir el Derecho”.

La jurisdicción tiene como objeto la intervención de un tercero imparcial para la aplicación de la norma en un caso concreto. Tiene un doble objetivo, procurar la satisfacción de la parte lesionada en su derecho e intentar el equilibrio social -seguridad jurídica-; así pues una vez resuelta una controversia la decisión emanada de ese tercero imparcial debe ser exigible, de otra forma no se habrá cumplido el objetivo, a tal efecto existen medios coercitivos dispuestos en la ley para asegurarse el cumplimiento de esa decisión.

⁶ COUTURE, Eduardo J. Ob. Cit.

⁷ PALACIO, Lino Enrique. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Tomo I. 7ma Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987.

⁸ Paraguay, Art. 9 de la Ley 879/81 Código de Organización Judicial; Art. 15 Código Procesal Civil; Art. 16 Constitución Nacional.

⁹ CASCO PAGANO, Hernán Alberto. “Derecho Procesal Civil”. Editora Tricolor S.R.L. Asunción. 2000.

La legislación paraguaya nos brinda una definición de lo que se entiende por jurisdicción, así el Art. 5 de la Ley 879/81, Código de Organización Judicial, manifiesta que: “La jurisdicción consiste en la potestad de conocer y decidir en juicio y de hacer ejecutar lo juzgado”. En esta definición legal se denotan algunas notas características, la jurisdicción implica una potestad de conocer en juicio y decidir sobre el derecho, además, la facultad de hacer ejecutar lo juzgado.

La Constitución Nacional de nuestra República es bastante clara al establecer, en su Art. 247, que “La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial...” y que esta será ejercida por “...por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley”.

Es inevitable en este sentido introducir un paréntesis para realizar una distinción entre lo que se considera *función judicial* y *función jurisdiccional*, de más está decir que la actividad judicial no se reduce a la función jurisdiccional, Couture señala que “no toda la función propia del Poder Judicial es función jurisdiccional”, y más aún, “tampoco toda función jurisdiccional corresponde al Poder Judicial”¹⁰. ¿Se estará refiriendo aquí el eminente procesalista a la vía arbitral? No nos apresuremos.

La teoría de la separación de poderes determina que por cuestiones de “autonomía de poderes” o “especialización de funciones”, –dependiendo de la escuela a seguir, la primera francesa y la segunda americana- el Estado se organiza y cumple sus funciones a través de tres poderes.

Este es un *quid* complejo; primeramente no es el que el poder sea divisible – concierne a los doctrinarios constitucionalistas una mejor explicación-; y segundo acarrea cierta dificultad; se entiende que por cuestiones de democracia, buen gobierno, control y equilibrio deba existir esta división de poderes; pero, no es que el Poder Legislativo única y exclusivamente se dedique a legislar, o el Ejecutivo a administrar, o El Poder Judicial a dictar justicia, pues es bien sabido que el Congreso puede llevar a cabo un juicio político, los Municipios tienen Juzgados de Faltas, y el Poder Judicial puede nombrar a sus funcionarios y dictar reglamentos internos. Esto no hace más que evidenciar que no toda función jurisdiccional es función judicial

Es más delgada la línea existente entre el acto jurisdiccional judicial y el acto administrativo individual, sin embargo podemos distinguir a uno de otro siempre que el acto administrativo individual es en principio “la aplicación de la ley a una persona determinada, sea natural o jurídica, o a un grupo determinado de personas”¹¹, pero que tiene prelación frente al acto judicial.

En mi opinión en ambos se ve actividad jurisdiccional, existe la jurisdicción administrativa y la jurisdicción judicial, la primera cuando un órgano administrativo aplica sanciones a los ciudadanos o a los propios agentes de la administración; y la segunda entendida como la actividad de un juez o tribunal de justicia del Poder Judicial. A mi entender cuando Couture se refería a que no toda función jurisdiccional es ejercida

¹⁰ COUTURE, Eduardo J. Ob. Cit.

