

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

Roque J. Caivano



*Árbitro y Gerente Jurídico de la
Cámara Arbitral de la Bolsa de
Cereales (Argentina), profesor
de derecho en las Universidades
Austral (Buenos Aires y
Rosario), y Torcuato Di Tella
(Buenos Aires), entre otras.*

1. El Arbitraje y su Interacción con el Sistema Judicial

1.1. La naturaleza jurisdiccional de la función que detentan los árbitros

El arbitraje es una forma de *justicia privada*.¹ Lo que pretende significarse a través de esa expresión —que no tiene connotaciones políticas o ideológicas— es que se trata de una actividad jurisdiccional ejercida por particulares que no integran los órganos del Poder Judicial de un Estado. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable,² ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquella: al fin y al cabo, la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia.³

Genéricamente considerada, esta función presenta un doble carácter: privado, en tanto se propone también satisfacer intereses

Roque J. Caivano

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje es hoy incuestionable, ya que en el desempeño de la misión que toca a los árbitros se encuentran las características propias de aquella: la jurisdicción no es sino la función de administrar justicia.

particulares de aquellos que están directamente involucrados en la situación de conflicto;⁴ público, en cuanto procura la actuación del Derecho cuando la norma no ha sido observada y, en última instancia, el mantenimiento de la paz social. La jurisdicción arbitral atiende ambos aspectos: por un lado, permite a los interesados obtener una declaración de certeza sobre el alcance de sus derechos y hace posible su realización efectiva; por el otro, proporciona una solución eficaz a los conflictos mediante un método que resguarda las garantías constitucionales al debido

proceso, contribuyendo de ese modo a mantener la armónica convivencia en el seno de la sociedad.⁵

En el primer aspecto, no puede negarse a las partes el derecho de satisfacer los intereses particulares a través de métodos distintos del litigio judicial. Ello ocurre, por ejemplo, cuando las partes emprenden negociaciones —en forma directa o asistidos por un mediador— con la intención de poner fin al conflicto a través de un acuerdo mutuamente satisfactorio, o cuando los someten a decisión de árbitros. En los casos que afectan intereses particulares, rige el llamado “principio de reserva”, consagrado en muchas constituciones, que ratifica la libertad de cada persona de resolver sus conflictos y autocomponer sus intereses del modo que crean conveniente: tales acciones pertenecen a la esfera privada de los individuos y, como tales, quedan exentas de la autoridad de los magistrados.⁶

En el segundo de los aspectos señalados, aun cuando se reconoce un interés público en que existan órganos con funciones jurisdiccionales que permitan solucionar pacíficamente los conflictos, no hay razón para que la intervención del Poder Judicial resulte ineludible.⁷ Los órganos judiciales, creados para proporcionar remedio a situaciones de conflicto que pongan en peligro la paz social, no son los únicos que pueden lograr ese propósito. La paz social también se preserva si esos conflictos son resueltos por tribunales arbitrales

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

sin intervención del Poder Judicial. En otras palabras: si bien es cierto que a la sociedad en su conjunto le interesa solucionar pacíficamente los conflictos, evitar el uso de la violencia y garantizar una convivencia armónica entre sus integrantes —y por ello le incumbe al Estado proporcionar los medios para lograr esos objetivos— es igualmente cierto que esos objetivos pueden lograrse también a través del arbitraje.

*Aunque exista un
interés público implícito
en la noción de
jurisdicción, esta no es —
ni puede ser— una función
exclusiva del Estado.*

Aunque exista un interés público implícito en la noción de jurisdicción, esta no es —ni puede ser— una función exclusiva del Estado.⁸ Este no puede suprimir —ni conviene que suprima— el derecho de quienes, en la órbita de sus derechos disponibles, procuran una solución al conflicto por vías diferentes del sistema judicial, siempre que la resolución sea pacífica y no vulnere esenciales principios de convivencia, condiciones que cumple perfectamente el arbitraje.⁹ Ello así, es obvio que existe una zona de libertad que permite a los particulares prestar un consentimiento válido para componer cierta clase de conflictos mediante un acuerdo directo o, en las mismas condiciones, sustraerlos de la esfera del Poder Judicial para someterlos a decisión de otros particulares.¹⁰ En la medida que sólo afecte intereses y derechos disponibles, la decisión de las partes de renunciar a ser juzgados por los órganos judiciales provistos por el Estado no puede producir agravio a la comunidad ni al orden jurídico, en tanto satisface tanto los intereses particulares involucrados en la controversia, cuanto los públicos en obtener una solución pacífica a los conflictos.

Este doble carácter de la jurisdicción arbitral ha sido señalado por el Tribunal Constitucional del Perú. El Tribunal ha interpretado que los árbitros no actúan en el ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional, dado que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta solamente en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a), de la Constitución, sino que también tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en la propia Constitución. Más adelante, el Tribunal puso de manifiesto que “la jurisdicción arbitral,

Roque J. Caivano

que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales”. Y, en relación con la exclusividad de la jurisdicción arbitral, expresó: “el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de ‘no interferencia’ referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida[s] las] autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”.¹¹

El arbitraje, en suma, lejos de vulnerar los objetivos finales que persigue el Estado a través de la jurisdicción pública (fundamentalmente, el mantenimiento de la paz social), contribuye a cimentarlos. No sólo porque, aunque proveniente de un juez privado, la sentencia arbitral pone fin al conflicto, sino también porque una mayor utilización del arbitraje permitiría descongestionar los despachos judiciales, con beneficio para todos los justiciables.¹²

Lo dicho hasta aquí implica, en definitiva, dos cosas: (a) Que los árbitros cumplen funciones esencialmente jurisdiccionales, a pesar de las diferencias que existen con la jurisdicción judicial; y (b) Que por más jurisdiccionales que sean sus funciones, los árbitros son particulares, que no hacen parte de la estructura del Estado ni son funcionarios públicos.

1.2. El efecto del acuerdo arbitral y la jurisdicción que retiene el Poder Judicial

El acuerdo o convenio arbitral desplaza a los árbitros las funciones jurisdiccionales que la Constitución atribuye al Poder Judicial.¹³ Pactado el arbitraje, ninguna de las partes puede, unilateralmente, dejarlo sin efecto, pues han asumido una obligación genérica de resolver los conflictos por ese medio, lo que im-

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

plica al mismo tiempo la obligación de abstenerse de acudir a la vía judicial.¹⁴ El acuerdo arbitral produce, en consecuencia, dos efectos: un primer efecto, “negativo”, consistente en excluir la intervención de los tribunales del Estado para resolver aquellos conflictos que fueron sometidos a arbitraje; y un segundo, “positivo”, consistente en investir a los árbitros de poderes jurisdiccionales, que les permitirán decidir con efecto de cosa juzgada las cuestiones que les sean efectivamente sometidas.¹⁵

Sin embargo, ese desplazamiento no implica una exclusión total de los jueces estatales. Aun pactado el arbitraje, el Poder Judicial “retiene” una cierta jurisdicción. Ello significa que, en un caso sometido a arbitraje, árbitros y jueces “co-operan”. No sin reconocer que, en la práctica, los límites entre estas dos jurisdicciones no siempre se aprecian con nitidez, en forma esquemática —y genérica— es posible identificar tres funciones principales que la ley atribuye a los jueces en casos sometidos a arbitraje: funciones de *integración*, funciones de *cooperación* y funciones de *control*.

En un caso sometido a arbitraje, árbitros y jueces “co-operan”. No sin reconocer que, en la práctica, los límites entre estas dos jurisdicciones no siempre se aprecian con nitidez, en forma esquemática —y genérica— es posible identificar tres funciones principales que la ley atribuye a los jueces en casos sometidos a arbitraje: funciones de integración, funciones de cooperación y funciones de control.

