

El Principio “*Competence-Competence*”; Análisis Comparativo y su Tratamiento en la Legislación de Arbitraje Paraguaya

Iván Filártiga Cantero¹

Sumario

Este ensayo expone un análisis comparativo referente al principio “*Competence-Competence*” y su aplicación alrededor del mundo. Para ello, el autor se refiere a diferentes legislaciones de arbitraje, como así también fallos que analizan la aplicación de este principio. También se hace un breve análisis de la inserción del principio en la legislación de arbitraje paraguaya. Al final, el autor ensaya unas breves conclusiones y propone algunas modificaciones en la legislación nacional de arbitraje, los cuales son necesarios a su criterio. Por último, el autor refiere cual sería el parámetro a seguir para que los cambios resulten en una mejora legislativa y judicial.

Abstract

This material addresses the application of the principle “*Competence-Competence*” in different legal systems. In doing so, the author refers to several legislations and case-law so related and how they have been applying this principle throughout the years. Also, the author focusses in both Paraguayan law and case-law. At the end, the author – taking into consideration relevant prior experience in other countries here referred to – draws brief conclusions and proposes some changes in the Paraguayan arbitration law. Also, the author indicates what would be – in his view – the appropriate method to implement the changes needed.

(I) Introducción

La dinámica del comercio actual, tanto a nivel nacional como internacional, obliga a la reevaluación constante de los instrumentos que el derecho contempla para

¹ Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. L.L.M. in International & Comparative Law, The George Washington University, Law School. Coordinador del Departamento de Litigación del Estudio Jurídico ALTRA Legal. Profesor Auxiliar en la Cátedra “Aplicación del Derecho Internacional a la Resolución Judicial” de la Escuela Judicial del Paraguay. Profesor Auxiliar en la Cátedra de Contratos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

dicho ámbito. Refiriéndome específicamente al derecho comercial, existe consenso en la idea de que cada vez son más necesarios –y por sobre todo,preciados– los mecanismos de soluciones de controversias comerciales que provean resultados rápidos, efectivos y de menor desgaste en el sentido amplio de la palabra. Y es que, justamente, las exigencias comerciales del mundo contemporáneo obligan a los participantes a buscar un método que posibilite dirimir las diferencias en sintonía con la dinámica comercial.

Es así que, el comercio actual ha identificado desde hace un buen tiempo a uno de sus enemigos más tenaces: la morosidad judicial². Es en esta intensa disputa, que hace sentir sus consecuencias a todas las personas relacionadas de alguna manera al derecho comercial, donde se origina la imperiosa necesidad de explorar otras vías para la solución de controversias. Una de ellas constituye el arbitraje. A su vez, como un subtipo del arbitraje se encuentra el arbitraje comercial y aquí me ocuparé exclusivamente de éste último. Y, con ánimo de no extenderme en demasía sobre el tema, me abocaré exclusivamente a analizar la “fricción” existente entre el arbitraje comercial y la jurisdicción ordinaria: ¿mi competencia o tu competencia?

En esta tarea, he optado por analizar la legislación referente al arbitraje comercial en distintos países, para luego culminar con la nuestra legislación nacional. Como he adelantado en el apartado anterior, me encuentro motivado a investigar –si bien de forma breve, pero también en un intento de obtener concisión– la interacción entre el arbitraje comercial y el Poder Judicial de nuestro país. Me consta que el tema ya ha sido tocado por estudiantes de derecho, profesores y por abogados, algunos de ellos juristas de reconocida solvencia en la materia, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. No obstante, creo que la situación actual de nuestro país y la posibilidad de su integración a la comunidad internacional, ya como un partícipe activo, hacen necesaria la revisión de la legislación de arbitraje nacional.

En un intento de atraer interés a los ojos del lector, considero de suma importancia recurrir a fallos extranjeros, doctrina nacional e internacional, como así

² La morosidad judicial no es responsabilidad exclusiva de los funcionarios judiciales ni de los magistrados. Éstos, como también los legisladores y abogados litigantes, son cómplices y a la vez víctimas de un sistema judicial precario. La reforma judicial es un tema que no debe ser tomado a la ligera; de su éxito –o fracaso– dependerá en gran medida la tan anhelada seguridad jurídica en nuestro país.

también distintas legislaciones arbitrales, que hoy en día se han convertido en herramientas no solo útiles, sino merecedoras de los más altos elogios por parte de la comunidad global, o al menos de su gran mayoría. Este conjunto de elementos citados, serán comparados con el razonamiento judicial nacional al final del presente trabajo. Asimismo, me permitiré ensayar algunas conclusiones personales. Si alguna de ellas, correctas o no, genera el mínimo debate, opinión, o tan solo un simple comentario con relación a lo aquí escrito, habré cumplido con el propósito que me ha motivado a escribir este ensayo.

También considero importante dejar en claro, desde temprano momento, la siguiente cuestión: el arbitraje comercial es una de las alternativas –pero no la única– a las disputas judiciales. Esto es sabido. Ahora bien, muchas veces escuchamos que el arbitraje, y en nuestro caso, el arbitraje comercial “es más rápido” o “es más barato que llevar un juicio ordinario por años”. Adelanto que estas afirmaciones no siempre resultan acertadas. El proceso arbitral, así como el proceso judicial, puede presentar varias dificultades en la realidad, al punto de resultar difícil diferenciarlos fácilmente en algunas ocasiones. Resulta entonces tarea nuestra, adelantar en forma hipotética las eventuales disputas que puedan surgir de una relación comercial; por sobre todo, ante quién o quiénes queremos someter las resultas de aquéllas y cómo.

(II) Nociones generales sobre el principio “Competence-Competence”

Este principio tiene sus orígenes en Tribunales de Alemania, bajo el nombre de “*Kompetenz-Kompetenz*”.³ No fue sino hasta el año 1975 donde vemos la aplicación de este principio a nivel internacional. El Profesor Francés René-Jean Dupuy, entendiendo como árbitro único en una disputa referente a la concesión de extracción de petróleo entre dos corporaciones petroleras (*Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co.*) contra la República del Líbano, sentó la idea básica en la cual se apoya el principio referido. En dicha disputa, el Profesor Dupuy entendió que es potestad del árbitro, y solamente suya, dictar una resolución referente a su propia competencia, en

³ El principio “Competence-Competence” o “Kompetenz-Kompetenz”, encuentra su origen en un fallo dictado por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955. En el mismo, el Tribunal dispuso que corresponde a los árbitros la facultad de (i) determinar el alcance del acuerdo arbitral; y, (ii) determinar su competencia y autoridad sobre el mismo.

virtud de una regla tradicional apoyada en jurisprudencia internacional que resulta reconocida unánimemente por la doctrina.⁴

A modo de fundamentar esta decisión que otorga las más amplias potestades al árbitro para expedirse sobre su competencia, el Profesor Dupuy se basó principalmente en la jurisprudencia internacional, citando casos específicos, entre ellos el caso *Nottebohm* (1953), en el cual la Corte Internacional de Justicia entendiendo en una disputa entre Liechtenstein contra Guatemala, al momento de juzgar una excepción preliminar de incompetencia opuesta por la última, resolvió que, no habiendo acuerdo en contrario, los tribunales internacionales tienen derecho a decidir sobre su propia competencia.⁵

En palabras simples, el principio no es otra cosa sino la capacidad que posee el tribunal arbitral, derivada de la propia legislación e instrumentada en la cláusula compromisoria, para decidir sobre su competencia. Ahora bien, esta capacidad no es exclusiva del tribunal arbitral, pero sí es anterior a la justicia ordinaria. Es decir, lo que establece el principio es una prioridad temporal a favor del tribunal arbitral para expedirse sobre cuestiones de competencia. Esta decisión, no obstante, puede ser revisada por la justicia ordinaria. La cuestión fundamental, radica pues, en observar en qué momento y bajo qué parámetros debería revisarse la decisión arbitral por parte de la justicia ordinaria.