¹¹ VILLAGRA MAFFIODO, Salvador. “Principios de Derecho Administrativo”. 2da Edición. Servilibro. Asunción. 2008.

por el Poder Judicial, no hablaba del arbitraje si no mas bien de la actividad jurisdiccional de los órganos administrativos.

Ahora bien, el acto jurisdiccional entendido como función judicial posee ciertos elementos, Couture considera que existen tres elementos propios del acto jurisdiccional, que son: (i) *la forma*, es decir, presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley; (ii) *el contenido*, entendido como la existencia de un conflicto que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción, mediante una decisión que pasa en cosa juzgada; y (iii) *la función*, que es el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho.

Según Casco Pagano los elementos de la jurisdicción uniformemente reconocidos son: (i) *notio*, que es el “derecho de conocer una cuestión determinada”; (ii) la *vocatio*, como la “facultad de obligar a las partes a comparecer”; (iii) *coertio*, que es la “facultad de recurrir a la fuerza para lograr el cumplimiento de las medidas dentro del proceso”; (iv) *judicium*; “facultad de dictar sentencia poniendo término a la litis”; (v) e *imperium*, que “es el poder para ejecutar las resoluciones judiciales, mediante el auxilio de la fuerza pública”¹². Estos elementos se ven plasmados en la legislación, he mencionado anteriormente el Art. 5 del Código de Organización Judicial donde claramente se denotan los elementos de la *notio*, *judicium* y el *imperium*.

Entonces, la jurisdicción en sentido estricto, es la facultad que tienen los órganos jurisdiccionales del Estado de dictar justicia y de hacer ejecutar lo juzgado, y esta actividad es potestad exclusiva de estos. Pero la misma Constitución Nacional ensaya una manifestación tranquilizadora para la institución arbitral al establecer que: “En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución...”, estos actos son castigados con la nulidad insanable, pero, “...todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas”¹³.

En mi opinión, en virtud a la autonomía de las partes existen derechos que están disponibles para estas, aquellos del ámbito privado, y en cuanto a estos las partes gozan de total libertad, inclusive la de decidir el método mediante el cual se resolverán las eventuales divergencias, obviamente, todo esto encuadrado dentro de un marco de normas que rigen este tipo de relaciones.

3. El arbitraje y la jurisdicción.

El antiguo filosofo griego -alumno de Sócrates y maestro de Aristóteles- decía en su obra de las Leyes, que las mejores personas para resolver los conflictos eran las que nombraran las partes para actuar como jueces. En el procedimiento arbitral son las partes quienes designan a los árbitros que impartirán justicia para un determinado caso.

Según el francés Jean Robert, el arbitraje “es la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos

¹² CASCO PAGANO, Hernán Alberto. Ob. Cit.

¹³ Paraguay, Art. 248 de la Constitución Nacional.

por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar”¹⁴. Jaime Guasp, quien fuera profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca, consideraba que es un medio de “resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente”¹⁵, en igual sentido Bernardo Cremades, arbitro internacional en innumerables conflictos, manifiesta que “por medio del arbitraje una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión”.

Todas estas expresiones nos dan una imagen general de lo que es el arbitraje, pero la definición más técnica dada por la doctrina lo considera como “una función de tipo jurisdiccional, a cargo de jueces, que las partes eligen en forma privada y a cuya decisión se someten y aceptan como obligatoria y la ley le confiere la autoridad de cosa juzgada y ejecutoriedad propia de las decisiones de los órganos jurisdiccionales”¹⁶.

El arbitraje es en suma, un medio alternativo de resolución de conflictos dirigido por un arbitro o por un tribunal de varios árbitros elegidos por las partes, que haya sustento en la voluntad de estas –expresada a través de un compromiso arbitral- y que se conforma a los efectos de decidir sobre una controversia. La cuestión es saber si esta actividad desplegada por los tribunales arbitrales es un acto jurisdiccional.