2. Integración del Acuerdo Arbitral- Constitución del Tribunal Arbitral

2.1. El esquema clásico

Tradicionalmente, el Poder Judicial cumplía un rol insustituible en la integración del acuerdo arbitral cuando éste no era completo o contenía vacíos o lagunas y, particularmente, en la constitución del tribunal arbitral. Esta función se cumplía, históricamente, a través de la exigencia legal de celebrar,

Roque J. Caivano

con posterioridad al nacimiento de controversias concretas, el compromiso arbitral.¹⁶ Si las partes no acordaban el contenido del compromiso arbitral, nacía en cabeza de las partes una acción judicial a fin de que el magistrado resolviera los aspectos operativos del arbitraje. Este sistema –más atenuado que en sus orígenes– todavía persiste en las legislaciones argentina (artículo 742 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y brasileña (artículo 7, Ley de Arbitraje).¹⁷ En este esquema, en ausencia de un acuerdo entre las partes, es únicamente el juez quien puede proveer a la designación de los árbitros, decidir sobre su remoción, recusación o sustitución, y determinar los puntos concretos que se someterán a decisión de los árbitros.

Aun en las legislaciones que han eliminado el requisito del compromiso arbitral, cuando se trata de arbitrajes *ad hoc*,¹⁸ quedan a cargo del tribunal judicial una serie de atribuciones relacionadas con la constitución del tribunal arbitral. A modo de ejemplo, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional o UNCITRAL por sus siglas en inglés) establece, como principio general, el de la libertad de las partes para pactar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros (artículo 11.2); pero, en defecto de acuerdo de las partes o de los árbitros –o si el tercero encargado de hacerlo no lo hace– los árbitros habrán de ser designados judicialmente (artículo 11.3 y 11.4).

2.2. El esquema moderno

Las legislaciones más modernas, empero, en línea con la tendencia a evitar intervenciones judiciales evitables, prevén formas no-judiciales de solucionar estas lagunas.

La figura del compromiso arbitral, acuerdo expreso de voluntades referido a conflictos ya existentes –usualmente tendiente a complementar la estipulación más genérica contenida en la cláusula compromisoria– está en vías de extinción en el derecho comparado.¹⁹ Ya para principios del siglo pasado, el Protocolo relativo a cláusulas de arbitraje adoptado en Ginebra en 1923 inició el camino hacia la autosuficiencia de la cláusula arbitral, haciendo innecesaria su ratificación ulterior.²⁰ Este principio fue luego plasmado en la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos ex-

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

tranjeros de 1958 y universalizado mediante su incorporación a la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL de 1985. A la luz de este modelo de ley —que fue la base de todas las reformas legislativas de los últimos 30 años—²¹ un acuerdo arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente, y puede estar referido a controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual (artículo 7.1). La validez del acuerdo arbitral no depende ya de su inclusión o no en un contrato, ni tampoco del momento en que se firma: será válido siempre que cumpla los requisitos formales y sustantivos que la norma exige.²²

De otro lado, algunas legislaciones se han preocupado por evitar —aun en arbitrajes *ad hoc*— la necesidad del recurso al tribunal judicial para la designación o recusación de los árbitros. Así, la Ley ecuatoriana dispone que, tratándose de arbitrajes independientes, las partes designarán a los árbitros que deban integrar el tribunal y, a falta de acuerdo, los designados por ellas nombrarán a los que faltaren; pero ante la eventualidad de que éstos no se pusieran de acuerdo en el nombramiento, “cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del Centro de Arbitraje más cercano al domicilio del actor” (artículo 16). Para efectos de la recusación, la Ley peruana de arbitraje establece que la recusación será resuelta, en tribunales colegiados, por los demás árbitros, y tratándose de árbitro único, por la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje (artículo 29.2.d).

De manera más novedosa, algunas legislaciones incorporan reglas pensadas para evitar no sólo el recurso a los tribunales judiciales, sino las prácticas dilatorias de alguna de las partes en la constitución del tribunal arbitral. En arbitrajes *ad hoc*, la regla más usual es otorgar a cada una de las partes el derecho a designar un árbitro y conceder a los árbitros así designados la facultad de nombrar al tercero. Cuando la solución supletoria es el recurso a los tribunales, como sucede en la mayoría de las normas legales, muchas veces una de las partes, como parte de su estrategia dilatoria, omite designar al árbitro que tendría derecho a nominar. De este modo, la imposibilidad de integrar el tribunal en forma privada obliga a acudir al juez para que designe a los árbitros faltantes. Una interesante respuesta para evitar que la falta de designación de una de las partes se convierta en un factor de demoras en

Roque J. Caivano

la iniciación del proceso, es la contemplada en la Ley inglesa de arbitraje de 1996. La norma establece que, en el arbitraje integrado por tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán el tercero (artículo 15), pero luego dispone que si una de las partes se rehúsa a u omite designar árbitro en el plazo especificado en la ley, podrá ser intimado a hacerlo en un plazo suplementario, bajo apercibimiento de que el arbitraje se desarrolle con el árbitro que haya designado la otra parte, actuando como árbitro único.

3. Cooperación y Auxilio

3.1. Justificación

La función de cooperación del Poder Judicial es justificada en razón de la falta de *imperium* de los árbitros. De este modo, cuando exista resistencia al cumplimiento espontáneo o voluntario de una conducta impuesta por los árbitros, deberá requerirse la asistencia del juez a fin de obtener su ejecución forzada. Esta necesaria intervención judicial se materializa especialmente en dos situaciones: cuando deban ejecutarse forzosamente decisiones arbitrales (medidas cautelares o el laudo) o cuando deban practicarse pruebas que no puedan obtenerse voluntariamente.

En estos casos, la mayoría de las leyes establece el deber de los jueces de prestar el auxilio a los árbitros. En el derecho argentino, ello surge del artículo 753 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), que dispone que “los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral”.²³ La Ley brasileña de arbitraje (artículo 22) faculta a los árbitros a producir cualquier tipo de prueba y, ante alguna resistencia para poder obtenerla en forma voluntaria, a solicitar la colaboración del órgano judicial. El artículo 36 de la Ley boliviana determina que, al pedir el auxilio judicial, el tribunal arbitral oficiará a la autoridad judicial competente acompañando una copia auténtica del convenio arbitral y de la resolución que dispone la medida cuya ejecución se pretende. La Ley inglesa, con más amplitud, permite a las partes servirse de los mecanismos de los procesos judiciales para asegurar la comparecencia de un testigo ante el tribunal arbitral (artículo 43.1).

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

3.2. ¿Hacia una mayor autonomía?

Como muestra de la mayor autonomía que se pretende para el arbitraje, algunas leyes han avanzado un paso más, dotando a los árbitros de un cierto poder de *imperium*. El ejemplo más elocuente en este sentido es la Ley de arbitraje de Ecuador, que dispone que “para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros, siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios, sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas” (artículo 9, párrafo 3º). También puede mencionarse la legislación belga, que autoriza a los árbitros a disponer la aplicación de astreintes a las partes (Código Judicial, artículo 1713.7).

La jurisdicción arbitral sólo puede alcanzar a las cuestiones que las partes sometieron a su decisión, los órganos judiciales, en consecuencia, retienen jurisdicción sobre aquellas cuestiones que no han sido sometidas a los árbitros.

4. Control Judicial

4.1. Razón de ser y oportunidad del control judicial

La función de control de los jueces sobre las decisiones arbitrales —quizás la más polémica— tiene sentido y se justifica por las limitaciones que tiene la jurisdicción creada por las partes en cabeza de los árbitros. Por un lado, es sabido que la jurisdicción arbitral sólo puede alcanzar a las cuestiones que las partes sometieron a su decisión, siempre que ellas sean relativas a derechos patrimoniales disponibles. Los órganos judiciales, en consecuencia, retienen jurisdicción sobre aquellas cuestiones que no han sido sometidas a los árbitros o que, habiéndose sometido a ellos, no son arbitrables en razón de su carácter no disponible. Por el otro, porque la validez del laudo que los árbitros dicten, está condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos inexcusables, cuya violación apareja su nulidad. En definitiva, los árbitros deben ejercer su jurisdicción dentro de los límites que la ley o las partes le han impuesto. Y, para verificar que los cumplan, se establecen diferentes medios de control judicial.²⁴

Roque J. Caivano

Las vías procesales a través de las cuales el Poder Judicial ejerce ese control son variadas. Algunas son previas o contemporáneas y se presentan como vías para definir la existencia o el alcance de la jurisdicción arbitral; otras son *ex-post* y operan como recursos o medios de impugnación o reconocimiento de las decisiones de los árbitros.