A este principio, se suma el principio de la separabilidad de la cláusula arbitral. Así, independientemente a cualquier cuestión que pueda viciar la existencia o la validez del contrato donde conste la cláusula compromisoria, el tribunal arbitral posee la facultad de pronunciarse sobre su competencia, sin necesidad de recurrir –a priori– al órgano jurisdiccional⁶ y sin importar si el contrato donde consta el compromiso arbitral es declarado nulo o ineficaz.

En cuanto a la aplicabilidad del principio de separabilidad de la cláusula arbitral, traigo a colación un laudo arbitral originado en la disputa entre una compañía suiza

⁴ T. VARADY / J. BARCELÓ / A. VON MEHREN, *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, 4th ed., USA, West Academic Publishing, 2009, p. 129.

⁵ Fallo completo disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2057.pdf>

⁶ J.A. MORENO RODRÍGUEZ, *Arbitraje en el Paraguay*, Asunción, Editora Intercontinental, 2011, p. 125.

(*Losinger Co.*) y el gobierno yugoslavo. Simultáneamente a la tramitación del proceso arbitral, el gobierno yugoslavo unilateralmente dio por terminado el contrato principal, donde constaba la cláusula compromisoria. Ante esto, la compañía suiza se vio obligada a formular por segunda vez una demanda arbitral contra el mismo país; es decir, las partes eran las mismas.

En esta segunda demanda arbitral, el argumento del gobierno yugoslavo consistía en sostener que, ante la resolución del contrato principal, la cláusula arbitral no podría subsistir a dicha resolución contractual. Con respecto a este argumento, el árbitro único señaló que, en caso de acogerse la interpretación del gobierno yugoslavo, se estaría permitiendo que una parte, unilateralmente, pueda eludir la competencia del tribunal arbitral cuando que precisamente se había pactado arbitraje para este tipo de disputas.⁷ Inclusive, el árbitro fue tajante al sostener que la terminación unilateral de un contrato no tiene efecto alguno con respecto a la cláusula arbitral, la cual continúa con plena fuerza.⁸

No estamos entonces ante una cuestión menor. Por un lado, según el principio de origen germano, la competencia del tribunal arbitral, aun cuando fuera impugnada por una de las partes, puede ser resuelta por aquél. Y, por su parte, el principio de separabilidad de la cláusula arbitral nos dice que, aun si el contrato original, donde consta la cláusula compromisoria, fuese declarado nulo, la cláusula compromisoria sobrevivirá de todas formas a dicho contrato. Ambos principios, si bien no poseen idénticos objetivos, son invocados conjuntamente en la mayoría de las veces; se complementan.

Así, existe consenso sobre la idea de que los dos principios –el “*Competence-Competence*” y la separabilidad de la cláusula arbitral– constituyen los cimientos del arbitraje. Este ensayo trata exclusivamente el primero de los dos. Para ello, realizo un análisis comparativo del derecho civil o continental como también del derecho anglosajón; no olvidemos que el arbitraje comercial presenta, en un buen número de casos, una concurrencia de partes y árbitros de ambos sistemas de derecho. Esto vuelve aún más interesante las distintas implicancias sobre la competencia de los tribunales

⁷ T. VARADY / J. BARCELÓ / A. VON MEHREN (nota 2), p. 132.

⁸ *Ibíd.*

arbitrales, puesto que el debate suscitado entre corrientes distintas, enriquece de manera positiva una idea de homogeneización del arbitraje comercial.

(III) El Principio “*Competence-Competence*” y las Instituciones Comerciales Internacionales

El principio que me toca desarrollar, ha sido adoptado por las instituciones que hoy en día conducen los arbitrajes más importantes a nivel mundial. La importancia de estas instituciones radica en que, además de proveer las ventajas que un arbitraje institucional permite –como ser, la rápida coordinación entre las partes y el tribunal, por citar uno de ellos–, sus fallos son utilizados como referencia por la doctrina y la jurisprudencia comercial mundial. Veamos a continuación algunas de estas reglas institucionales de arbitraje comercial.

III.1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

El gran logro de la CNUDMI en materia de arbitraje, mayormente conocida como UNCITRAL (corresponden a las siglas en inglés), se debe sin duda alguna al éxito de su Ley Modelo Sobre Arbitraje Comercial Internacional del año 1985, con las enmiendas aprobadas en el año 2006. Esta Ley Modelo, inspiró la legislación contemporánea de arbitraje en 72 Estados de un total de 102 jurisdicciones⁹, habiendo algunos Estados Partes –Paraguay entre ellos– adoptado casi literalmente el texto del mencionado cuerpo legal. El aporte de la CNUDMI es altamente positivo, de ello no hay dudas. No obstante, debo hacer notar que la misma no administra arbitrajes institucionales, a diferencia de lo que sucede –por dar un ejemplo– con la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la cual conduce los arbitrajes más importantes en materia comercial.

La Ley Modelo dispone en su artículo 16(1) que es facultad del tribunal arbitral expedirse sobre su propia competencia, inclusive sobre las cuestiones que puedan plantear las partes referente a la existencia o validez sobre el acuerdo de arbitraje.

⁹ Véase:

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

Asimismo, dispone en su artículo 16(3) que si el tribunal arbitral se declara competente al resolver una cuestión previa, cualquiera de las partes podrá, dentro de los 30 días siguientes a la notificación, recurrir ante el tribunal –nacional– competente, cuya resolución será inapelable. No obstante, mientras que la solicitud judicial se encontrare pendiente, el tribunal arbitral podrá dictar un laudo.

III.2. La Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Hoy en día, la CCI constituye el foro de disputas comerciales internacionales más importante a nivel mundial. Una de sus principales características constituye la revisión que realiza la Corte Internacional de Arbitraje sobre la totalidad de los laudos arbitrales, antes de que éstos sean comunicados a las partes.¹⁰ Asimismo, el reglamento de arbitraje redactado por la CCI, debido a su amplia aceptación, es utilizado inclusive por arbitrajes *ad-hoc*.

El Reglamento CCI adopta en forma tajante el principio “*Competence-Competence*”. Tanto es así, que el Reglamento dispone: “...toda cuestión de jurisdicción...serán decididas directamente por el tribunal arbitral...”.¹¹ Esta regla, comprende una excepción en el caso de que el Secretario General de la CCI refiera el asunto a la Corte Internacional de Arbitraje.¹² Sin embargo, dentro de esta excepción, el principio de referencia juega un papel preponderante de todas maneras, ya que: “*En todos los casos decididos por la Corte bajo el Artículo 6(4), cualquier decisión relativa a la competencia del tribunal arbitral, excepto en relación con partes o demandas que la Corte decida que el arbitraje no debe proseguir, será tomado por el propio tribunal arbitral.*”¹³

Idéntica solución es adoptada por el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC) en el artículo 28 de su Reglamento de Arbitraje del año 2016. Hago referencia a este centro de arbitraje, ya que el mismo apunta a convertirse en la institución líder en materia de arbitraje comercial internacional en todo el continente asiático.