Es necesario dejar de lado la idea del Estado como proveedor exclusivo del servicio de justicia, de la jurisdicción como ejercicio monopólico por parte del Estado, esto se debe a que generalmente el “problema de la justicia” es considerado como problema del Estado, sin embargo esta mentalidad estatista se opone a la autonomía de la voluntad de las partes, y a su máximo exponente el arbitraje.

Los árbitros en el procedimiento arbitral declaran el derecho, y ponen fin a una controversia, la decisión de estos se denomina laudo, esto a entender de gran parte de la doctrina constituye un acto jurisdiccional, sin embargo los árbitros son concientes de sus limitaciones, en gran medida la ejecución de esos laudos depende del Poder Judicial.

En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto en estudio, la doctrina difiere. Existen aquellos quienes fundan la naturaleza del arbitraje sobre una *tesis contractualista*, y otros en base a una *tesis jurisdiccional*.

3.1. La tesis contractualista.

Los que defienden la *tesis contractualista* justifican la existencia del proceso arbitral y de los árbitros -e inclusive las decisiones de estos- en la obligación que las partes asumieron al momento de la aceptación de la cláusula que contiene el compromiso arbitral. A diferencia de las sentencias de los jueces cuya efectividad resulta de la ley.

Para los contractualistas, el vinculo que se crea entre el arbitro y las partes es de tipo contractual, al punto de que se ha sostenido en este sentido que en la relación arbitro-parte existe inclusive un mandato *sui generis*.

¹⁴ ROBERT, Jean. “L’arbitraje”. 6ta Edición. Dalloz. Paris. 1993.

¹⁵ GUASP, Jaime. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil española”. Aguilar. Madrid. 1950.

¹⁶ NAVARRINE, Susana Camila, ASOREY, Rubén. “Arbitraje”. La Ley. Buenos Aires. 1992.

Así la *tesis contractualista* pretende negar que el arbitraje posea una naturaleza jurisdiccional, y se apoya a tal efecto en lo expresado, pero halla mayor sustento en la falta de *imperium* de los árbitros, es decir, estos no pueden obtener la ejecución forzosa de sus decisiones puesto que la fuerza coercitiva emana del poder y la soberanía del Estado.

3.2. La tesis jurisdiccional.

Para los que detentan la concepción de la *tesis jurisdiccional* la cuestión es clara. En total oposición a la *tesis contractualista*, esta sostiene que siendo el servicio de justicia una garantía del Estado, y en vista de que el mismo reconoce en sus leyes la posibilidad de un procedimiento arbitral como vía alternativa, pero en suma como un servicio de justicia garantizado por el Estado, este no es otra cosa que lo que esta llamado a ser, una jurisdicción.

Antes que nada dejan de lado la concepción del procedimiento arbitral como un mandato *sui generis*. De hecho, al decir *sui generis* generalmente nos estamos refiriendo a un instituto del derecho que participa de ciertos elementos de otro pero que a su vez carece de otros elementos del mismo instituto, en términos pocos ortodoxos “algo que es pero no es”.

En realidad no se puede considerar al árbitro como un mandatario de las partes, en vista de que no representan a ninguna de estas, no existen ordenes de estas de actuar de determinada forma, o de fallar en un sentido o en otro, es mas, son absolutamente recusables cuando existen dudas sobre la imparcialidad de estos, como auténticos jueces, pues es eso lo que son, jueces para un caso específico.

En términos del profesor de la Universidad de Buenos Aires y arbitro argentino Roque Caivano, “el acuerdo arbitral opera así, como el elemento a través del cual se actúa la disposición legal que permite en forma general desplazar esa potestad –la jurisdicción-, asignándola en forma específica a determinadas personas¹⁷”

Así sostienen que, sin negar que la obligación de las partes emana del consentimiento mediante una cláusula arbitral, los árbitros tienen verdaderas potestades jurisdiccionales en vista de que las decisiones de los tribunales arbitrales tienen carácter de titulo ejecutivo y hacen cosa juzgada.

Los defensores de esta tesis, ante la cuestión del *imperium*, manifiestan que “la vía judicial para procurar su cumplimiento forzado –el del laudo- es la correspondiente a la ejecución de sentencias judiciales¹⁸”.