Es claramente perceptible, en el derecho comparado, una marcada tendencia a concentrar el control judicial *a posteriori*, sobre lo decidido por los árbitros, de modo de evitar interferencias previas o contemporáneas al proceso arbitral. Ello se logra, principalmente, a través de dos fórmulas que operan de manera coordinada: (a) El reconocimiento legal de los principios conocidos como “*kompetenz-kompetenz*” y de la “separabilidad del acuerdo arbitral”; y (b) La obligación que se impone a los jueces de declararse incompetentes –a pedido de parte– cuando se promoviere una acción judicial relativa a una materia reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral, salvo que la materia fuese manifiestamente no arbitrable o el acuerdo arbitral fuese manifiestamente nulo.

De ese modo, se faculta a los árbitros a decidir, en primera instancia, sobre los límites de su propia competencia, aun cuando la validez del contrato que contiene la cláusula arbitral hubiese sido cuestionada. Al mismo tiempo, en lo que se conoce como el efecto negativo de los principios enunciados,²⁵ se impone a los tribunales judiciales una prohibición de entender en litigios relativos a la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral. Con ello, vale aclarar, no se otorga al árbitro una jurisdicción “exclusiva” sobre la arbitrabilidad y el alcance del acuerdo arbitral, sino una jurisdicción “primaria”, luego revisable judicialmente.²⁶

La Ley Peruana es un ejemplo de esta tendencia: el artículo 41 no sólo declara que la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial del contrato que contenga el convenio arbitral no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste (numeral 2); también dispone que 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 convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

fondo de la controversia (numeral 1). Y el artículo 16 obliga a los jueces a admitir la excepción de convenio arbitral por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo cuando el convenio fuese manifiestamente nulo (numeral 3).

4.2. El control judicial post-laudo

Las vías procesales por las cuales puede ejercerse el control judicial *post-laudo* son, básicamente tres: Una primera, disponible, es el recurso de *apelación*, que otorga a los jueces una autoridad revisora amplia, que incluye el fondo o los méritos del laudo. Una segunda, usualmente indisponible, es la impugnación por *nulidad*, que permite a los jueces revisar únicamente la validez del laudo, controlando si se da en el caso alguna de las situaciones que, taxativamente, la ley consagra como causales de nulidad. En este caso, el control judicial no puede extenderse al fondo o a los méritos del laudo, limitándose su jurisdicción a decidir sobre la validez o nulidad del laudo. Una tercera, inevitable, es el trámite del *exequátur*, a través del cual los jueces nacionales controlan ciertos aspectos de los laudos extranjeros cuya ejecución se pretende en el país.

En relación con el recurso de apelación, algunas leyes lo admiten si no hubiese sido renunciado (Código Procesal Civil y Comercial argentino, artículo 758; Nuevo Código Procesal Civil francés, artículo 1482). Otras lo admiten a condición de que hubiese sido expresamente pactado (Código Judicial belga, artículo 1716, Código Procesal Civil francés, artículo 1489). Sin perjuicio de ello, se observa una clara tendencia hacia su eliminación lisa y llana, partiendo de la base que el acuerdo arbitral implica una intención de las partes de evitar el proceso judicial y someterse al juzgamiento de árbitros en instancia única. Son, pues, mayoría las leyes que prevén que el laudo será inapelable y sólo sujeto a recurso o acción de nulidad (Código Procesal Civil austríaco, artículo 611.1; Código Procesal Civil alemán, artículo 1059.1; Ley de Arbitraje de Bolivia, artículo 62; Ley de Arbitraje Internacional chilena, artículo 34.1; Ley de Arbitraje española, artículo 40; Código General del Proceso uruguayo, artículo 499; entre muchísimos otros).

El recurso de nulidad (que en algunas legislaciones –como la argentina para arbitrajes de equidad o como la española– no es un recurso sino una acción),²⁷ es generalmente impuesto como irrenunciable. Se pretende con ello

Roque J. Caivano

que exista una instancia judicial de control inderogable, de modo de satisfacer la exigencia de garantizar el acceso a la justicia, que muchos países contemplan como principio de rango constitucional. En relación con ello, debe señalarse que existen normas que, bajo ciertas condiciones, admiten su renuncia total o parcial: las legislaciones belga (Código Judicial, artículo 1718), suiza (Ley Federal de Derecho Internacional Privado, artículo 192.1), tunecina (Código del Arbitraje, artículo 78.6), peruana (Ley de Arbitraje, artículo 63.8), sueca (Ley de Arbitraje, artículo 51), francesa (Código Procesal Civil, artículo 1522) y colombiana (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, artículo 107.2), autorizan a las partes, mediante pacto expreso, a renunciar al recurso de nulidad o a algunas de las causales legales, siempre que el arbitraje sea internacional y ninguna de las partes sea nacional de o residente en esos países. Asimismo, en el sistema de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el recurso de nulidad —único admisible contra un laudo— no es resuelto por un tribunal judicial sino por un tribunal arbitral (diferente del primero), específicamente constituido para ese fin (Convención de Washington de 1965, artículo 52).

De modo que el recurso de apelación ha pasado a ser una *rara avis*, pues mayoritariamente las leyes de arbitraje establecen la inapelabilidad de los laudos, asumiendo que el sometimiento voluntario de las partes a árbitros libremente elegidos por ellas supone el compromiso de acatar la decisión que aquellos dicten. Y, más aun, algunas normas avanzan todavía un paso más en la autonomía del arbitraje y admiten la relativa disponibilidad del recurso de nulidad, sea permitiendo su renuncia bajo ciertas condiciones, sea estableciendo una instancia de revisión no-judicial para resolver los planteos de nulidad.

Con independencia de estos dos recursos, existe, en el ámbito internacional, una vía de control judicial adicional: el que realizan los jueces del lugar donde el laudo se intenta hacer valer o ejecutar, a través del *exequátur*. Este examen tiene como propósito principal controlar los requisitos de autenticidad del documento que lo contiene, verificar su autoridad de cosa juzgada, comprobar que se hayan respetado las garantías del debido proceso y, finalmente, determinar si esa decisión vulnera o no el orden público interno. En función de esto último, si bien el control no se extiende a posibles errores en la apli-

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

cación del derecho o en la apreciación de los hechos por parte del tribunal arbitral, en alguna medida implica inmiscuirse en el fondo de lo decidido por los árbitros, aunque más no sea a efectos de verificar su compatibilidad con los principios y valores del sistema jurídico del lugar de ejecución.²⁸

4.3. Justificación y medida del control judicial

La función de control judicial respecto del arbitraje resulta, en términos generales, un lógico corolario de su naturaleza jurisdiccional: si bien el Estado admite que particulares ajenos a su estructura detenten esta función —que tiene innegables connotaciones públicas— lo hace a condición de que sus propios órganos tengan la facultad de verificar, cuanto menos, la regularidad de los procedimientos y legalidad de las decisiones arbitrales. La existencia y necesidad del control judicial son incontestables: no sería lógico que el Estado comprometa la cooperación y el auxilio de los tribunales judiciales para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales, que ponga el *imperium* propio de sus órganos al servicio de los árbitros, sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por aquellos reúna las condiciones mínimas indispensables para merecer esa protección legal.²⁹

Además de su justificación teórica y legal, hay razones prácticas que dan sustento a la función de control del Poder Judicial sobre el arbitraje. La total autonomía del arbitraje es, al menos en el estado actual de cosas, una utopía, cuya conveniencia puede inclusive ponerse razonablemente en duda. Una adecuada dosis de control judicial —con especial acento en su condición de adecuada— no sólo es justificada, sino hasta conveniente para el arbitraje. Dicho de otro modo, la existencia de ese control —enfaticando una vez más su “justa medida”— opera en beneficio del sistema arbitral antes que en su perjuicio y es útil para rodear al arbitraje de mayor seguridad y evitar posibles abusos o desviaciones de parte de los árbitros. Es claro, sin embargo, que ese control no puede derivar en una multiplicación de incidencias judiciales que prive al arbitraje de sus principales ventajas: celeridad y economía.