¹⁰ Reglamento de Arbitraje de la CCI, Art. 33.

¹¹ Art. 6(3), *ibíd.*

¹² Art. 6(4), *ibíd.*

¹³ Art. 6(5), *ibíd.* (Cursivas del autor).

III.3. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)

Esta institución también posee un reconocido prestigio a nivel global en materia de arbitraje comercial internacional. Prueba de ello constituye el hecho de que más del 80% de las partes que recurren a esta institución, no poseen la nacionalidad del Reino Unido.¹⁴ Es además la institución de arbitraje internacional más antigua, creada a finales del siglo XIX. Se asemeja así, en su ámbito y rango de acción, a la CCI. Sin embargo, ésta última posee un mayor rango de preferencia por las partes contratantes al momento de adoptar las cláusulas compromisorias standard y a la hora de elegir la institución arbitral.¹⁵

En el Reglamento de Arbitraje de la LCIA, la adopción del principio “*Competence-Competence*” se asemeja a la concepción francesa, a la cual me refiero a inicios de la sección IV del presente ensayo. Es así que, el artículo 23(1) del Reglamento de la LCIA de 2014 establece: “El Tribunal Arbitral podrá decidir acerca de su propia competencia, incluyendo las excepciones relativas a la existencia, validez o eficacia del convenio arbitral.”

El mismo artículo, en su último apartado dispone que se presume la renuncia de las partes de recurrir a cualquier corte nacional en lo que hace referencia a la competencia del tribunal arbitral, salvo que (i) exista un acuerdo escrito anterior que incluya a todas las partes del arbitraje; (ii) una autorización previa del tribunal arbitral, o; (iii) luego del laudo definitivo por el cual se resuelva cuestiones de competencia del tribunal arbitral.¹⁶

III.4. Otras instituciones

Además de las mencionadas, las cuales considero de mayor importancia en materia de arbitraje comercial internacional, existen otras instituciones que administran estos tipos de arbitraje y adoptan expresamente el principio “*Competence-Competence*”

¹⁴ <http://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx>.

¹⁵ Si tomamos como referencia el año 2015, encontramos que la CCI recibió 801 solicitudes de arbitraje, mientras que la LCIA recibió 332 solicitudes.

¹⁶ Reglamento de Arbitraje LCIA, Art. 23(5).

– la mayoría de ellas, por no decir todas, inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI, a la que me he referido a inicios de ésta sección.

Ejemplos de ellas constituyen la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) mediante su Centro Internacional Para la Resolución de Disputas (CIRD),¹⁷ la Corte Europea de Arbitraje,¹⁸ la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI),¹⁹ etc. Por su parte, en materia de arbitraje de inversión, se encuentra el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).²⁰

(IV) Aplicación de este principio en las distintas partes del mundo

Para desarrollar esta sección, centrémonos en dos grandes grupos de países. Por una parte, me referiré a la aplicación del “*Competence-Competence*” en Europa, Estados Unidos y China (1). Por la otra, expondré el tratamiento que merece este principio en algunos países de América Latina, ya que esta última región nos resulta de particular interés por cuestiones geográficas obvias (2). Así, el lector podrá contrastar la manera en que ambos sistemas de derecho interpretan la cuestión, como adelantara en la última parte de la sección II.

IV. 1. Europa, EE.UU. & China

En Francia, la aplicación del principio “*Competence-Competence*” resulta peculiar. Las cortes francesas entienden que el principio tiene una aplicación positiva y una negativa, categorización dada por el Profesor Emmanuel Gaillard²¹. La aplicación positiva consiste en permitir a los tribunales arbitrales decidir sobre su competencia; mientras que la aplicación negativa consiste en el hecho de vedar a las cortes francesas la posibilidad de entender sobre cuestiones de competencia que pudieran suscitarse en una contienda. Como vemos, el principio tiene una aplicación dual en el derecho galo, la cual se inclina visiblemente hacia el reconocimiento de una amplia competencia arbitral.

¹⁷ Reglamento sobre Arbitraje Internacional CIRD (2014), Art. 19.

¹⁸ Reglamento sobre Arbitraje de la Corte Europea de Arbitraje, Art. 13.

¹⁹ Reglamento de Arbitraje de la OMPI (2014), Art. 36.

²⁰ Reglas de Arbitraje CIADI, Regla 41(2).

²¹ FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, Editado por E. Gaillard y J. Savage, La Haya, Kluwer Law International, 1999, p. 396.

El desmembramiento positivo y negativo que encontramos en Francia tiene origen en sus cortes. Posteriormente, el Parlamento Francés, enmendando la ley de forma, introduce la doctrina del efecto negativo. Así, el artículo 1458 del Código Procesal Civil Francés, en su segundo apartado, dispone: “...Si el tribunal arbitral no estuviera aun conociendo de la controversia, el tribunal estatal deberá igualmente declararse incompetente, a no ser que el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo.” Si bien originalmente esta disposición aplicaba exclusivamente al arbitraje doméstico, la jurisprudencia francesa –y posteriormente, la reforma de la legislación arbitral del 2011– han extendido al ámbito internacional la aplicación de la doctrina del efecto negativo del principio.²²

A decir de la norma procesal transcrita, las cortes francesas deben aguardar a que el tribunal arbitral se expida sobre su competencia en primer término para poder entender en la contienda referente a la competencia, a no ser que la cláusula compromisoria sea “manifiestamente nula”. Sin embargo, este último supuesto impone una tarea no fácil de alcanzar por parte de las cortes, constituyendo así una excepción no muy frecuente. Con esto, surge de manifiesto que el derecho francés actual se inclina a poner en manos de los árbitros, casi de manera exclusiva, la cuestión de la competencia, al menos en la etapa incipiente²³ del proceso arbitral.

Inglaterra, por su parte, no ha demostrado una aceptación tan contundente del principio “*Competence-Competence*”; al menos no como la francesa. En otras palabras, la jurisprudencia británica se ha demostrado más intervencionista. A los efectos de exponer la perspectiva británica sobre esta cuestión, y teniendo en cuenta la fuerte influencia de la doctrina de los precedentes imperante en el derecho anglosajón, creo conveniente remitirme a un fallo de la Corte Suprema del Reino Unido, para así poder analizar cómo es encarada la competencia del tribunal arbitral en las cortes británicas. En efecto, el fallo envuelve una disputa entre una corporación, un *Trust* y el gobierno de Pakistán.²⁴ A continuación, expongo los antecedentes del caso.

²² T. VARADY / J. BARCELÓ / A. VON MEHREN (nota 3), p. 143.

²³ Sin embargo, cabe señalar que cuando hablamos de *ejecución* de un laudo arbitral en cortes francesas, éstas poseen amplias libertades para decidir sobre la existencia, validez y alcance de la cláusula compromisoria.

²⁴ Véase: http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2009_0165_Judgmentv2.pdf.

La corporación *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co.* suscribió un contrato con un *Trust* denominado *Awami Hajj* creado por el gobierno de Pakistán (el gobierno, como tal, no suscribió el contrato). El contrato tenía como objeto la construcción de hospedajes para peregrinos que visitaban lugares sagrados en Arabia Saudita. Posteriormente, y debido al cambio de gobierno de Pakistán, la relación contractual fue deteriorándose por lo que *Dallah Co.* inició los procedimientos de arbitraje contra Pakistán ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en Francia, siendo también la ley francesa la escogida por las partes para las cuestiones de fondo.