Mi convencimiento se inclina hacia considerar que la actividad que despliegan los árbitros es autentica función jurisdiccional. A continuación expondré los elementos que me llevan a considerar que el arbitraje es realmente una jurisdicción, y que es tan jurisdiccional como el procedimiento ordinario.

4. La jurisdicción arbitral.

¹⁷ CAIVANO, Roque J. “Arbitraje”. 2da Edición. AD HOC. Buenos Aires. 2000.

¹⁸ *Ibidem*.

El arbitraje es en su génesis contractual, nace de una cláusula arbitral por medio del cual las partes se obligan a resolver ciertas controversias a través de un procedimiento arbitral. En su desarrollo es jurisdiccional, una vez surgida la controversia se constituye el tribunal arbitral que dictará lo que corresponda en equidad o en derecho. Tiene así una raíz contractual y una finalidad jurisdiccional.

Si tenemos en cuenta lo expresado por Couture sabremos que los elementos característicos de la jurisdicción son: (i) *la forma*, es decir, presencia de partes, de jueces y de procedimientos establecidos en la ley; (ii) *el contenido*, entendido como la existencia de un conflicto que debe ser dirimido por los agentes de la jurisdicción, mediante una decisión que pasa en cosa juzgada; y (iii) *la función*, que es el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho.

El arbitraje posee los mismos elementos, se caracteriza al igual que el proceso judicial, por la presencia de partes, de jueces –denominados árbitros o tribunal arbitral– y de procedimientos establecidos por la ley; en el arbitraje existe un contenido, es decir existe una controversia que debe ser resuelta y cuya decisión pasa en cosa juzgada; la función del arbitraje no es ni más ni menos que la de asegurar la justicia, e inclusive la de coadyuvar con el Poder Judicial para el logro de ese fin.

4.1. La jurisdicción arbitral y la legislación.

Al analizar el instituto arbitral a la luz de los conocimientos del doctrinario paraguayo Casco Pagano, nos encontramos en un primer momento con que existen elementos similares con el procedimiento judicial. Considero oportuno partir de esta brillante exposición de los elementos de la jurisdicción para que, teniendo en cuenta la legislación pertinente en la materia, hallemos los sustentos de derecho que nos llevarán a considerar al arbitraje como una jurisdicción.

Primeramente es claro que el tribunal arbitral tiene el derecho de conocer sobre una cuestión determinada –*notio*–, en vista de la obligación proveniente de la cláusula arbitral, obligación que surge de la voluntad de las partes, y también cuando no, de la ley.

La ley paraguaya N° 1.879/02, denominada “Ley de Arbitraje y Mediación” define en su Art. 3° inc a), al acuerdo arbitral y establece que es “el pacto por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea o no contractual”. En este sentido, la definición mencionada en la ley es idéntica a la que se encuentra en el Art. 7 de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”¹⁹.

¹⁹ La CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con fines de armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional. A tal efecto ha elaborado convenciones, leyes modelos y otros instrumentos relativos al comercio internacional. Entre ellos la “Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, el cual en gran medida sirvió de sustento para la “Ley de Arbitraje y Mediación” del Paraguay.

Existe entonces una obligación de tipo contractual por las partes de someter determinadas divergencias a un tribunal arbitral, y una vez constituido este la facultad del mismo de conocerlas, y que a su vez se encuentra respaldada por la ley como lo veremos más adelante.

Cabe hacer mención que el tribunal arbitral esta facultado inclusive, para decidir sobre su propia competencia en virtud al principio conocido como *kompetenz-kompetenz*. Es lo que claramente se establece a través del Art. 19 de la “Ley de Arbitraje y Mediación” y el Art. 16 de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”.

El arbitraje también posee *vocatio*. Si una parte que consintió el procedimiento arbitral no comparece ante el tribunal arbitral cuando es requerido, el Art. 25 inc c) de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional” expresa que “salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente...” “...una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga”, el Art. 28 de la “Ley de Arbitraje y Mediación” es sustancialmente idéntica. Existe entonces una obligación de que, constituido el tribunal arbitral, las partes en el proceso comparezcan, o de lo contrario se enfrentan a la consecuencia de tener que cumplir un laudo, completamente valido pero que es contrario a sus intereses.