Si bien el arbitraje requiere un cierto grado de autonomía, que lo ponga a cubierto de intervenciones judiciales invasivas, no puede escapar —ni conviene que escape— de una razonable revisión que prevenga o solucione eventuales

Roque J. Caivano

arbitrariedades en que puedan incurrir los árbitros. En términos generales, los países que aspiran a ser sede de arbitrajes internacionales deben lograr un adecuado balance entre el deseo del vencedor, de obtener un laudo final y ejecutable, y el del perdedor, de acceder a una instancia de revisión que lo ponga a cubierto de violaciones a sus garantías.³⁰

El control judicial es, pues, inevitable y justificado:³¹ lo que, en todo caso, puede ser materia de análisis y discusión es la oportunidad, extensión y alcance de esas facultades.

En este sentido, la solución más adecuada es la que se ha impuesto en el Derecho comparado: limitar —o permitir que las partes limiten— el control a cuestiones esenciales y concentrarlo en el control final de la validez del laudo, librando a los árbitros de interferencias durante el juicio arbitral. No se trata, en principio, de eliminar el control, sino de circunscribirlo a ciertos aspectos fundamentales, evitando que se convierta en una segunda instancia, y diferirlo para un momento posterior, evitando que el proceso arbitral se vea obstaculizado, demorado u obstruido con incidencias judiciales.

En nuestra opinión, en resumen, las atribuciones judiciales de control sobre el arbitraje —en su justa medida— son legítimas, justificadas y hasta convenientes. Legítimas, porque surgen —y en la medida que surjan— de la ley. Justificadas, porque no sería lógico que el Estado comprometa la cooperación y el auxilio de los tribunales judiciales para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales, es decir, que ponga su *imperium* al servicio de los árbitros, sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por aquellos reúna las condiciones indispensables para merecer esa protección legal. Convenientes, porque un adecuado control judicial rodea al arbitraje de mayor seguridad y evita posibles abusos o desviaciones de parte de los árbitros.

Sin embargo, tanto su legitimidad, como su justificación y conveniencia desaparecen cuando son ejercidas en forma excesiva, cuando más que un apropiado control, la intervención judicial se convierte en una intromisión indebida en la esfera de atribuciones propias de los árbitros. Nuestra insistencia en subrayar la importancia de la “justa medida” del control judicial se explica porque ese el verdadero punto de debate sobre la materia y porque pocos temas han despertado tantas y tan variadas opiniones.

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

Admitimos la dificultad que se presenta para trazar una línea precisa que delimite hasta dónde debe llevarse la deseable autonomía del arbitraje y cuál debe ser el campo de la no menos deseable supervisión judicial. En términos generales, es posible establecer algunas pautas para ello: en tanto desarrollan una actividad lícita, reconocida y autorizada por normas o principios constitucionales, debe darse a los árbitros la posibilidad de desenvolverse en una atmósfera de libertad e independencia; pero como esa actividad en algún punto se vincula con las funciones naturales del Estado, sus órganos deben tener igualmente la posibilidad de supervisar el cumplimiento de mínimas condiciones de legalidad.

4.4. La responsabilidad en la determinación del adecuado control judicial

Sentado que alguna dosis de control judicial es inevitable y justificada, y que esa dosis debe ser “adecuada”, queda por abordar una última cuestión: ¿a quién le corresponde determinar la medida y los medios a través de los cuales ese control es ejercido?

En una primera instancia quien define qué atribuciones se reservan al Poder Judicial, cuándo y cómo ellas deben ser ejercidas, es el legislador. En este punto, es dable exigir al Poder Legislativo que esa definición sea clara y equilibrada. Clara, para evitar equívocos que se traducen luego en interminables debates y en decisiones contradictorias de los tribunales; equilibrada, para que “control” no sea sinónimo ni de “abstención”, ni de “abuso” judicial.

Pero ante la imposibilidad de abarcar, desde la ley, todas las situaciones que en la práctica pueden presentarse, en una segunda instancia son los propios jueces –en su carácter de intérpretes finales de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia– quienes establecen, en cada caso concreto que se les presente, el exacto punto en que el control debe ser ejercido. A los jueces debe exigírseles que su interpretación sea realizada sin preconceptos, comprendiendo el verdadero significado del arbitraje y de la decisión de las partes de referir el juzgamiento de sus controversias a juicio de árbitros.

La orientación bajo la cual debería resolverse –en la ley– este aparente dilema, ha sido explicada por Grigera Naón en los siguientes términos:

Roque J. Caivano

“las normas de fuente estatal destinadas a regular el arbitraje deben aliviar en la mayor medida de lo posible las trabas o interferencias que puedan perjudicar sus ventajas esenciales: celeridad, simplicidad, confidencialidad y acceso a una justicia mejor adaptada a las necesidades del comercio. En este orden de ideas, desde que el arbitraje es justicia privada reconocida y tolerada por la comunidad organizada a través de su derecho positivo, lógico es entender que las interferencias de éste en el arbitraje deben limitarse a lo mínimo indispensable para tutelar intereses fundamentales”.³²

Por nuestra parte, hemos señalado:

“una ley de arbitraje debe ser el marco que establezca las condiciones bajo las cuales el Estado admite la instauración de una justicia administrada por particulares, y reconoce a sus decisiones el valor de la cosa juzgada, asimilándolas a las sentencias judiciales. Debe pensarse, en consecuencia, cuáles son los casos en los que se permite la exclusión de la justicia ordinaria, y cuáles son los requisitos mínimos sin los cuales el arbitraje carecerá de validez—los que por tanto resultarán indisponibles— pero absteniéndose de imponer casuísticamente soluciones instrumentales imperativas. En todo lo que no se vea afectado por el orden público, conviene dejar libertad a las partes para que acuerden la forma concreta de implementación de la vía arbitral dentro de la amplitud que permite la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de prever normas supletorias para subsanar las lagunas o la falta de acuerdo expreso (...) Debe también ser objeto de cuidadoso tratamiento la vinculación entre el arbitraje y la justicia ordinaria.

Vista la necesaria interrelación existente entre ambos, producto de la falta de imperium de los árbitros y del control judicial que puede caber sobre la actividad de estos últimos, una ley de arbitraje deberá tener la aristotélica virtud de transitar por el justo medio. Tan peligrosa es una ley que otorgue excesivas facultades a los árbitros, como aquella que prevea numerosos supuestos de intervención judicial. En un caso, podría darse el efecto de poner en riesgo la seguridad jurídica, y en el otro se perjudicaría sin remedio la celeridad, economía y sencillez del arbitraje por la vía de la multiplicación de incidencias judiciales (...) Así como propugnamos el establecimiento de límites a la actividad de los árbitros, las normas deberían también enmarcar la actuación de los jueces a quienes se somete alguna cuestión referida al arbitraje.

Esto incluye, como primera medida, la recepción expresa y categórica del principio de cooperación y auxilio judicial—en forma más amplia que la que surge de la última parte del artículo 753 del CPCCN—y las limitaciones que sufre la jurisdicción

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

*de los jueces en los casos legítimamente sometidos a arbitraje. Deben evitarse en lo posible innecesarias interferencias a la tarea de los árbitros, y en los casos en que la actuación judicial sea inevitable, prever reglas especiales que permitan —y obliguen— al juez resolver la cuestión sin dilaciones”.*³³

Esta es la tendencia de la legislación comparada, que procura ampliar todo lo que sea posible la autonomía arbitral, sin que por ello el Estado resigne legítimas atribuciones de supervisión.³⁴ Para ello, en general se siguen dos líneas de acción. Por un lado, se busca evitar toda intervención judicial evitable, especialmente aquellas que podrían producirse en la etapa previa a la constitución del tribunal arbitral o durante el curso del proceso arbitral.³⁵ Por el otro, se sienta el principio general de que las intervenciones judiciales se limitarán a los supuestos expresamente establecidos en la ley, y se determinan cuáles son esos supuestos.