El gobierno de Pakistán negó, tanto en el proceso arbitral como en la posterior litigación ante las cortes británicas, cualquier tipo de responsabilidad contractual, sosteniendo que, si bien el *Awami Hajj Trust* fue creado por el gobierno Pakistání, éste último no suscribió el contrato en tal carácter. Las defensas sobre la incompetencia del tribunal arbitral esgrimidas por el gobierno pakistání fueron rechazadas por el tribunal arbitral en un laudo preliminar, aplicando el principio “*Competence-Competence*”. Luego, después de 8 años de arbitraje entre las partes, el tribunal dictó el laudo definitivo, condenando al gobierno Pakistání a pagar la suma de USD 20.588.040 a la corporación solicitante.

Así, la vencedora intentó la ejecución del laudo arbitral en las cortes británicas; sin embargo, éstas negaron la ejecución bajo el argumento de que el gobierno pakistání no prestó su consentimiento para ser parte del contrato donde constaba la cláusula compromisoria. La Corte Suprema del Reino Unido, si bien reconoció la necesidad de dar a los árbitros la capacidad de determinar el alcance de su autoridad respecto a una disputa arbitral, no aplicó el principio “*Competence-Competence*” alegando que el gobierno pakistání no había prestado su consentimiento para ser parte del proceso arbitral. Esta corte, apoyándose en una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos –a la cual me refiero más abajo– concluyó que no puede darse deferencia al principio “*Competence-Competence*” aplicado por el tribunal arbitral, cuando existen vicios con respecto al acuerdo arbitral que otorgó competencia a dicho tribunal.²⁵²⁶

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Sin embargo, debo hacer notar que la Corte de Apelaciones del Reino Unido en un fallo del año 2007 (*Fiona Trust & Holding Corporation v. Yuri Privalov*), ha entendido que inclusive en casos donde soborno

Aquí aprovecho para realizar un contraste interesante: la Corte Suprema del Reino Unido, no permitió la ejecución del laudo dictado por el tribunal arbitral de la CCI. Sin embargo, *Dalla Co.*, valiéndose de la Convención de Nueva York²⁷, pudo ejecutar el mismo laudo arbitral en Francia, cuyas cortes interpretaron que el gobierno pakistaní sí había prestado consentimiento para firmar el contrato donde constaba la cláusula compromisoria. En esta disputa, tanto las cortes francesas como inglesas aplicaron la ley francesa. No obstante, las cortes francesas reconocieron la validez del laudo arbitral mientras que las cortes inglesas no lo hicieron. Mismos ingredientes pero con un resultado antagónico.

En Alemania, la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en inglés) fue introducida –con pequeñas modificaciones– gracias a la reforma de la Ley de Arbitraje de 1998. Una de las peculiaridades de esta ley consiste en la posibilidad que poseen las partes de solicitar un pronunciamiento judicial referente a la validez de la cláusula compromisoria, inclusive antes de la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, esta facultad de las partes no veda la posibilidad de iniciar los procedimientos arbitrales, aun cuando el proceso judicial se encuentre en pleno trámite.²⁸ Austria, por su parte, prevé idéntica solución en su legislación de arbitraje.²⁹

La Corte Federal de Justicia Alemana se ha referido al principio “*Competence-Competence*”. Las partes de una disputa suscribieron una cláusula por la cual se pretendía vedar a las cortes germanas la posibilidad de revisar un pronunciamiento del tribunal arbitral referente a la validez de la cláusula compromisoria. Así, en un fallo del 24 de julio de 2014, reafirmando su posición asentada en un fallo del año 2005, la corte dejó en claro que sin importar lo estipulado por las partes, la revisión por parte del órgano jurisdiccional sobre la decisión del tribunal arbitral referente a su propia competencia, no puede ser vedada por acuerdo de partes. A entender de esta corte, la

es alegado, el tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia. Véase http://www.supremecourt.gov.uk/docs/UKSC_2009_0165_Judgmentv2.pdf.

²⁷ Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

²⁸ Sección 1040 de la Ley de Procedimientos Civiles de Alemania (*Zivilprozessordnung*).

²⁹ Sección 592 de la Ley Austriaca de Arbitraje (*ÖSTERREICHISCHES SCHIEDSRECHT*).

facultad jurisdiccional de revisión es una disposición obligatoria introducida por la Ley de Arbitraje de 1998.³⁰

Italia, si bien adopta algunas de las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, acoge el principio “*Competence-Competence*” en forma particular. Así, la decisión del tribunal arbitral respecto a su competencia, puede ser recurrida ante la corte de apelaciones. Por su parte, si la demanda es planteada ante una corte ordinaria, la jurisdicción de ésta puede ser impugnada invocando la existencia de una cláusula compromisoria; asimismo, la decisión de aquélla puede ser recurrida ante la *Corte Suprema di Cassazione*. Ahora bien, la legislación italiana prevé que la competencia del tribunal arbitral no resulta excluida por la existencia de un proceso judicial respecto a la misma disputa. Sin embargo, una vez que exista una resolución sobre cuestiones de fondo –ya sea por parte del tribunal arbitral o por la corte nacional– el proceso paralelo quedará concluido automáticamente.

En Estados Unidos, el principio de referencia fue tratado por la Corte Suprema en una opinión del Miembro Stephen Breyer en el caso *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan, Et Ux. & MK Investments, Inc.* La cuestión central aquí consistía en determinar cómo las cortes estadounidenses deberían analizar una decisión del árbitro referente a la arbitrabilidad de la disputa.³¹ La Corte Suprema dispuso que, al analizar las cuestiones que las partes decidieron someter a arbitraje (incluyendo la arbitrabilidad misma) las cortes deben aplicar los principios de derecho estatales que rigen la formación de los contratos.³² Sin embargo, la Corte Suprema aquí agregó una importante regla: las cortes no deben asumir que las partes accedieron a arbitrar sobre la arbitrabilidad de la disputa, a menos que exista una “clara e inequívoca” evidencia de que así lo hayan deseado.³³

Nuevamente, me permito realizar aquí un paréntesis para contrastar dos interpretaciones del principio “*Competence-Competence*”; la interpretación francesa y la interpretación estadounidense. A decir de la segunda, instrumentada en *First Options of*

³⁰ R. HAPP / T. RAUSCHNING / G. SCHERPF, “The European, Middle Eastern and African Arbitration Review 2016 – Germany” disponible en: <http://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern-and-african-arbitration-review-2016/1036948/germany>.

³¹ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 944 (U.S. 1995).

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

Chicago, Inc., si bien el tribunal arbitral posee la autoridad para expedirse sobre su propia competencia, ésta no resulta exclusiva. Así, la parte que se resista al arbitraje podrá recurrir a las cortes solicitando un pronunciamiento judicial. Esto significa que la corte, si bien puede decidir que la contienda compete al tribunal arbitral, está de todos modos ejerciendo su autoridad jurisdiccional al decidirlo.³⁴ Y lo más importante: no se encuentra vedada para ello. Esto, como hemos visto al principio, no es concebible en el sistema de derecho francés, -al menos no en la etapa incipiente del proceso arbitral- que adopta la interpretación positiva y negativa del principio aquí tratado.