La jurisdicción ordinaria extiende una mano al procedimiento arbitral al establecer en el Art 224, inc h) del Código Procesal Civil una “excepción de convenio arbitral”, cuando exista una cláusula arbitral válida. De igual manera el Art. II de la “Convención de New York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras²⁰” dispone la obligación por parte de los Estados Contratantes de reconocer las cláusulas arbitrales e incluso de remitir a las partes al arbitraje cuando una de ellas a sometido cierto litigio que posea una cláusula compromisoria a algún tribunal del Estado Contratante.

La *coertio*, referida a la facultad de recurrir a la fuerza para asegurar el cumplimiento de las decisiones dentro del proceso, es también uno de los elementos de la jurisdicción, elemento que también posee el procedimiento arbitral. Así el Art. 17 de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional” faculta al tribunal arbitral a otorgar medidas cautelares. El Art. 20 de la “Ley de Arbitraje y Mediación” es su concordante.

Por otro lado, La finalidad de la conformación del tribunal arbitral es la de poner fin a un litigio, es por ello que sus decisiones tienen carácter de cosa juzgada, esto es indiscutiblemente *judicium*.

Y por último el *imperium*. Este elemento significa, a decir verdad, una limitación que los árbitros, y más aún aquellos beneficiados con un proceso arbitral, conocen bien. Es una práctica común y desagradable que quien resulte perdedor impugne y trate de dificultar a toda costa la aplicación del laudo. Sin embargo este laudo, al cual la ley le confiere la autoridad de cosa juzgada y ejecutoriedad, es solamente impugnabile por

²⁰ La República del Paraguay ha ratificado este instrumento el 8 de octubre de 1.997, con entrada en vigor desde el 6 de enero de 1.998.

determinados motivos. Estos son los que se encuentran en el Art. 40 de la “Ley de Arbitraje y Mediación”. Contra el laudo solo es oponible el recurso de nulidad²¹, y este encuentra sustento más bien en el principio de la tutela judicial efectiva.

Más allá de la cuestión de la impugnación, y analizando detenidamente el elemento del *imperium*, cabe decir que es verdad que el laudo arbitral requiere del auxilio del juez ordinario para que sea cumplido, pero nada extraordinario resulta de esto, en vista de que es el mismo auxilio que cualquier sentencia judicial emanada de un tribunal ordinario, pero que encuentre una negativa al cumplimiento por la parte perdedora, necesita.

En nuestro país el procedimiento para exigir el cumplimiento de un laudo lo encontramos en la “Ley de Arbitraje y Mediación”, en el capítulo VIII, sobre el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Arbitrales.

5. Si, el arbitraje es realmente una jurisdicción.

Estamos completamente de acuerdo en que los órganos del Poder Judicial poseen facultades jurisdiccionales, la administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, como lo establece el Art. 247 de nuestra Carta Magna, y a sabiendas de ello llegaremos a la conclusión inevitable de que los árbitros también poseen facultades jurisdiccionales.

El Art. 2 del Código de Organización Judicial, teniendo en cuenta la ley modificatoria, expresa que el Poder Judicial será ejercido por: “... los Jueces Árbitros y Arbitradores...”. Entonces, si es facultad del Poder Judicial la actividad jurisdiccional también es facultad de los jueces árbitros y arbitradores.

La función de los jueces árbitros y arbitradores se encontraba regulada en el Código de Organización Judicial, en el Capítulo VII, y en el Código Procesal Civil. Es claro que estos artículos fueron derogados por la nueva “Ley de Arbitraje y Mediación”, sin embargo aquellos jueces árbitros y arbitradores mencionados en el C.O.J. son los mismos que conforman los tribunales arbitrales de los que la ley de arbitraje habla, no habría porque afirmar lo contrario.

