

¿Jurisdicción Arbitral?

Juan Rivadeneyra Sánchez

Alumno del 9no. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

El inciso primero del artículo 233 de la Constitución, señala la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional como una de las Garantías de la Administración de Justicia, añadiendo que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. Vale decir que, según la Constitución los únicos que pueden ejercer una función jurisdiccional en el Perú son: 1) los jueces del Poder Judicial; 2) los árbitros y 3) los jueces del fuero militar; cada uno dentro del ámbito de competencia que les corresponde.

Por obvias razones queda justificada la excepción que el artículo hace respecto del fuero militar (o "jurisdicción militar" si se quiere), mas no así respecto de la mal denominada "*jurisdicción arbitral*"; pues hay consideraciones basadas tanto en el concepto mismo de "jurisdicción" y lo que ello implica, como en un análisis del nivel en el cual se desenvuelve la función arbitral, que nos llevan a pensar que, en puridad, no estamos ante una jurisdicción excepcional ni mucho menos en una que sea distinta de la ordinaria. Cabe recordar que el mencionado precepto constitucional, creó al momento de su aprobación en la Asamblea Constituyente, una gran polémica que reavivó de ese modo el debate entre contractualistas y publicistas que venía de años atrás. De este debate doctrinario, intentamos extraer elementos tanto de una como de otra posición (fundamentalmente de la procesalista, pues es ahí donde se encuentra la jurisdicción definida como tal), que reafirman la inexactitud del término empleado por la Constitución:

1. Algunos justifican la expresión "*jurisdicción arbitral*", argumentando que en tanto el árbitro "dice derecho", existe una jurisdicción excepcional. Si bien es cierto que jurisdicción proviene del latín "*ius-dicere* = decir derecho", es un grave error afirmar ello, pues cualquier persona (mas aún si es abogado o estudiante de derecho) puede "decir derecho" muchas veces de un modo más acertado que los propios miembros del Poder Judicial y sin embargo no nos queda la menor duda que no ejerce función jurisdiccional alguna.

Es errado pues, limitar el significado del término a una mera concepción etimológica tal como parece hacerlo la Constitución. Dentro de esta lógica, aunque parezca un contrasentido, es correcto afirmar que sólo los personajes mencionados pueden decir derecho (no ejercer función jurisdiccional); pero esto no es suficiente para tener una visión completa y real de lo que debe entenderse por jurisdicción, ni menos aún para crear una distinta a la ordinaria.

La doctrina, a pesar que no se ha puesto de acuerdo en la definición del término, nos da pautas para llegar a comprenderlo, y es ahí donde debemos centrar nuestra atención. Es preciso tener, como punto de partida, una definición de "jurisdicción" y dentro de muchas, nos parece más adecuada la que formula el maestro uruguayo Eduardo Couture, quien señala que es la "*función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad*", recalcando luego que la jurisdicción es un poder-deber (junto a la facultad de juzgar, el juez tiene el deber administrativo de hacerlo) ¹.

2. Como se desprende de la anterior definición, la función jurisdiccional se ejerce por órganos del Estado, mientras que la función arbitral la ejercen los particulares designados por las partes de un juicio promovido o por promoverse, los cuales preparan su decisión (laudo) sin el uso de poderes jurisdiccionales, excluidos totalmente de cualquier investidura por parte del Estado. La función jurisdiccional sólo la pueden ejercer órganos estatales, pues es precisamente la soberanía del Estado la que determina que sea el órgano único e idóneo que pueda, mediante la actuación de la ley, mantener la vigencia de un orden social. Y es que, tal como lo afirma Alcalá-Zamora, "*es preciso que el tercero que resuelve el conflicto, sea imparcial,*

1. Couture, Eduardo: *Fundamentos de D. Procesal Civil*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 40.

más fuerte que las partes entre sí enfrentadas; para que llegado el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente frente a todo caso de desobediencia" ². Como atribución exclusiva del Estado, está ratificada en forma unánime tanto en la legislación como en la doctrina. Así, por ejemplo:

- Carnelutti: "Actividad que los jueces ejercen en nombre del Estado..."
- Alzamora Valdéz: "Poder que le corresponde al Estado..."
- Cabanellas de Torres: "... que es ejercitada por los tribunales y jueces en lo civil"
- Chiovenda: "La función del Estado..."
- Calamandrei: "La posición de la Administración de Justicia en el moderno estado de derecho..."
- Couture: "Función pública realizada por órganos competentes del Estado..."
- Podetti: "Poder público que una rama del gobierno ejercita..."
- Rocco: "La actividad con que el Estado..."
- Alsina: "Potestad conferida por el Estado a sus órganos..."
- Código de Organización de los Tribunales de Uruguay: "La potestad pública de los tribunales..."