En contrapartida, la República Popular de China (más conocida simplemente como China), primera potencia económica mundial por PIB en términos de paridad de poder adquisitivo³⁵, no prevé el principio “*Competence-Competence*” en su legislación de arbitraje. La validez de una cláusula compromisoria, en caso de ser impugnada, será resuelta por las cortes nacionales o bien por una comisión de arbitraje – generalmente la Comisión Internacional China de Arbitraje Económico y Comercial (CIETAC). De esta manera, el tribunal arbitral *per se* no tiene poder de decisión alguno para decidir sobre su competencia.³⁶ Por último, en el caso de darse el supuesto de fallos contradictorios entre una comisión de arbitraje y una corte nacional, el fallo de ésta última prevalecerá.³⁷

IV. 2. América Latina

Es importante hacer notar que en Latinoamérica, la cuestión de legislación arbitral puede ser agrupada en dos grupos: las legislaciones monistas y las dualistas. En el primer grupo –legislaciones monistas– encontramos a Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela. En el segundo grupo –legislaciones dualistas– tenemos a Chile, Colombia, Uruguay, Cuba y Ecuador. La cuestión de monismo y dualismo no es otra cosa que la diferenciación legal de acuerdo al tipo de arbitraje, sea nacional o doméstico, o bien, internacional.

³⁴ Me refiero a las cuestiones preliminares de competencia que pueden ser suscitadas en toda demanda arbitral.

³⁵ <http://www.imf.org/external/data.htm>.

³⁶ Ley de Arbitraje de la República Popular de China, Art. 20.

³⁷ *Ibíd.*

Los países latinoamericanos no se han mantenido al margen de la reforma en materia de legislación arbitral. Así tenemos que las principales reformas se dieron en México (1993), Guatemala (1995), Brasil (1996), Bolivia (1997), Costa Rica (1997 y 2011), Venezuela (1998), Honduras (2000), El Salvador (2002), Paraguay (2002), Chile (2004), Perú (2008), Colombia (2012) y Panamá (2013). Especial mención merecen los casos de Perú, Chile y Paraguay, puesto que estos países han adoptado prácticamente en su totalidad la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. También han seguido esta línea México y Guatemala, aunque en menor grado. A continuación me refiero a algunos de los citados países en forma específica.

Brasil, adopta el principio “*Competence-Competence*” en el artículo 8 de la Ley Brasileña de Arbitraje de 1996. La jurisprudencia brasileña, y en especial las decisiones del *Superior Tribunal de Justiça*, se han encargado de dejar en claro que los tribunales arbitrales tienen preferencia a la hora de decidir sobre su propia competencia, en concordancia con el principio aquí tratado. Sin embargo, en un fallo relativamente reciente, esta “preferencia” no fue tenida en cuenta por la Corte de Apelaciones de *Rio Grande do Sul*. Veamos el caso³⁸.

La *Companhia de Geração Térmica de Energia Elétrica* (demandante) inició una acción de nulidad de contrato y otros documentos que fueron supuestamente modificados o creados –al margen de la ley– por la empresa *Kreditanstalt Fur Wiederaufbau Bankengruppe* (demandada). La demandante ofreció como prueba instrumental un informe policial que señalaba que el contrato, en el cual constaba la cláusula compromisoria, efectivamente sufrió alteraciones unilaterales. El juez de primera instancia rechazó la demanda, argumentando que era potestad del tribunal arbitral, de acuerdo al artículo 8 de la Ley de Arbitraje Brasileña, expedirse sobre la validez del contrato.

En apelación, la Corte de Apelaciones de *Rio Grande do Sul* revocó la decisión del inferior. Esta corte entendió que, si bien el principio “*Competence-Competence*” debe ser considerado, la prueba instrumental consistente en el informe policial –el cual

³⁸ Resumen del fallo disponible en: <http://kluwarbitrationblog.com/2014/03/19/is-the-competence-competence-principle-threatened-in-brazil>.

concluía que el contrato fue adulterado— resulta prueba suficiente para anular – judicialmente— el contrato donde constaba la cláusula compromisoria. La corte sostuvo además que no había suficiente evidencia que demuestre que las partes acordaron suscribir la cláusula compromisoria, por lo que la anulación de dicha cláusula resultaba procedente. Sin embargo, debo señalar que este fallo ha sido considerado como un “accidente” dentro del sistema judicial brasilero, el cual ha demostrado un reconocimiento expreso sobre la competencia de árbitros en disputas comerciales.

Argentina, cuya doctrina y jurisprudencia resultan favoritas en nuestros tribunales a la hora de fundamentar fallos, no ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI. Es más, el país vecino ni siquiera posee una ley de arbitraje nacional, apoyándose únicamente en la jurisprudencia de sus tribunales, hecho que le ha valido numerosas críticas. Personalmente, considero particularmente grave que hoy en día un Estado no contenga una legislación de arbitraje; más aun tratándose de un Estado que se rige por el derecho continental, en el cual la jurisprudencia no tiene el peso que sí posee en el sistema anglosajón.

Aclarado esto, debo señalar que el principio “*Competence-Competence*” ha sido ampliamente reconocido en la jurisprudencia argentina. Su reconocimiento se remonta a un fallo del año 1918, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dispuso que un tribunal arbitral tiene la facultad de decidir sobre su propia competencia.³⁹ Un fallo más reciente –2009– reafirma la aplicación del principio de referencia, al tiempo de esclarecer cuestiones que enriquecen la interpretación del mismo. Veamos el caso⁴⁰.

Una empresa de Liechtenstein dedicada a la industria química (*Harz Und Derivate*, demandante), inició los procedimientos de arbitraje contra la empresa *Akzo Nobel Coating S.A.* (demandada), una subsidiaria argentina de la multinacional con sede en Ámsterdam, ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. La cláusula compromisoria, no especificaba la ley aplicable al arbitraje, ni tampoco especificaba si el arbitraje debía ser de derecho o de equidad. El tribunal

³⁹ CSJN, 19/12/1918, *Otto Frank y Cía. c Provincia de Buenos Aires*.

⁴⁰ Véase: <http://globalarbitrationreview.com/article/1029251/argentina-court-clarifies-competence-competence>.

arbitral decidió que era competente para resolver el caso como amigables compondores (arbitraje de equidad). La demandada apeló esta decisión, arguyendo que el tribunal arbitral era incompetente para expedirse sobre la disputa.

Sin embargo, ni el Régimen Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, ni tampoco el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, prevén el recurso de apelación ante un arbitraje de equidad. A pesar de esta importante ausencia, la empresa demandada basó su apelación en el artículo 16(3) de la Ley Modelo de la CNUDMI, la cual como he señalado, no fue incorporada por la legislación argentina. La argumentación de la demandada no merece análisis alguno, por su total improcedencia. Lo que sí merece nuestra atención es lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Es así que, como primer punto la Cámara ha reconocido la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia; incluyendo la facultad de decidir sobre la validez de la cláusula compromisoria y la facultad de decidir si la disputa en particular fue prevista por la misma cláusula. Lo que es más importante, la Cámara clarificó que el principio “*Competence-Competence*” no otorga el derecho exclusivo al tribunal arbitral para decidir sobre su competencia, pero sí le otorga prioridad para ello. La Cámara también dispuso que los arbitrajes de equidad no pueden ser sujetos a apelación por las partes, sólo pueden ser sujetos a anulación, pero bajo condiciones especialísimas y por medio de un procedimiento posterior al laudo definitivo.