La doctrina nacional manifiesta al respecto que la actividad de los árbitros tiene “naturaleza jurisdiccional” y que “dentro de nuestro ordenamiento jurídico los mismo integran el Poder Judicial de la República”²², esto teniendo en cuenta el artículo mencionado precedentemente.

La Constitución Nacional en el Art. 247 establece además que la administración de justicia será ejercida por “...por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley”.

El término “los tribunales” podría implicar desde luego al tribunal arbitral, que es el término que utiliza la “Ley de Arbitraje y Mediación” para referirse a los árbitros.

²¹ Ver también Art. 5 de la “Convención de New York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”; y Art. 34 de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”.

²² CASCO PAGANO, Hernan Alberto. Ob. Cit.

De todas a formas, existe a nivel constitucional un reconocimiento de jurisdicción a favor de los árbitros al establecerse en el Art 248 que “en ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales...” “...todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas”.

Vemos entonces que nuestra legislación reconoce expresamente la facultad de juzgar a los tribunales arbitrales, esto es, jurisdicción, y a la vez delimita su competencia al ámbito del derecho privado, de índole patrimonial siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada y que no se requiera intervención del Ministerio Público²³.

Para la doctrina “el arbitraje es función jurisdiccional porque los árbitros, al resolver el conflicto, declaran el derecho que asiste a la parte cuyas pretensiones amparan y por que el laudo, que resume la función arbitral, constituye un acto jurisdiccional”²⁴. De igual manera, para el arbitro argentino Roque Caivano “ya no se discute que los árbitros ejercen funciones de naturaleza jurisdiccional equivalentes a las de los jueces”²⁵.

Desde la doctrina nacional, teniendo en cuenta el elemento del *imperium*, se ha realizado una comparación con la legislación argentina y se ha expresado que “la carencia del imperio de los árbitros argentinos dentro de la legislación argentina, es consecuencia de que en la ley de Organización de Tribunales de dicha Nación, los árbitros no están comprendidos entre quienes ejercen el Poder Judicial...”²⁶, y que este no sería el caso paraguayo, pues los árbitros dentro de nuestra legislación, se encuentran comprendidos en el Poder Judicial.

La legislación comparada podría ser un tanto diferente a la nuestra, en el sentido de que en otros ordenamientos jurídicos los árbitros podrían no contar con un reconocimiento expreso de jurisdicción, de todas formas se ve una inclinación por parte de los tribunales extranjeros de considerar al arbitraje como una jurisdicción. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sentenció 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”²⁷.

Así también, el Tribunal Constitucional Español manifestó que “el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho, actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario

²³ Art. 248 Constitución Nacional, Art. 2 de la “Ley de Arbitraje y Mediación.

²⁴ VIDAL RAMIREZ, Fernando. “Manual de Derecho Arbitral”. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Cap. 8

²⁵ CAIVANO, Roque. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. Portal: www.limaarbitration.net.

²⁶ FILARTIGA LACROIX, Carlos A. “El Arbitraje en el Paraguay”. Bolsa de Comercio de Uruguay. Montevideo. 2000.

²⁷ Corte Suprema, 31/05/1999, in re Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos 322:1100.

para ejecutar forzosamente su decisión, que la ley vigente reserva a los tribunales civiles”²⁸.

No podemos escapar a la cuestión del *imperium*, esta es indudablemente una limitación de los tribunales arbitrales, sin embargo la misma ley se encarga de salvar esta cuestión, al otorgar a los tribunales arbitrales la posibilidad de hacer ejecutar lo juzgado a través de los tribunales ordinarios.

A mi parecer la falta de *imperium*, se debe más que nada al principio de la tutela judicial efectiva. El Estado intenta proteger el debido proceso mediante la reserva de la ejecución forzada de las sentencias para los tribunales ordinarios.

Sin embargo lo realmente importante, más allá de la falta de las facultades legales para hacer ejecutar lo juzgado, es que el laudo dictado por el tribunal arbitral tiene autoridad de cosa juzgada y total ejecutoriedad, como cualquier sentencia emanada de cualquier tribunal ordinario. Y esta autoridad de cosa juzgada se encuentra prevista inclusive de forma expresa en la ley²⁹.