Esta última línea es claramente perceptible en la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL. En el artículo 5 se dispone que “*en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga*”. En los artículos 11.3, 11.4, 13.3, 14. 16.3 y 34.2, se otorgan a los jueces facultades de intervención para la designación, recusación o sustitución de árbitros en arbitrajes *ad hoc*, para revisar la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia o la validez del laudo.³⁶

El sentido de estas normas ha sido explicado por la propia Comisión:

“[L]a Ley Modelo prevé la intervención de los tribunales en los siguientes casos. Un primer grupo comprende el nombramiento, la recusación y terminación del mandato de los árbitros (artículos 11, 13 y 14), la competencia del tribunal arbitral (artículo 16) y la nulidad del laudo arbitral (artículo 34). Estos casos se enumeran en el artículo 6 como funciones que deben encomendarse, con el fin de lograr la centralización, especialización y aceleración, a un tribunal judicial especialmente designado o, en lo que respecta a los artículos 11, 13 y 14, posiblemente a otra autoridad (por ejemplo, institución arbitral, Cámara de Comercio).

Un segundo grupo comprende la asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas (artículo 27), el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, incluida su compatibilidad con las medidas cautelares provisionales ordenadas por un tribunal judicial (artículos 8 y 9) y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (artículos 35 y 36).

Roque J. Caivano

Fuera de los casos previstos en esos dos grupos ‘en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal’. Ello se declara en el innovador artículo 5, que no se pronuncia sobre cuál es la función adecuada de los tribunales judiciales, pero asegura al lector y al usuario que encontrará en esta Ley todos los casos de posible intervención del tribunal, excepto en los asuntos que no se rijan por ella (por ejemplo, acumulación de las actuaciones arbitrales, relación contractual entre árbitros y partes o instituciones arbitrales, o fijación de costas y honorarios, incluidos depósitos). Sobre todo los lectores y usuarios extranjeros, que constituyen la mayoría de los posibles usuarios y que pueden considerarse como los destinatarios fundamentales de cualquier ley especial sobre arbitraje comercial internacional, valorarán el hecho de no tener que indagar fuera de esta Ley”.³⁷

En otras palabras, se trata de limitar el recurso a la justicia, como forma de respetar la común intención de las partes y lograr un mínimo de seguridad jurídica y previsibilidad en la solución de los conflictos a través del arbitraje. Esta solución, lejos de debilitar el rol del Poder Judicial lo refuerza, al ponerlo como guardián de esos valores.³⁸

Como se señaló, más allá de sentar principios generales, una norma de rango legal jamás podrá dar respuesta a la variedad de situaciones que usualmente se presentan. La determinación final del alcance del control judicial, finalmente, queda en manos de los propios jueces, quienes deben interpretar los límites de su propia jurisdicción.

Esta interpretación debe hacerse, como primera medida, respetando escrupulosamente las normas y los principios legales vigentes, dejando de lado preconceptos, mitos, recelos o concepciones ideológicas que nada tienen que ver con el tema en análisis.³⁹

La hostilidad o el recelo de los jueces hacia el arbitraje —que, aunque común durante el siglo XIX, ha ido cambiando hacia una mayor comprensión del respeto que merece la autonomía de la voluntad de las partes—,⁴⁰ carece de justificación. Por más que al pactar el arbitraje las partes quieran evitar la intervención de los jueces para la solución de un caso concreto, en términos generales el arbitraje no plantea una confrontación con la tarea judicial, no busca competir con, ni reemplazar al Poder Judicial,⁴¹ ni —mucho menos— menoscabar su labor. La idea es, simplemente, complementar la función que

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

tiene el Poder Judicial en la búsqueda de algunos de los propósitos que inspiran la propia organización del Estado, cuales son los de afianzar la justicia y promover el bienestar general. Poder Judicial y arbitraje no son términos antagónicos. Deben conciliarse de manera de contribuir co-operativamente a solucionar las necesidades de la gente.

El arbitraje debe convivir con la Justicia. Y para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de complementación entre ambos sistemas: árbitros y jueces deben saber mantenerse dentro de sus respectivos límites, evitando invadir la jurisdicción de los otros.

El arbitraje no implica la “*privatización de la justicia*”. En primer lugar, porque la institucionalización y el ofrecimiento de mecanismos alternativos a la decisión judicial, forman parte de las obligaciones del Estado para con la sociedad y están incluidas dentro de los servicios de administración de justicia del país.⁴² Por otro lado, porque no puede hablarse de privatización cuando las partes voluntariamente deciden solucionar un diferendo sobre sus derechos disponibles por un medio que soslaya el proceso judicial, toda vez que “*no puede privatizarse lo que ya es ínsitamente privado*”.⁴³ En todo caso, más que una privatización, es una descentralización de la justicia.⁴⁴

Es evidente que el arbitraje no compite con la justicia, ni podrá restar protagonismo al Poder Judicial. Se trata de funciones diferentes, por más similitudes que haya entre ellas. Los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, administran –y administrarán siempre– la justicia pública. Es por ello que están dotados de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta, atribución de la que carecen los árbitros. Adicionalmente, existe una amplia gama de conflictos en los que la jurisdicción se atribuye con exclusividad a los jueces, quedando excluidas de la posibilidad de someterse a arbitraje.

En términos generales el arbitraje no plantea una confrontación con la tarea judicial, no busca competir con, ni reemplazar al Poder Judicial, ni menoscabar su labor.

Roque J. Caivano

El arbitraje es una justicia privada, pero que actúa a la par del sistema judicial. La relación entre ambas no debe ser de “competencia” sino de “complementación”.

Aun en los ámbitos en que se admite la prórroga de jurisdicción a favor de árbitros, el rol del Poder Judicial es igualmente insustituible.⁴⁵

Jueces y árbitros tienen la responsabilidad de lograr que la coexistencia del arbitraje con el Poder Judicial sea armónica. Los árbitros deben comprender y aceptar las limitaciones que impone a su jurisdicción el origen convencional y la falta de *imperium*.

Los jueces, por su lado, deben comprender y aceptar sin recelos que su jurisdicción se ve cercenada, por la voluntad de las partes, en casos que legítimamente fueron sustraídos de su competencia y prestar sin reticencias su auxilio cuando se recurre a ellos para ejecutar una medida que requiera de la *coertio* que ellos retienen.⁴⁶

Esa necesidad de apoyo y control judicial, esa dependencia funcional del arbitraje, no debe traducirse sin embargo en una posición de supremacía que dé carta blanca a los jueces para avasallar la jurisdicción arbitral. Es preciso, pues, que cada uno se mantenga dentro de los límites que le son propios: los árbitros, no avanzando sobre las materias reservadas al Poder Judicial; los jueces, aceptando que no todas las decisiones de los árbitros son revisables.⁴⁷

5. Reflexiones Finales, a modo de conclusión

El arbitraje es una justicia privada, pero “coexistencial”,⁴⁸ esto es, que actúa a la par del sistema judicial. La relación entre ambas no debe ser de “competencia” sino de “complementación”, relación que “implica la existencia de roles complementarios y sugiere tanto cierta similitud en el desempeño de tales roles como una colaboración que reemplace la competencia o inclusive la rivalidad que pudo haber existido en algún momento”.⁴⁹ La necesidad de que esa convivencia sea armónica se justifica, en otras palabras, porque ambos co-operan en la búsqueda de un objetivo común: realizar la justicia,⁵⁰ y solucionar los conflictos de manera pacífica para lograr la anhelada paz social.

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

Ilustrativamente se ha explicado esta interrelación entre la justicia estatal y la arbitral:

“el arbitraje no compite con la justicia del Estado, ya que su desarrollo pleno tiene lugar precisamente en aquellos países donde sus legislaciones ofrecen eficaz colaboración a los tribunales arbitrales. De manera que el mito del enfrentamiento entre ambas justicias no es tal. Cada cual, en su ámbito, debe cumplir el rol que el Derecho le ha asignado. La justicia del Estado y la justicia arbitral no se encuentran en situación de conflicto.