3. En el ámbito legislativo, resulta sintomático que en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nos hable tímidamente de una "función arbitral" y no de jurisdicción, tal como si lo hace en el artículo 4, refiriéndose a la ordinaria ("La función arbitral se ejerce por las personas designadas con tal fin por la ley o por las partes de acuerdo con las normas pertinentes"). Dice bien el artículo, pues no se intenta desestimar la existencia de una función arbitral, que de por sí existe. Resulta así la Ley Orgánica del Poder Judicial de España más prudente que la nuestra, pues omite cualquier pronunciamiento acerca de la función arbitral. Así en el artículo 3 dice: "La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos" (refiriéndose en esto último a la jurisdicción militar ya que así lo deja establecido el artículo 117 inciso 5to. de la Constitución española ³. Por su parte las normas constitucionales de países como España (donde la institución del arbitraje ha tenido un gran desarrollo) o Italia, que podrían considerarse el equivalente al inciso 1ro. del artículo 233 (artículos 117.3 y 117.5 de la Constitución española y 102 y 103 de la Constitución italiana) no hacen excepción alguna a la jurisdicción ordinaria, salvo la lógica referencia a la jurisdicción militar. Asimismo a nivel de legislación espe-

cífica en materia de arbitraje, encontramos que ni los artículos del 790 al 839 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, ni la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado del 22 de diciembre de 1953 (que derogó los mencionados artículos de la L.E.C.) hacen referencia alguna a la jurisdicción, como erróneamente también lo hace el artículo 1909 de nuestro Código Civil.

4. Otro aspecto de la función jurisdiccional que hay que tomar en cuenta, es que ésta emana de la soberanía del Estado, mientras que la función arbitral emana de un convenio entre particulares. Dicho de otro modo, el Juez ejerce dicha función porque en virtud de la "potestas" del Estado asegura la vigencia del derecho para mantener el orden necesario en la sociedad. Si se quiere, resulta obligado en virtud de un contrato social rousseauiano. El árbitro en cambio, ejercerá la función arbitral por que las partes así lo determinan, estando obligado en virtud de un contrato privado (ese contrato es el de "recepción de árbitros", el cual en el fondo viene a ser una modalidad de la prestación de servicios). Como se aprecia, los términos y condiciones en que ambos personajes resuelven una controversia no son los mismos; el presupuesto de actuación de ambos tampoco es el mismo, con lo cual se hace muy difícil equiparar la función del juez con la del árbitro.

5. En el arbitraje desaparece el concepto de competencia, como porción de jurisdicción válidamente ejercitada. Todo juez por el simple hecho de serlo está investido del atributo jurisdiccional in genere, y en esa medida será competente (según los diversos órdenes que se dan) para conocer de unos casos y de otros no. Por su parte el árbitro es tal sólo en tanto las partes le confieran la facultad de resolver el conflicto y sólo podrá conocer y resolver lo expresamente señalado en el compromiso arbitral. Por ello siempre será "competente" (no hay ese margen de duda que se presenta sobre la competencia de un Juez), puesto que es el único que puede y debe (por estar obligado contractualmente) resolver la controversia planteada.

6. El compromiso arbitral, tal como dice Chiovenda ⁴, implica una renuncia a que conozca de una controversia la autoridad judicial. Debemos entender que esta renuncia no implica la sustitución de una jurisdicción por otra excepcional, ni por otra función en un mismo nivel que ella. Tampoco implica una transferencia de jurisdicción de los órganos judiciales a los árbitros, ni que la competencia de éstos pase a la de aquellos. Lo que en realidad sucede es que mediante el arbitraje se produce una restricción al trabajo previo que realiza todo juez normalmente. Ese trabajo previo estaría integrado fundamentalmente por: la recepción de las pretensiones, la determinación de la litis y por la llamada "subsunción" (enlace lógico de la situación particular con la previsión hipotética de la ley, tanto en el arbitraje de derecho como en el de equidad de

2. Alcalá-Zamora, Niceto: *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, UNAM, México, 1970, p. 14.

3. Art. 117.5 Constitución España: "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución".

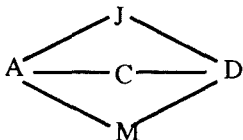
4. Chiovenda, Giuseppe: *Principios...*; Ed. Reus, Madrid, 1922, p. 127.

acuerdo al leal saber y entender de los amigables componedores), conjuntamente con el procedimiento determinado por las partes.

7. Destacable es el hecho que ante el supuesto de haber celebrado las partes un compromiso arbitral, y recurrir una de ellas al Poder Judicial, la otra no podría interponer una Excepción de Incompetencia (como sucedería si se admitiese la existencia de una jurisdicción arbitral, pues como señala la doctrina: "a la negación de la potestad del juez ante que se recurre, se contraponen la afirmación del excepcionante de la competencia de otro juez u órgano judicial") sino la llamada *Excepción Arbitral*, la que está regulada en el artículo 1914 del Código Civil, artículo 24 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje y artículo 19 de la Ley española de Arbitrajes de Derecho Privado, y que se define como una de carácter sustantivo que reafirma el carácter previo del arbitraje, puesto que su interposición persigue: a) la inhabilitación de todo órgano del Poder Judicial, para conocer la controversia sometida al arbitraje; b) la reafirmación del árbitro como único personaje apto para conocer del conflicto en un nivel anterior al del Juez, careciendo de jurisdicción propia o delegada. No debemos confundir entonces, la excepción arbitral ni con la excepción de pleito pendiente, ni menos aún con la de incompetencia.

8. La posición que ocupa el árbitro cuando ejerce su función es también determinante para establecer si existe o no una jurisdicción arbitral. De una parte, autores como Alcalá Zamora nos dicen que se encuentra "supra-partes" (encima de las partes), mientras que por otra autores como Kisch nos dicen que no se encuentra por encima de ellos, sino que es defensor u hombre de confianza de los mismos. Pensamos que ambas posturas son equivocadas. La primera por razones que a continuación se explican y la segunda porque solo estaría tomando en cuenta al amigable componedor, olvidando al árbitro de derecho. No obstante esto, no debemos olvidar que el término "laudo" proviene del latín "recomendar", en tanto se recomienda y no se impone, estaríamos ubicando al árbitro "intra-partes" (entre las partes) tal como lo hace Kisch.

Valiéndonos del cuadro que Alcalá-Zamora⁵ presenta para graficar la heterocomposición, observamos:



Donde: J = Juez (impone una solución)
A = Actor
C = Conciliador (dispone solución)
D = Demandado
M = Mediador (propone solución)

Estas son conjuntamente con el arbitraje, las únicas variantes de heterocomposición (composición de un conflicto mediante la intervención de un tercero) que se pueden presentar. ¿En cuál posición ubicaríamos al árbitro? Creemos que tiene una posición sui generis: entre el Juez (J) y el Conciliador (C) (por debajo del primero y encima del segundo) por las siguientes razones:

1) La posición que ocupa el Juez se justifica por la función pública que desempeña, determinando que no pueda existir otro personaje en un mismo nivel que el suyo. La función que cumple el árbitro no puede compararse a la del juez;

2) La figura del Juez siempre estará presente en este cuadro, mientras que el árbitro sólo aparecerá en la medida que haya un compromiso arbitral; y,

3) El árbitro sólo posee algunos de los atributos que la doctrina clásica considera como integrantes de la jurisdicción. Tiene la *Notio* (facultad para conocer el conflicto planteado), *Vocatio* (facultad de ordenar comparecencia de las partes y de seguir el proceso en rebeldía) y *Judicium* (de sentenciar, o "laudar" en este caso) pero no posee ni la *Coertio*, ni la *Executio* (atributos coercitivos y ejecutivos imprescindibles de una verdadera función jurisdiccional). Es por esto que se llega a sostener que los árbitros deben afirmar, sin poder actuar la voluntad de la ley. A pesar que tal como lo señalan los artículos 56 y 57 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje⁶, el laudo arbitral tiene el valor de sentencia y en principio es definitivo e inapelable. El árbitro tiene que recurrir al Juez para la ejecución del laudo. Si estuviéramos ante una verdadera jurisdicción arbitral el árbitro tendría que estar en aptitud de ejecutar y coaccionar sin necesidad de recurrir al Juez. Pero no solo en el caso de ejecutar el laudo se nota la presencia del Juez, reveladoramente los artículos 1908 y 1910 del Código Civil, 556, 562; 563; 567; 569; 572; 576 y 579 del Código de Procedimientos Civiles, 7; 9; 10; 12; 13; 22; 23; 36; 39; 56; 58; 59; 61; 62 y 64 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje, regulan su intervención como un personaje con una misión cautelar (por encima del árbitro) que tiene como base precisamente la posibilidad de coerción de la cual carece el árbitro y que acude en su ayuda.

9. Si bien el arbitraje se diferencia claramente de la transacción (pues el que resuelve es el tercero y no se presenta esa mutua concesión a la que se refiere

6. Artículo 56.- "El laudo arbitral tiene valor de sentencia. Se ejecutará por el Juez de primera instancia competente del lugar de la sede arbitral, y habiendo varios, el de turno en la fecha de expedición del laudo. Está prohibido el Juez ejecutor, bajo responsabilidad, admitir recurso alguno que entorpezca la ejecución del laudo, siendo nula la resolución admisorio".

Art. 57.- "Los laudos de derecho y de amigables componedores son definitivos e inapelables, salvo que tratándose de laudos de derecho, en el compromiso se hubiese permitido expresamente la interposición".

5. Alcalá-Zamora, p. 76.

el artículo 1032 del C. C.), creemos que ambas figuras se encuentran en un mismo nivel. Por lo demás así lo dan a entender los artículos 1820 y 1821 del Código civil español: "*Las mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas*", "*lo dispuesto en el capítulo anterior sobre transacciones es aplicable a los compromisos*". Lo que persiguen ambas figuras es buscar la solución a un conflicto dentro del campo de libertad que tienen las partes para hacerlo, sin tener la necesidad de acudir al campo extremo de la función jurisdiccional del Estado. Se ratifica esta idea, con una disposición como la que contiene el Código de Procedimientos Civiles del D.F. de México: Artículo 610.- "*El compromiso puede celebrarse antes que haya juicio, durante este y después de celebrarse, sea cual fuere el estado en que se encuentre. El compromiso posterior a la sentencia irrevocable solo tendrá lugar si los interesados la conocieren*". Esta norma nos sirve a su vez para afirmar lo siguiente. De admitir la existencia de una jurisdicción arbitral distinta a la ordinaria y de celebrarse un compromiso luego de sentenciada la causa, tal como lo permite expresamente este artículo del C. P. C. mexicano, estaríamos ante una flagrante negación del principio "*Non bis in idem*" (puesto que a nivel de jurisdicciones se estaría conociendo del mismo asunto dos veces). Queda entonces establecido el ámbito del arbitraje más que en un nivel jurisdiccional, en uno contractual.

De esto deriva la imposibilidad de equiparar el laudo con el acto jurisdiccional (sentencia), ya que el fundamento de la irrevocabilidad del laudo, tal como lo dispone el artículo 57 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje, reside en última instancia en las partes, pues nada impide que prescindan del laudo y se vuelvan a someter a juicio ante el Poder Judicial; lo cual no puede hacerse de ningún modo con una sentencia.

10. La función jurisdiccional es amplia, mientras que la arbitral no abarca toda clase de litigios. Entendiendo por "*litigio*" a todo conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución asimismo jurídica. Son susceptibles de ser sometidos al conocimiento y decisión del órgano jurisdiccional todos los casos justiciables (que son como señala Alvarado Velloso⁷ aquellos susceptibles de ser sometidos al conocimiento y decisión judicial. Considerando dentro de este rubro a todos los actos de particulares y del Estado, en tanto exista en el sujeto que invoca la protección jurisdiccional, un interés jurídico, quedando sólo excluidos del poder jurisdiccional, los actos de gobierno que están sujetos a un contralor político y que generan idéntica responsabilidad). Cabe señalar que no toda la función jurisdiccional supone la existencia de un conflicto (así en el caso del divorcio en que ambos cónyuges están de acuerdo en llevarlo a cabo). En el caso del arbitraje, este sólo podrá versar sobre la controversia específica

determinada en el compromiso arbitral (artículo 1911 del C. C.) y nunca podrán ser objeto del mismo las cuestiones: 1) que versen sobre el Estado o capacidad civil de las personas, 2) referentes al Estado o sus bienes, salvo excepción... y 3) las que interesen a la moral y a las buenas costumbres (artículos 1913 del C. C. y 549 del C. P. C.).

11. El artículo 56 del Proyecto de Ley sobre Arbitraje señala que el laudo tiene valor de sentencia. Pero como ya se ha señalado, es ejecutado por el Juez de Primera Instancia competente del lugar de la sede arbitral. Hay en el laudo, como dice Chioventa⁸, una presunción de cosa juzgada, de verdad *iuris et de iure* absoluta. Sin embargo, a pesar que la preparación lógica que realiza el árbitro para llegar a una conclusión (subsunción), es la misma que la del Juez, no podemos afirmar que se trata de un acto jurisdiccional sino sólo en la medida que esa elaboración lógica sea llevada a cabo por un órgano jurisdiccional.

Se dice que la voluntad de la ley no puede considerarse actuada si la sentencia (o laudo en este caso) no adquiere ejecutoriedad. Esto se hace más patente en la legislación italiana, la que exige determinada formalidad luego de emitido el laudo, con el fin de convalidar la existencia misma del laudo, antes que con el propósito de una ejecución forzosa (C. P. C. italiano, artículo 825.- "*El laudo es depositado por uno de los árbitros en la Secretaría de la pretura del lugar en que fue emitido, conjuntamente con el promiso o escritura que contiene la cláusula compromisoria o con los actos en que se contiene la cláusula compromisoria o con los actos en que se articularon las cuestiones, dentro del término perentorio de cinco días desde la fecha de suscripción. Comprobada la tempestividad del depósito y la regularidad formal del laudo, el pretor decreta su ejecutoria. El decreto del pretor confiere al laudo eficacia de sentencia*"). Si bien en el caso de la ley italiana, el laudo adquiere valor de sentencia en distinto momento que en la nuestra (donde basta la emisión del laudo para que se le asigne ese valor), subsiste en ambos casos la necesidad de acudir al Juez ya sea para ejecutarlo o convalidarlo.

12. En el arbitraje las partes pueden determinar el procedimiento al cual se sujetara el mismo, lo que no puede suceder cuando uno se somete a la jurisdicción ordinaria. Dentro de la libertad que el Derecho otorga a las personas para resolver un conflicto mediante el arbitraje, se incluye también la de pactar las reglas a las que se sujetará el procedimiento (artículo 25 del proyecto y 560 del C. P. C.). Dentro de la variedad de posibilidades que se pueden presentar son destacables las siguientes:

a) Pueden exonerar al árbitro de la motivación escrita de las resoluciones; lo cual de ningún modo podría darse en la jurisdicción ordinaria. Más aún, es una garantía de la administración de justicia (artículo 233,

7. Alvarado Velloso, Adolfo: *Comentarios al C. P. C. de la Provincia de Santa Fe*, Ed. CEP, Rosario, 1978, p. 140, T. I.

8. Chioventa, p. 126.

inciso 4to. de la Constitución) cuyo desconocimiento acarrearía la nulidad de la resolución.

b) Pueden renunciar al recurso de apelación o de nulidad. El proyecto de Ley sobre Arbitraje va incluso más allá, pues al afirmar en el artículo 57 que los laudos son definitivos e inapelables, "*salvo que en el compromiso se hubiese permitido expresamente la interposición de recurso de apelación*" estaría estableciendo una suerte de presunción de renuncia tácita anticipada a dichos recursos salvo mención expresa en contrario. Como es evidente esto tampoco podría suceder en la jurisdicción ordinaria, la Constitución en el artículo 233, inciso 18 establece como garantía de la administración de justicia la instancia plural.

De estar frente a una "*jurisdicción arbitral*" esta debería respetar las garantías de administración de justicia que la Constitución señala (pues mediante el arbitraje también se administra justicia), sin que quepa posibilidad de pactar en contra de ellas. La ley al permi-

tir que se exonere de motivación escrita a las resoluciones o que se renuncie al recurso de apelación, reafirma una vez más que el nivel dentro del cual se desarrolla el arbitraje no es el jurisdiccional, sino uno previo.

A modo de conclusión debemos afirmar que es menester percibir que cuando el derecho le otorga a las partes un medio de solución de conflictos como el arbitraje (con todas las innumerables ventajas que ofrece y que muchas personas desconocen), no está creando en modo alguno, una jurisdicción distinta a la ordinaria; sino que tal como bien afirma Quiroga⁹, se crea una forma anterior de composición del litigio (heterocomposición no procesalizada), que estará siempre bajo el control de la Tutela Judicial efectiva.

9. Quiroga, Aníbal: "Los DD.HH. el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia". En: *La Constitución Peruana...*; Cultural Cuzco S.A., Lima 1987, p. 128.