6. La cláusula arbitral y el término jurisdicción.

La cláusula arbitral es la expresión mediante la cual se manifiesta el compromiso arbitral, este es el acuerdo en virtud del cual las partes se obligan a someterse a la jurisdicción arbitral ante cualquier divergencia que entre ellas surja. Así, “el arbitraje encuentra su reconocimiento en el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes”³⁰.

Si bien el arbitraje es una jurisdicción, en mi opinión, no estaríamos ante una cláusula arbitral por el solo hecho de haber pactado “la jurisdicción” como modo de resolución de una controversia.

La cuestión es clara, debemos recordar primeramente que el arbitraje “es un negocio jurídico, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que deberá expresar la voluntad de estas de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones que se hayan planteado o que puedan plantear respecto de una determinada relación jurídica”³¹, es decir, uno de los pilares del arbitraje es la voluntariedad del mismo mediante un consentimiento dado a través de la cláusula arbitral.

La declaración de voluntad debe ser clara e inequívoca. En ese sentido recordemos que es incluso motivo de nulidad del laudo cuando este “se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje...”³². A tal punto debe ser inequívoca la manifestación del consentimiento, teniendo en cuenta además que por intermedio de una cláusula

²⁸ Tribunal Constitucional Español, auto del 28/10/1993, Rev. Actualidad Jurídica Aranzadi, N° 126.

²⁹ Art. 45 “Ley de Arbitraje y Mediación.”

³⁰ ILLESCAZ ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar. “Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. 2003.

³¹ CREMADES, Bernardo M. “Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York”. Revista Peruana de Arbitraje N° 1. Editora Jurídica Grijley. Perú 2005

³² Art 34. “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, Art. 40 “Ley de Arbitraje y Mediación”.

arbitral las partes renuncian al derecho de reclamarse mutuamente sus derechos en la jurisdicción ordinaria.

El gran arbitro francés Yves Derains, nos habla de la interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria. Al efecto menciona un laudo de la Cámara de Comercio Internacional, en donde se resolvió que “en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenerse, en primer lugar al texto”³³. Continúa diciendo el laudo que “...la aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los Tribunales Estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje...”³⁴

En cuanto a la forma del acuerdo arbitral, este debe cumplir con el requisito de constar por escrito. Así, el Art. 10 de la “Ley de Arbitraje y Mediación establece que “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas o telegramas colacionados, en los que conste dicho acuerdo; o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo y sus términos, sea afirmada por una parte sin ser negada por otra”. De igual manera establecida en el Art. 7.2 de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional” y Art. II.2 de la “Convención de New York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”.

Existe también la posibilidad de una incorporación por referencia del acuerdo arbitral mediante la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. Esta posibilidad está prevista en el Art. 10 de la “Ley de Arbitraje y Mediación”, así como también en el Art. 7.6 de la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”.

Ahora bien, la inclusión del término “la jurisdicción” en una pretendida cláusula arbitral resultaría un hecho poco feliz, de más está decir que el término podría ser entendido como jurisdicción ordinaria o jurisdicción arbitral, y recordemos que la jurisdicción natural es la ordinaria.

Ante la interpretación del término “la jurisdicción” por si sola, se llegará indiscutiblemente a la conclusión de que se trata de la jurisdicción ordinaria. Diferente sería el caso de que se tratase de una relación jurídica en donde exista más de un contrato y en alguno de ellos se previese la vía arbitral como modo de resolución de conflictos, entonces habría varias formas de probar el consentimiento de la jurisdicción arbitral, como ser la “incorporación por referencia” o la “aceptación tácita”, inclusive la “extensión del tercero no signatario”³⁵.

³³ DERAINS, Yves. “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”. Madrid. 1985. Laudo dictado en el asunto N° 4.392 en 1983.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Al respecto de la “extensión a terceros no signatarios” ver artículo escrito por el árbitro argentino Roque Caivano denominado “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. Portal: www.limaarbitration.net.