Perú, y por sobre todo su legislación de arbitraje, merecen especial mención en este ensayo. El legislador peruano, se permitió derogar una ley de arbitraje (1996) basada en la Ley Modelo de la CNUDMI, promulgando una novedosa legislación de arbitraje (2008) que recoge, por una parte, las enmiendas del año 2006 de la CNUDMI, y por otra parte, incorpora los avances de las legislaciones arbitrales de España, Suecia, Bélgica, Alemania, Inglaterra, Suiza y EEUU.⁴¹ Es decir, Perú ha acogido la experiencia –buena, según los propios peruanos– que su hoy derogada ley de arbitraje le ha brindado, para luego promulgar una legislación basada en (i) la experiencia previa, y (ii)

⁴¹Véase: http://www.peruarbitraje.org/pdf/Ley%20Peruana%20de%20Arbitraje/NUEVA_LEY_PERUANA_DE_ARBITRAJE_2008.pdf.

el derecho comparado. La concurrencia de estos dos elementos, al menos en materia legislativa, no puede ser mala.

En lo que hace al principio “*Competence-Competence*”, la legislación de arbitraje peruana realiza ciertas precisiones que merecen ser mencionadas. Es así que, el texto legal contempla al tribunal arbitral como el *único competente* para decidir cuestiones que sobre su competencia se susciten.⁴² No sólo esto, sino que la ley también procede a enumerar, de manera expresa, cuales son las excepciones que el tribunal arbitral puede entender, como ser las de caducidad, prescripción, cosa juzgada y *cualquier otra* que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.⁴³ Con respecto al arbitraje internacional, la ley hace una distinción según el arbitraje haya sido o no iniciado.

Si el arbitraje –internacional– no se encuentra iniciado, las cortes nacionales solo podrán denegar la excepción de convenio arbitral cuando comprueben que éste resulta manifiestamente nulo “*de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia*”, a no ser que el convenio cumpla con los requisitos establecidos por el derecho peruano, lo que lo tornará válido.⁴⁴ Por su parte, en el caso de que el arbitraje ya hubiere iniciado, las cortes sólo podrán rechazar la excepción de convenio arbitral cuando se compruebe que la cuestión violentare el orden público internacional en forma manifiesta.⁴⁵

Chile, siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI en lo atinente al principio aquí tratado, ha adoptado el principio en forma clara. Así, la legislación chilena –Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional–, en su artículo 16(1), ha optado por transcribir literalmente la disposición que reconoce el principio “*Competence-Competence*” en la Ley Modelo.⁴⁶ Desde mi punto de vista, la decisión chilena de introducir literalmente esta disposición de la Ley Modelo en su legislación, resulta

⁴² Ley Peruana de Arbitraje del 2008, Art. 41(1).

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ Art. 13(7), *ibíd.* (Cursivas del autor).

⁴⁵ Art. 16(4), *ibíd.*

⁴⁶ El artículo 16 (1) de la Ley Chilena n.° 19.971 prescribe: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”

plausible. De esta manera, los actores del comercio internacional pueden saber de antemano los parámetros jurídicos en el país andino, al menos en lo que hace al arbitraje comercial internacional.

Como he señalado al inicio de esta sección, Chile es uno de los países de corriente dualista en materia de legislación de arbitraje. Sin embargo, teniendo en cuenta que su ley de arbitraje doméstico remonta sus orígenes a finales del siglo XIX – Ley Orgánica de Tribunales del año 1875–, la “nueva” Ley N° 19.971 (2004), al poseer el carácter de *lex specialis*, deja sin efecto las disposiciones de la añosa legislación de arbitraje doméstico que generen controversia con aquélla.

Colombia, también de corriente dualista, adopta el principio de referencia tanto para el arbitraje doméstico como para el arbitraje internacional. En lo que hace al primero de ellos, la legislación se inclina visiblemente hacia la competencia del tribunal arbitral, disponiendo que la decisión de éste –en lo que hace a cuestiones sobre su competencia– prevalecerá sobre cualquier otra decisión en sentido contrario dictada por el juez ordinario o contencioso administrativo, sin perjuicio del procedimiento de anulación que pueda surgir posteriormente.⁴⁷ Con respecto al arbitraje internacional, al igual que la legislación Peruana de arbitraje, la ley Colombiana procede a enumerar cuales son las excepciones que pueden ser decididas por el tribunal arbitral.⁴⁸

Panamá, ha registrado un anecdótico fallo que denota una falta de comprensión del principio “*Competence-Competence*”. Es así que, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en un fallo del año 2001, declaró inconstitucional el artículo 17 del Decreto Ley N° 05 del año 1999 –legislación panameña de arbitraje– por el cual se adoptaba el principio aquí tratado.⁴⁹ La Corte interpretó que permitir a los árbitros expedirse sobre su propia competencia, violentaría contra el debido proceso y la libertad de acceso a los

⁴⁷ Ley Colombiana N° 1563 del año 2012, Art. 29.

⁴⁸ Art. 79, *ibíd.* “El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquiera otra que tenga por objeto impedir la continuación de la actuación arbitral...”

⁴⁹ E. SILVA ROMERO / F. MANTILLA ESPINOSA, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá, Legis, 2008, pp. 583-584.

jueces del Estado.⁵⁰ Notablemente, la Corte no entendió que el principio de referencia no resulta un escape de las cortes nacionales, sino una regla de prioridad en el tiempo a favor de los árbitros.

Felizmente, el error manifiesto en el que incurrió la Corte Suprema de Panamá, ha sido subsanado luego de la reforma constitucional del año 2004. Una de las – atinadas– reformas giro en torno a la competencia de los tribunales arbitrales. Así, el artículo 202 de la Constitución Nacional hoy vigente en el país caribeño establece: “La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. *Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.*” (Cursivas del autor).

También debo señalar que Panamá ha promulgado en el año 2013 una legislación de arbitraje que rige para el arbitraje nacional e internacional.⁵¹ Lo novedoso con respecto a esta legislación, consiste en que la misma establece que, ante la decisión del tribunal arbitral respecto a su propia competencia, la única habilitada para entender en apelación es la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de dicho país, habilitando inclusive al tribunal arbitral a dictar un laudo definitivo, ínterin se tramite la apelación ante el máximo órgano jurisdiccional.⁵² Importante disposición, ya que habilita de forma directa al máximo órgano jurisdiccional para resolver la cuestión, eliminando los trámites previos y con ellos las demoras frecuentes.

Por último, Costa Rica (dualista), adopta el principio de referencia en su legislación de arbitraje doméstico (1997) así como también en su legislación de arbitraje internacional (2011). Lo novedoso con respecto a la legislación del 2011, consiste en que la misma establece idéntica solución que la panameña en caso de impugnarse el laudo sobre la competencia del tribunal arbitral, habilitando directamente a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá a entender la controversia, sin

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ Ley N° 131 del 31 de diciembre de 2013 “Que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá y dicta otra disposición”.

⁵² Art. 32, *ibíd.*

restringir la competencia del tribunal arbitral para dictar un laudo definitivo, entretanto se tramite la apelación.⁵³

(V) El “*Competence-Competence*” y su aplicación en Paraguay

Luego del análisis sobre distintas legislaciones y la aplicación del principio, más que nada referencial, me permito ahora centrar el análisis en nuestra legislación nacional en materia de arbitraje (1) y la interpretación judicial que los tribunales realizan sobre el “*Competence-Competence*” (2). A fin de cuentas, fue ésta sección la que me motivara en un primer momento a escribir el presente ensayo.