El éxito, es decir, el logro de la paz social como meta indiscutible de ambas vías, se logra tan sólo mediante el delicado equilibrio de su complementariedad, de su interdependencia. De manera que ambas formas o modalidades para lograr poner fin a las disputas se necesitan, se precisan mutuamente”.⁵¹ Lo esencial es lograr la convivencia armónica entre las soluciones judiciales y las soluciones extrajudiciales: “no se trata de buscar huidas del Poder Judicial, cuanto de mecanismos complementarios e incluso en ciertos casos integrados en el mismo sistema judicial, con el fin de buscar la solución integral más acorde a la materia, conflicto, sujetos, tiempo, etcétera”.⁵²

Esa coexistencia entre árbitros y jueces requiere que exista una definición, tan precisa como se pueda, acerca de los límites de cada uno y que se brinde al arbitraje un entorno general de autonomía, sin perjuicio de la subsistencia de controles judiciales que, como vimos, en su justa medida, son plenamente justificados. Para ello, es conveniente reflexionar sobre la extensión de la intervención judicial, evitando aquellas que no son estrictamente indispensables para garantizar la supremacía de los principios y derechos constitucionales.

En ese sentido, las funciones judiciales de integración del acuerdo arbitral son claramente evitables y bien pueden ser eliminadas sin agravio a la seguridad jurídica. Los vacíos o lagunas que el acuerdo arbitral pueda contener, pueden perfectamente ser suplidos por medios diferentes de una sentencia judicial, como de hecho sucede en los arbitrajes institucionales. Tampoco se requiere inexorablemente de la intervención judicial para constituir el tribunal arbitral o para resolver acerca de la recusación o sustitución de los árbitros.

Roque J. Caivano

Las funciones de cooperación o auxilio son inevitables, en la medida que no se reconozca a los árbitros facultades de *imperium*. Mucho se ha avanzado en esta materia, al admitirse –ya sin dudas– la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y la atribución de los árbitros de dictar medidas cautelares. Pero no parece que, en el estado actual de cosas, sea oportuno reclamar del Estado su aquiescencia para que los árbitros detenten funciones ejecutorias, pues ello importaría tanto como la abdicación del monopolio de la fuerza pública. Aclarado –como está en la mayoría de las modernas legislaciones– el reparto de competencias entre jueces y árbitros en materia de medidas cautelares, no resulta descabellado que el Estado reserve para sus jueces el rol de ejecutor de las decisiones arbitrales.

Donde se plantean mayores dudas es en orden a la función de control. Con todo, creemos que su justificación es evidente: nadie puede razonablemente pretender que los órganos judiciales de un Estado reconozcan efectos a –o, más aun, que presten su *imperium* para ejecutar– un laudo, sin que tengan, paralelamente, la facultad de ejercer un cierto control sobre él. Esta función judicial es, a nuestro juicio, la “*contrapartida*” de reconocer a los laudos arbitrales el carácter de una sentencia judicial. En efecto, la eficacia de cosa juzgada de su decisión y la habilitación de los procedimientos de apremio para obtener su cumplimiento forzado, están condicionadas a que el laudo cumpla ciertos requisitos: básicamente, que surja del consentimiento válido de las partes, que se refiera a cuestiones disponibles, que sea ejercida con respeto a las garantías del debido proceso, que no haya traspasado los límites que se le impone, que no vulnere el orden público, etcétera. Precisamente para verificar si tales requisitos se cumplen, existe una instancia de revisión judicial, generalmente prevista como irrenunciable, que se traduce en recursos o acciones de nulidad a través de las cuales se pueden impugnar las decisiones de los árbitros en procura de una declaración que las invalide.

Este, que es el estado general de situación en el derecho comparado, cumple con los postulados básicos: conforme la mayoría de las leyes modernas de arbitraje, el control judicial es acotado y *ex post*. Sin embargo, aunque claro en la teoría, la práctica muestra que esos límites son más difusos de lo que aparentan. Algunas veces por ambigüedades de la ley, otras por desconoci-

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

miento o por algún resabio de hostilidad judicial hacia el arbitraje, de tanto en tanto se conocen decisiones que muestran la necesidad de acentuar la tarea docente sobre estos aspectos.

De allí que uno de los principales desafíos que, en relación con la administración de justicia, se plantea al arbitraje, es lograr un adecuado equilibrio a la hora de definir su recíproca interacción.

El arbitraje no puede prescindir absolutamente del sistema judicial. Por razones no sólo teóricas sino prácticas, árbitros y jueces deben necesariamente *convivir*, ya que cada uno tiene “*una porción de la jurisdicción*” relativa a un caso. Como ha dicho la Corte Suprema de Justicia argentina, “*una necesaria coordinación entre la función jurisdiccional del Estado y la jurisdicción arbitral permite lograr la más adecuada tutela de los intereses privados disponibles, respetando la voluntad de las partes para la solución de las controversias con sujeción al orden jurídico que la Constitución Nacional y sus normas derivadas establecen*”.⁵³

Es preciso, pues, que se comprenda que la arbitral es una justicia que actúa no *en contra de* sino *a la par con* la judicial, en la búsqueda de un objetivo común: como señala Bruno Oppetit, por vías diferentes, ambos persiguen un ideal de justicia y pacificación, procurando una solución a las controversias que nacen en el seno de una comunidad y contribuyendo de ese modo a la paz social.⁵⁴ Ello, en otras palabras, pone de relieve la necesidad de supervisar la transparencia de los procedimientos arbitrales, pero evitando una intrusiva actitud de los jueces, lo que hace necesario mantener un adecuado equilibrio entre *control y abuso jurisdiccional*.

El mayor reto que el arbitraje moderno plantea, pues, es hallar un *justo medio*, no ya entre la ambición excesiva y la completa indiferencia respecto de la gloria —como planteaba Aristóteles en su “*Ética a Nicómaco*”— sino entre la interferencia judicial asfixiante y la autonomía arbitral absoluta. Responsabilidad que cabe —a cada uno dentro de su esfera de acción— a legisladores, árbitros y jueces.

Roque J. Caivano

¹ “[E]l arbitraje es una justicia; privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo: esta proviene de la voluntad de las partes de confiar a un tercero el poder de juzgar; el árbitro se ve investido de la *jurisdictio* en toda su plenitud”. OPPETIT, Bruno: *Teoría del arbitraje*, trad. por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, ed. Legis, Bogotá, 2006, p. 57.

² Así también se mencionaba hace casi un siglo. “El carácter jurisdiccional de los árbitros no puede desconocerse entre nosotros, donde está consagrado por textos legales. La Ley 23, título 4, partida 3 los llama ‘jueces’; el Código de Procedimiento Civil repite el concepto (artículo 767) y permite la ejecución de la sentencia arbitral en los mismos términos de la emanada de los jueces ordinarios (artículo 535)”. JOFRÉ, Tomás: “El juicio arbitral”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA*, 1923, tomo II, ps. 545 y siguientes.

³ Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Político Administrativa, 18/07/2000, Sentencia N° 01670.

⁴ LASCANO, David: *Jurisdicción y competencia*, ed. Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941, p. 12.

⁵ En un extremo, inclusive, se ha llegado a decir que “la función de los árbitros es pública o de Estado, y la institución de los árbitros mismos es uno de los casos en que a un particular se le reconoce la facultad de ejercitar funciones públicas, o en general, servicios públicos”. ROCCO, Ugo: *Derecho Procesal Civil*, ed. Porrúa, México, 1944, p. 89.

⁶ Arg. artículo 19, Constitución Nacional argentina.

⁷ “[E]n nuestra Constitución Nacional no se ha establecido que la única forma de garantizar el debido proceso del artículo 18 sea mediante un proceso judicial”. MARTÍN MARCHESINI, Gualtiero: “Aspectos procesales del arbitraje comercial internacional”, *Rev. Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 7 de septiembre de 2004.