Por eso, la recomendación es guardar todos los recaudos posibles al momento de la redacción de una cláusula arbitral. Es necesario utilizar términos como “el procedimiento arbitral”, “arbitraje”, inclusive “jurisdicción arbitral”, para designar a este procedimiento como el modo en que se resolverán las eventuales controversias.

De ser posible, se debe establecer también la sede del arbitraje, el idioma, el número de árbitros y la ley aplicable a la controversia. Existen, en tal sentido, modelos de cláusulas arbitrales en los Reglamentos de las Cortes de Arbitraje que nos podrían ser de gran utilidad como la de la Corte de Arbitraje de Madrid o el de la Cámara de Comercio Internacional, institutos que poseen basta trayectoria en el rubro.

7. Conclusión.

Al concluir el presente trabajo puedo afirmar con total convencimiento que en la actualidad la actividad desarrollada por los tribunales arbitrales es de naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, no se podrá decir que nos encontramos ante una cláusula arbitral por el solo hecho de establecer únicamente “la jurisdicción” como modo de resolución de una controversia.

Más allá del tecnicismo jurídico, el mundo arbitral y el judicial se encuentran entrelazados. El arbitraje colabora con el Poder Judicial porque ofrece la posibilidad de descongestionar el sistema judicial que se encuentra actualmente desbordado; y los árbitros necesitan de los jueces ordinarios para que estos revistan de *imperium* a las decisiones de aquellos. La administración de justicia mejorará si esta relación prospera.

Al mismo tiempo, la justicia es un servicio, y existe por parte del Estado una obligatoriedad de prestar ese servicio. Entonces, si es correcto afirmar que el hecho de la recarga estatal genera una merma en la calidad con la que se juzga, se podría decir también que se está privando del servicio de la justicia al usuario, desde el punto de vista de la calidad del servicio prestado. Es indudable que el ejercicio del arbitraje como vía alternativa implicaría una mejora en la calidad del servicio de la justicia por parte del Estado.

Es aspiración de la sociedad una correcta aplicación de la justicia, solo así se logrará la armonía necesaria para el bien común. En esa aplicación de la justicia el arbitraje juega un rol fundamental, es por ende responsabilidad de los operadores de justicia, jueces, abogados, y doctrinarios del derecho, fomentar este instituto que más que una simple vía alternativa de resolución de controversias, es el máximo instituto jurídico creado en virtud a la autonomía de las partes.

8. Bibliografía.

CAIVANO, Roque J. “Arbitraje”. 2da Edición. AD HOC. Buenos Aires. 2000.

CAIVANO, Roque. “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. Portal: www.limaarbitration.net.

CASCO PAGANO, Hernán Alberto. “Derecho Procesal Civil”. Editora Tricolor S.R.L. Asunción. 2000.

COUTURE, Eduardo J. “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. 3ra Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1.973.

CREMADES, Bernardo M. “Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York”. Revista Peruana de Arbitraje N° 1. Editora Jurídica Grijley. Perú 2005

DERAINS, Yves. “Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional”. Madrid. 1985.

FILARTIGA LACROIX, Carlos A. “El Arbitraje en el Paraguay”. Bolsa de Comercio de Uruguay. Montevideo. 2000

GUASP, Jaime. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil española”. Aguilar. Madrid. 1950.

ILLESCAZ ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar. “Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid. 2003.

NAVARRINE, Susana Camila, ASOREY, Rubén. “Arbitraje”. La Ley. Buenos Aires. 1992.

PALACIO, Lino Enrique. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Tomo I. 7ma Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987.

ROBERT, Jean. “L’arbitraje”. 6ta Edición. Dalloz. Paris. 1993.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. “Manual de Derecho Arbitral”. Gaceta Jurídica. Lima. 2009. Cap. 8

VILLAGRA MAFFIODO, Salvador. “Principios de Derecho Administrativo”. 2da Edición. Servilibro. Asunción. 2008.