V.1. Legislación

Primeramente, debemos recordar que nuestra legislación de arbitraje –Ley N° 1.879 de Arbitraje y Mediación del año 2002– basada principalmente en la Ley Modelo de la CNUDMI, ha derogado de manera expresa los artículos 774 a 835 del Libro V “Del Proceso Arbitral” del Código Procesal Civil Paraguayo. Si bien parece innecesaria hacer mención a esta cuestión, existen fallos judiciales recientes –2015– que hasta ahora no se percatan de dicha derogación.⁵⁴

Ahora bien, hemos visto que nuestro país se ubica entre los Estados de corriente monista, en lo que hace a la legislación de arbitraje. Así, la ley paraguaya legisla expresamente tanto para el arbitraje comercial nacional como internacional, en igual sentido. Así, Paraguay –plausiblemente– ha hecho uso de la opción planteada por la CNUDMI, en su nota explicativa a la ley modelo, a los Estados que quieran aprovechar la oportunidad para modernizar su legislación arbitral doméstica.⁵⁵

Para interpretar el principio “*Competence-Competence*” en la legislación nacional, debemos recurrir a dos artículos específicos. Primeramente, notamos que el artículo 19 de la Ley N° 1.879/2002 adopta el principio de referencia al señalar que: “*El*

⁵³ A. HIERRO / C. CONEJERO, *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*, 2.ª ed., Madrid, LA LEY, 2012, p. 260.

⁵⁴ AyS N° 361 de fecha 30.06.15, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Quinta Sala.

⁵⁵ J.A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 5), p. 30.

tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje...”. Hasta aquí todo bien y en concordancia con la Ley Modelo de la CNUDMI. Sin embargo, la legislación nacional introduce un condicionamiento poco feliz en el mismo articulado, como vemos a continuación.

Así, dentro del mismo artículo 19 nuestro legislador, si bien reconoce la competencia del tribunal arbitral sobre las excepciones que pudieran plantear las partes de la contienda, permite, en el caso de que el tribunal arbitral se declarase competente resolviendo como cuestión previa, recurrir al juez ordinario. Lo más perjudicial: mientras los trámites judiciales se encontraren pendientes, el tribunal arbitral no podrá dictar un laudo definitivo.⁵⁶ Esta disposición, si bien pretende evitar pronunciamientos contradictorios, vicia la esencia misma del arbitraje, puesto que condiciona a las partes a un pronunciamiento judicial, cuando que las mismas –al menos presumiblemente– acordaron evitar la justicia ordinaria.⁵⁷

La otra disposición a ser tenida en cuenta a la hora de interpretar cuestiones de competencia del tribunal arbitral o del juez ordinario, es el artículo 11 de la Ley N° 1.879/2002. Este artículo impone una obligación al juez ordinario al cual se somete un litigio arbitrable, de remitir a las partes al arbitraje –cuando las mismas así lo hubiesen pactado– a menos que se compruebe que dicho acuerdo es “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. Entonces, si bien la norma en un primer vistazo parece inclinarse por la competencia arbitral, no obstante habilita al juez ordinario a atribuirse la competencia para indagar y decidir sobre la cláusula compromisoria, declarándola nula, ineficaz o de ejecución imposible.

V. 2. Interpretación Judicial Nacional

No he encontrado, al menos durante mi investigación, una variedad de fallos nacionales que traten el principio “*Competence-Competence*”. Esto se debe, indudablemente, a la poca –pero creciente– utilización del arbitraje como herramienta

⁵⁶ La Ley Modelo, en su artículo 16(3) dispone lo contrario al sostener que mientras la tramitación judicial se encontrare pendiente, el tribunal arbitral PODRÁ dictar un laudo.

⁵⁷ Si bien el artículo dispone que el Juez debe resolver la cuestión en un plazo de siete días, bien sabemos que en la práctica, esto podría demorarse por meses e inclusive años en algunos casos.

para la resolución de disputas comerciales en nuestro país. Encontré, sin embargo, un fallo⁵⁸ dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la capital, Tercera Sala, en el cual la aplicación del principio de referencia es tratada –y explicada– en forma clara, con precisiones que enriquecen a la interpretación judicial del mismo. A continuación realizo una síntesis del caso.

Las partes de la disputa suscribieron un contrato de franquicia. En el contrato se consignó una cláusula compromisoria, de redacción confusa. Lo que resulta peor, en el mismo contrato, se consignó una cláusula de resolución de controversias, por la cual se dispuso “*Para todos los efectos emergentes del presente contrato las partes se someten a la jurisdicción y competencia de los juzgados y tribunales de la ciudad de Asunción...con exclusión de cualquier otra jurisdicción.*” Claramente, la cuestión no gira tanto en torno a la competencia; aquí nos encontramos ante una contradicción manifiesta en las cláusulas contractuales. Esto, indefectiblemente, vicia con *ineficacia* a la cláusula compromisoria y el juez o tribunal se encuentra plenamente facultado para así declararlo.⁵⁹

Independientemente a la *ineficacia* manifiesta de la cláusula compromisoria, la parte que opuso la excepción de convenio arbitral, pretendía –erróneamente– que el órgano judicial remita la disputa al tribunal arbitral, de forma inmediata y sin ningún tipo de juzgamiento, alegando el principio “*Competence-Competence*”. Aquí debo resaltar lo siguiente: si la disputa hubiese sido iniciada directamente ante el tribunal arbitral, los árbitros sí podían haber decidido sobre su propia competencia, en virtud del principio referido y consagrado por el artículo 19 de nuestra ley de arbitraje.⁶⁰ Sin embargo, teniendo en cuenta que la disputa fue iniciada ante la justicia ordinaria, primero el juez y luego el tribunal de apelaciones, se encontraban plenamente facultados a decidir sobre la eficacia de la cláusula arbitral en virtud del artículo 11 del mismo cuerpo legal.

Como he señalado, la contradicción de las cláusulas contractuales era tal, que la *ineficacia* de la cláusula compromisoria resultaba manifiesta. Así lo entendió el juez

⁵⁸ A.I. N° 150 de fecha 07.04.14 dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, 3ra. Sala, en el juicio: “EDUPCA C/ ROSARIO DEL PILAR LOPEZ S/ INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS”.

⁵⁹ Ley N° 1.872/2002, Art. 11.

⁶⁰ Decisión sujeta, no obstante, a una eventual apelación ante el juez ordinario.

originario, cuyo criterio fue confirmado por el tribunal de alzada. Este razonamiento, de ninguna manera atenta contra el principio “*Competence-Competence*”, ya que el error aquí consistió en la redacción de un contrato ambiguo, cuyas cláusulas previeron distintos mecanismos de resolución de conflictos para cuestiones idénticas. Reitero, el hecho de acudir primeramente al órgano judicial, en presencia de una cláusula compromisoria, no significa impedir automáticamente al juez ordinario expedirse sobre su competencia.

(VI) Conclusiones

Nuestro país ha promulgado leyes que nos obligan a replantear las herramientas comerciales que en el ámbito del derecho utilizamos como profesionales. El fortalecimiento de la industria nacional, la consolidación de empresas extranjeras en nuestro país y la estabilidad actual de la economía nacional exigen un acompañamiento acorde por parte de estudiantes de derecho, abogados y magistrados. Es tarea nuestra imbuirnos de nuestras normativas recientes –oportunísimas, a mi criterio– y a partir de ellas construir un andamiaje comercial de primera línea; actualizado, con reglas claras y jurídicamente seguro por sobre todo.

Ya hemos adelantado que el comercio internacional se encuentra experimentando un dinamismo sin precedentes. También es importante señalar que los aforismos latinos redundantes en los escritos y sentencias judiciales, el formalismo excesivo exigido por algunos magistrados, la aplicación de un silogismo jurídico hasta casi fanático, no prestando importancia a las circunstancias especialísimas que se presentan en cada caso específico, la morosidad judicial, constituyen elementos que no permiten una simbiosis entre la práctica jurídica nacional y la revolución comercial de la actualidad.

En nuestro país, existe una tendencia errónea de recurrir en forma excluyente a la doctrina y jurisprudencia argentina, bajo el argumento de que la misma resulta fuente principal de nuestro derecho privado. Si bien es cierto que los aportes del vecino país resultaron de suma importancia en la construcción de nuestra legislación, no es menos cierto que nuestro derecho también encuentra sus raíces en el sistema francés, italiano, alemán, etc. Es decir, las herramientas jurídicas de las que podemos hacer uso no

deberían limitarse a las propuestas por la región del Río de la Plata. La dinámica comercial actual exige el avasallamiento de límites regionales.

Una de las –pero no la única– herramientas más que interesantes resulta así el arbitraje comercial. De hecho, las empresas tanto nacionales como extranjeras, en su mayoría, establecen como condición indispensable para la celebración de contratos comerciales, el sometimiento de las eventuales disputas a arbitraje. Independientemente a los inconvenientes que puede presentar cualquier tipo de método de resolución de controversias, el arbitraje sigue y seguirá siendo, el método favorito para la gran mayoría de los actores privados, quienes resultan claves –hoy más que nunca– para el desarrollo de las industrias varias en nuestro país.

Es por ésta razón, que la redacción de la cláusula compromisoria no debe ser tomada a la ligera. Hemos visto en el ejemplo del fallo nacional, que la redacción deficiente del contrato y de la cláusula compromisoria misma, tornaron ineficaz la intención de las partes de someter sus disputas a arbitraje. Las cláusulas compromisorias standard elaboradas por instituciones como la CNUDMI, CCI, etc., y a nivel nacional el CAMP, se erigen así como la opción más atractiva para los contratantes. Por medio de ellas se permite asegurar que la voluntad de arbitrar no sea posteriormente desvirtuada por la justicia ordinaria.

Personalmente, y ya más centrado en lo que hace al principio desarrollado en este ensayo, me veo inclinado a seguir de cerca los ejemplos de Francia, Colombia, Chile y Perú. Estas legislaciones han decidido preservar al máximo la voluntad inicial de las partes en lo que hace a la voluntad de someter las disputas a arbitraje, con una mínima intervención estatal, limitándola a una etapa posterior al laudo arbitral definitivo. También veo con buenos ojos la individualización taxativa en la legislación arbitral sobre las excepciones oponibles, o al menos las más comunes. Esto, desde mi punto de vista, simplifica notoriamente el examen de admisibilidad y el posterior juzgamiento de las mismas.

El ejemplo de la legislación de arbitraje internacional panameña, así como la costarricense, también merecen atención. Por un lado, las mismas no suspenden los trámites del arbitraje cuando la decisión del tribunal arbitral sobre su propia

competencia fuere impugnada por una de las partes, permitiendo inclusive se dicte el laudo definitivo. Por el otro lado, la impugnación sobre la competencia arbitral es resuelta directamente por el máximo tribunal jurisdiccional, lo que simplifica enormemente la cuestión y también otorga, al menos en la teoría, un alto grado de certeza jurídica sobre lo debatido.

Sin embargo, debemos ser cautelosos a la hora de analizar las soluciones existentes en el derecho comparado. Tomemos como ejemplo el caso de Italia, cuya legislación es fuente importantísima de nuestro derecho privado. Así, en el sistema judicial italiano hoy vemos nuestros mismísimos problemas. Según el informe de la Comisión Europea correspondiente al 2015, los procedimientos civiles de primera instancia en las cortes italianas duran en promedio 608 días.⁶¹ Además, según el *Consiglio Nazionale Forense* el promedio de duración de procesos judiciales en Italia, es más de 7 años (primera y segunda instancia). Con esto quiero indicar que al menos hoy en día, Italia no debería ser un modelo a seguir en lo que hace a intenciones de reforma judicial. Coincidentemente, una de las soluciones más prácticas para el sistema judicial italiano –a decir de la comunidad internacional– consiste en la idea de descomprimir las cortes utilizando el arbitraje.

También, al analizar el derecho comparado en búsqueda de soluciones que puedan ser útiles para nuestro derecho, debemos tener presentes las siguientes cuestiones: (i) el hecho de que la solución tenga carácter “internacional” no significa, por sí sola, que la misma encontrará una receptividad automática en nuestro sistema nacional; (ii) lo que sí debemos analizar, es cómo esa solución es adoptada por los distintos países y por sobre todo, cuál fue el resultado de su implementación, y; (iii) al adoptar la solución prevista en el derecho comparado, debemos ser conscientes de lo siguiente: una cosa es adoptar cuerpos normativos uniformes internacionalmente; otra cosa, muy distinta, consiste en la aplicación de los mismos. Todas estas cuestiones deben ser parte de un proceso coordinado, necesariamente.

En lo que hace a nuestra legislación, considero inoportuna la regla introducida por el artículo 19 de nuestra legislación nacional de arbitraje, la cual se aparta de lo

⁶¹ Véase: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2015_en.pdf.

previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI. El hecho de supeditar un laudo arbitral definitivo a la decisión de un juez ordinario, desvirtúa abiertamente la intención original que las partes tuvieron al momento de suscribir la cláusula compromisoria. Lo correcto aquí hubiese sido prever el procedimiento de anulación posterior del laudo arbitral definitivo, si el mismo resultare “manifiestamente nulo”. No es tarde para plantear tanto ésta como otras modificaciones⁶² en nuestra legislación de arbitraje; al contrario, hoy más que nunca deberíamos preocuparnos en “pulir” nuestra legislación para exhibirlas como parte del plan de desarrollo nacional.

Habría, como es normal, quienes se opongan a esto. Su argumento principal podría girar en torno a la idea de que los tribunales arbitrales se verán siempre inclinados a atribuirse competencia, antes que abdicarla. Cierto, sería infantil no reconocer que los árbitros tienen un interés económico en resolver disputas. No obstante, considero más importante preservar la intención original de las partes, quienes acuerdan de antemano –siempre que sea mediante una cláusula compromisoria eficaz– someter toda controversia a los árbitros, inclusive las relativas a su propia competencia. No veo esto como una arrogación de la actividad jurisdiccional del Estado; al contrario, la justicia ordinaria debe tener siempre la facultad de supervisar la resolución de disputas. Hago énfasis en la palabra supervisar, puesto que muchas veces sirve –erróneamente– como fundamento para la intromisión innecesaria. Las relaciones comerciales de hoy exigen lo primero, se oponen a lo segundo.

Palabras claves: Arbitraje, controversia, arbitraje comercial, jurisdicción, competencia, jurisprudencia.

Key words: arbitration, controversy, commercial arbitration, jurisdiction, competence, jurisprudence.

⁶² Las mismas serán propuestas en próximos artículos.