⁸ Con relación al derecho brasileño se ha señalado que la garantía constitucional del acceso a la justicia no significa que las personas estén obligadas a recurrir a los tribunales judiciales cada vez que sus derechos son controvertidos, pues la constitución garantiza el derecho de accionar ante ellos, mas no lo impone; no es un deber sino una facultad inherente a la propia personalidad. Dictamen del Procurador General de la República, Geraldo Brindeiro, 17/03/1997, Parecer N° 8062, citado por BARRAL, Welber: *A arbitragem e seus mitos*, ed. OAB/SC, Florianópolis, 2000, p. 47.

⁹ El derecho de los particulares a pactar el arbitraje tiene, sujeto a una razonable reglamentación, protección constitucional. En algunos países (Honduras, Costa Rica, El Salvador, Ecuador y Perú) este derecho está expresamente plasmado en la Constitución. En otros (Colombia y Venezuela), si bien no de manera tan terminante, se establece una política general de promoción del arbitraje. En la Argentina, es posible afirmar ese derecho en la sistemática interpretación del texto constitucional.

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

¹⁰ “[A]un reconociendo que el Poder Judicial tiene el monopolio de la fuerza jurídica, ello no excluye que la mayor parte de las soluciones alternativas se busquen precisamente por cauces y por caminos en los que no hay que utilizar la fuerza”. RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial”, *Rev. Justicia*, N° 4, 1994, p. 808.

¹¹ Tribunal Constitucional de Perú, 28/02/2006, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC.

¹² El tema ha sido extensamente tratado en CAIVANO, Roque J.: “El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual”, *Rev. La Ley* 1994-A-868. Asimismo, puede verse CAIVANO, Roque J.: “Un desafío (y una necesidad) para los abogados: los medios alternativos de resolución de disputas”, *Revista Themis*, Lima, N° 31, julio de 1995.

¹³ CARBONNEAU, Thomas E.: “The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, octubre de 2003, ps. 1189 y siguientes.

¹⁴ El acuerdo arbitral es un contrato bilateral en el que las partes son, al mismo tiempo, acreedoras y deudoras de dos obligaciones principales: una de “no hacer”, consistente en no someter los conflictos a los tribunales estatales, y otra de “hacer”, consistente en someter la controversia presente o futura a la solución mediante arbitraje. SILVA ROMERO, Eduardo (Dir.): *El contrato de arbitraje*, ed. Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, ps. 525 y 695.

¹⁵ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l'arbitrage commercial international*, ed. Litec, Paris, 1996, ps. 395 y siguientes.

¹⁶ “[La misión del compromiso] es complementar la disposición más genérica contenida en la cláusula compromisoria de remitir a árbitros las eventuales disputas, al concretarlas en determinados puntos específicos. Versa por lo tanto sobre controversias ya existentes y no meramente eventuales como las que eran materia de la cláusula compromisoria. Es el acto jurídico a través del cual las partes definen —entre otras cosas— los puntos litigiosos que los árbitros habrán de resolver.” CAIVANO, Roque J.: *Arbitraje*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2ª edición, 2000, p. 137.

¹⁷ Sobre el derecho argentino, ver CAIVANO, Roque J.: “El compromiso arbitral: una institución inconveniente”, *Rev. La Ley* 1997-F-1177. Sobre el derecho brasileño, LEE, João Bosco: *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*, ed. Juruá, Curitiba, 2002, ps. 83 y siguientes.

¹⁸ En arbitrajes institucionales, el sometimiento al reglamento y las funciones que usualmente cumple la entidad que administra el arbitraje, cubren satisfactoriamente estas cuestiones, sin necesidad de provocar la intervención de los tribunales judiciales.

Roque J. Caivano

¹⁹ El origen “moderno” de esta figura se remonta al fallo de la Corte de Casación francesa del 10 de julio de 1843, en el que declaró que sólo podía pactarse el arbitraje para conflictos existentes y que la cláusula compromisoria no satisfacía el requisito establecido por el legislador, por lo que carecía de todo efecto. Cour de cassation, sala Civil, 10/07/1843, *in re* L’alliance c. Prunier, *Revue de l’arbitrage*, 1992, p. 399. Sobre la evolución posterior del derecho francés, ver MOREAU, Bertrand y DEGOS, Louis: “La clause compromissoire réhabilitée: Chronique d’une réforme annoncée”, *Gazette du Palais*, 14 de junio de 2001.

²⁰ GARRO, Alejandro M.: “Enforcement of arbitration agreements and jurisdiction of arbitral tribunals in Latin America”, *Journal of International Arbitration*, vol. 1, N° 4, 1989.

²¹ CONEJERO ROOS, Cristián: “Análisis comparativo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica”, *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 4, ed. Legis, Bogotá, enero-junio de 2006, ps. 13 y siguientes.

²² “[P]unto clave en el normal desarrollo de la operación arbitral— es la atribución de eficacia directa tanto sustantiva como procesal al convenio, comprensivo a su vez de las dos modalidades señaladas [cláusula compromisoria y compromiso arbitral]. La específica virtualidad del arbitraje exige también una eficacia específica del convenio arbitral; no como simple contrato; menos como precontrato o *pacto de contrahendo*. De aquí que progresivamente se haya abierto camino en el derecho positivo del arbitraje, tanto interno como internacional, la identificación de cláusula compromisoria y compromiso, como simples modalidades de la noción genérica o unitaria de convenio o pacto arbitral. Son numerosos hoy en día los ordenamientos internos que borran la distinción entre compromiso y cláusula compromisoria entronizando el concepto unitario de convenio arbitral”. CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando: *Tratado de Arbitraje privado interno e internacional*, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 591.

²³ Esta disposición, históricamente interpretada como una prohibición al dictado de medidas cautelares por parte de los árbitros, es hoy objeto de una acepción más amplia. En nuestra opinión, la necesidad de auxilio judicial sólo se produce cuando existe resistencia al cumplimiento voluntario de la medida cautelar y, por tanto, cuando existe necesidad de ejercer compulsión. CAIVANO, Roque J.: “Medidas cautelares en el arbitraje”, *Rev. JA* 1998-IV-47. En un sentido más restrictivo —aunque admitiendo que pueden dictarlas— otro autor opina que “en ningún caso los árbitros puedan ejecutar sus propias resoluciones cautelares”. PEYRANO, Jorge W.: “Medidas cautelares en los procesos arbitrales”, *Rev. JA* 2004-III-898.

²⁴ Ver, en general, CAIVANO, Roque J.: *Control judicial en el arbitraje*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

²⁵ GAILLARD, Emmanuele: “The negative effect of competence-competence”, Mealey’s International Arbitration Report, Vol. 17, N° 1, enero de 2002, p. 27.

²⁶ BROCHES, Aron: *Commentary on the UNCITRAL Model Law*, International Handbook on Commercial Arbitration, supl. 11, enero de 1990. Por esta razón, algunos autores critican el término utilizado para definir el principio, ya que no es cierto que los árbitros tengan el derecho a decidir de manera definitiva sobre su jurisdicción. SAMUEL, Adams: *Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West German Law*, Publicaciones del Instituto Suizo de Derecho Comparado, ed. Shulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1999, p. 182.

²⁷ CAIVANO, Roque J.: “Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad”, Rev. JA 1994-I-845.

²⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: *Arbitraje comercial y de las inversiones*, ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 421 y siguientes. Ver, asimismo, MOTULSKY, Henry: “L’exécution des sentences arbitrales étrangères”, Annales de la Faculté de Droit de l’Université de Liège, 1964, ps. 141 y siguientes.

²⁹ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold: *Traité de l’arbitrage commercial international*, ed. Litec, Paris, 1996, p. 899; CREMADES, Bernardo M.: “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, Revista Internacional de Arbitraje, N° 6, ed. Legis, Bogotá, enero-junio de 2007, ps. 13 y siguientes; REISMAN, W. Michael: *Systems of control in international adjudication and arbitration. Breakdown and Repair*, ed. Duke University Press, 1992, p. 139.

³⁰ PARK, William W.: “Duty and Discretion in International Arbitration”, American Journal of International Law, vol. 93, 1999, ps. 805 y siguientes.

³¹ SANDERS, Pieter: *Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice*, ed. Kluwer, La Haya, 1999, p. 19.

³² GRIGERA NAÓN, Horacio A.: “La autonomía del acuerdo arbitral”, Rev. La Ley 1989-D-1107.

³³ CAIVANO, Roque J.: “Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje”, Rev. La Ley 1994-A-994.

³⁴ “Como lo prueban recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas judiciales”. Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, parágrafo 14.

Roque J. Caivano

³⁵ Como se vio, este es el objetivo explícito que se persigue con la eliminación del requisito del compromiso arbitral (que evita una acción judicial para “constituir” el tribunal arbitral) y con la consagración legal de los principios de la “competencia de la competencia” y de la separabilidad del acuerdo arbitral, que trataremos más adelante (que evitan un control judicial prematuro sobre la existencia o alcance de la jurisdicción arbitral).

³⁶ Con todo, la intervención judicial para la designación, recusación o sustitución de los árbitros sólo opera cuando se trata de arbitraje *ad hoc* o cuando las partes no han pactado un mecanismo diferente para ello, como usualmente sucede en arbitrajes institucionales, que otorgan esas atribuciones a la propia entidad que administra el arbitraje.

³⁷ Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, parágrafos 15 y 16.

³⁸ “El Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás el poder invasor, el poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías, que tiene por misión hacer efectivas y amparar”. CSJN, 8/08/1872, *in re* Estado Nacional c. Ocampo, Manuel, Rev. Fallos 12: 134.

³⁹ Para lograr una cabal comprensión del arbitraje como justicia alternativa y complementaria respecto del proceso judicial “habrá que amortiguar y discernir los mitos y cargas ideológicas que presionan sobre el tema, pero sin descartar, al mismo tiempo, la consideración de las dificultades reales que este empresa conlleva (...) [y] esclarecer los términos de una relación fluida de cooperación recíproca entre el tribunal judicial y el órgano arbitral, a partir del reconocimiento de que esta última jurisdicción es tan válida, plena y eficaz como la del Estado”. MORELLO, Augusto M.: “Arbitraje: ideologías, dificultades, realidades (Algunas cuestiones del arbitraje interno e internacional”, en *Estudios de Derecho Procesal, Libro Homenaje XXV Aniversario*, Colegio de Abogados de San Isidro, 1991, p. 299.

⁴⁰ Debe anotarse que esta actitud de los tribunales –perceptible en muchos países durante el siglo XIX– ha cambiado notoriamente en las últimas décadas. Se advierte hoy que la desconfianza o la hostilidad judicial hacia el arbitraje se ha ido transformando en una mayor comprensión del respeto que merece la autonomía de la voluntad de las partes. LEW, Julian D.M., MISTELIS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan M.: *Comparative international commercial arbitration*, ed. Kluwer, La Haya, 2003, p. 356.

⁴¹ Árbitros y jueces no compiten sino que se complementan, “asociándose” en un sistema de justicia. HOLTZMANN, Howard M.: “L’arbitrage et les tribunaux: des associés dans un système de justice internationale”, *Revue de l’arbitrage*, 1978, ps. 253 y siguientes.

⁴² ALVAREZ, Gladys Stella: “Resolución alternativa de conflictos - Estado actual en el panorama Latinoamericano”, *ELDial.com*, 31 de octubre de 1999.

⁴³ ANAYA, Jaime L.: “Control judicial del arbitraje”, *Rev. La Ley* 2004-B-312.

El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional

⁴⁴ FERNÁNDEZ LEMOINE, María Rosa y SELIM, María Roxelana: “El arbitraje de consumo en la experiencia argentina”, Rev. La Ley 2002-A-1191.

⁴⁵ “[E]l arbitraje sólo es posible si las autoridades jurisdiccionales desean que éste funcione. La ley regula la intervención jurisdiccional en determinadas fases del *iter* arbitral. En la medida en que estas vinculaciones puedan atenuarse creando los mecanismos que hagan menos dependiente al arbitraje del sistema judicial, se cumplirán las metas que se requiere para el desarrollo de esta institución.” MONTOYA ALBERTI, Ulises: “El futuro del arbitraje comercial. Visión General”. Rev. Cathedra, Año III, N° 4, Lima, mayo de 1999, ps. 40 y 41.

⁴⁶ “Siempre que los tribunales ordinarios deben intervenir en el juicio arbitral para suplir la falta de imperio de los árbitros, su única misión es la de ejecutar el acto de imperio de que los compromisarios son incapaces. Ellos no tienen responsabilidad en las resoluciones arbitrales y sólo les corresponde adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento”. AYLWIN AZÓCAR, Patricio: *El juicio arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 2005, p. 411.

⁴⁷ La Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., hace 150 años, hizo notar que la decisión de los árbitros, salvo supuestos de excepción, no está ni debe estar sujeta a revisión judicial pues, de lo contrario, se sustituirían los jueces elegidos por las partes y el laudo, en lugar de ser el final, sería el comienzo de un pleito. US Supreme Court, 1854, *in re* Burchell v. Marsh, 58 U.S. 344, 349.

⁴⁸ BERIZONCE, Roberto Omar: “Los medios alternativos de solución de conflictos: bases para su implementación”, en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Tomo XXXII.

⁴⁹ PARODI, Víctor Gustavo: “El caso ‘Yacyretá’ (O cómo retroceder ochenta años). Análisis y comentarios”, Revista de Derecho Comparado, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, N° 11, p. 187 y siguientes. El autor explica, con cita de Goldman, Redfern & Hunter y Lord Mustill, que la relación entre tribunales judiciales y arbitrales debería asimilarse al vínculo existente entre dos socios pues, aunque no se trate de una sociedad entre iguales –sustancialmente debido a la falta de *imperium* de los árbitros–, árbitros y jueces deberían tener un rol diferente a ejercer en distintos momentos, en forma similar a lo que ocurre con una carrera de “relevos”. Así, antes de constituirse el tribunal arbitral, corresponderá a los jueces velar por el cumplimiento del acuerdo arbitral; una vez en funciones los árbitros, les tocará continuar la carrera hasta el dictado del laudo; finalmente, una vez cumplido el cometido principal de los árbitros, corresponde un nuevo relevo a los tribunales judiciales para hacer cumplir el laudo arbitral ante la eventual reticencia o desconocimiento de la parte vencida en el arbitraje.

⁵⁰ VÉSCOVI, Enrique: “Nuevas tendencias y realidades en el proceso civil”, Rev. Uruguaya de Derecho Procesal, Montevideo, 1994, p. 465.

Roque J. Caivano

⁵¹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M.: *El arbitraje*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 59.

⁵² BARONA VILAR, Silvia: “Binomio, arbitraje y Poder Judicial en el siglo XXI: entre la pasión y el pensamiento”, *Rev. Boliviana de Derecho*, N° 2, Santa Cruz, julio de 2006, p. 149.

⁵³ CSJN, 11/07/1996, *in re* S.A. Energomachexport c. Establecimientos Mirón S.A., *Rev. Fallos* 319: 1287, publicada asimismo en *Rev. JA* 1997-A-6, con nuestra nota “Un nuevo respaldo de la corte al arbitraje”.

⁵⁴ OPPEITI, Bruno: *op. cit.*, p. 45.

Roque J. Caivano

Arbitro y Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales. Es miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (ICC), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) y del Instituto Latinoamericano de Arbitraje (ILdeA), el cual también ha presidido, además de haber colaborado con varios gobiernos de la región para la elaboración de sus respectivas leyes de arbitraje.

Es árbitro de las Cámaras de Comercio de, entre otros, Santa Cruz (Bolivia), Lima (Perú), Santiago (Chile), Quito (Ecuador), Guayaquil (Ecuador) y la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (España). Es autor o coautor de 6 libros, y cerca de 200 trabajos publicados.

Como profesor, el Dr. Caivano ha impartido clases en las Maestrías en Asesoramiento Jurídico de Empresas o Derecho Empresario, de las Universidades Austral (Buenos Aires y Rosario), y Torcuato Di Tella (Buenos Aires), entre otras. Es egresado de la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador.