

EL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ, REVISITADO A LA LUZ DE LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL ARGENTINA

THE KOMPETENZ-KOMPETENZ PRINCIPLE REVISITED IN THE LIGHT OF THE ARGENTINA'S INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION LAW

Roque J. Caivano*

Universidad de Buenos Aires

Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires

Natalia M. Ceballos Ríos**

Universidad Austral de Buenos Aires

Árbitro independiente

As one of the pillars of international arbitration, the doctrine of kompetenz-kompetenz has a dual function. In a positive sense, it represents the recognition of the existence of an arbitral jurisdiction founded on the parties' agreement and thus the power of any arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction when challenged. In its negative sense, the principle acknowledges the arbitrators' power to be the first judge to consider and decide on the said jurisdiction when resolving a dispute.

In this article, the authors recapitulate the kompetenz-kompetenz principle under the light of the recently promulgated Argentina's International Commercial Arbitration Law, emphasizing its various nuances, which sometimes occur unnoticed by national courts. The aim is understanding, through a logic and practical standpoint, the reasonable and balanced distribution between arbitral and judicial roles when the principle is exercised.

KEYWORDS: *Kompetenz-kompetenz principle; arbitral jurisdiction; declinatory form; inhibitory form; national courts.*

Como uno de los pilares del arbitraje internacional, la doctrina kompetenz-kompetenz tiene una función dual. En un sentido positivo, representa el reconocimiento de la existencia de una jurisdicción arbitral que se funda en el acuerdo de las partes y, en consecuencia, el poder de cualquier tribunal para decidir sobre su propia jurisdicción cuando esta es cuestionada. En su sentido negativo, el principio reconoce el poder de los árbitros de ser los primeros jueces que evalúen y decidan sobre su jurisdicción.

En este artículo, los autores recapitulan el mencionado principio dentro de la recientemente promulgada Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina, colocando énfasis en sus múltiples matices, que en ocasiones pasan inadvertidos por los tribunales estatales. El propósito es comprender, mediante la lógica y utilidad práctica del principio, la distribución razonable y equilibrada de los roles entre la justicia arbitral y judicial.

PALABRAS CLAVE: *Principio kompetenz-kompetenz; jurisdicción arbitral; forma declinatoria; forma inhibitoria; sede judicial.*

* Árbitro. Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Profesor de las facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Torcuato Di Tella. Gerente jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Contacto: Roque.Caivano@cabc.com.ar.

** Árbitro. Máster en Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Americana de Asunción y el IDE-CESEM Business School, con estudios de especialización por la American University, Washington College of Law. Profesora de la Universidad Austral de Buenos Aires. Directora de la Competencia Internacional de Arbitraje. Árbitro independiente (Buenos Aires, Argentina). Contacto: natceballosrios@gmail.com.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 1 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 25 de julio de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

En junio de 2018, Argentina sancionó la Ley 27.449 (en adelante, LACI) que regula el arbitraje comercial internacional. La referida norma está sustancialmente basada en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) (luego de su actualización en 2006). En ese sentido, dado que la LACI reproduce con exactitud el texto de la referida Ley Modelo, las consideraciones que se viertan y el análisis que se realice en el presente trabajo, serán perfectamente aplicables a cualquier legislación que haya recogido el principio *kompetenz-kompetenz* en los términos de la Ley Modelo.

La Ley de Arbitraje peruana también está basada en la Ley Modelo. No obstante, con relación al tema objeto de este trabajo, contiene algunas soluciones parcialmente diferentes a la LACI, que identificaremos a efectos de ofrecer también un examen comparativo¹.

El artículo 35 de la LACI, idéntico al artículo 16.1 de la Ley Modelo, contiene la formulación general del principio al expresar que “el tribunal arbitral está facultado para decidir lo referente a su propia competencia, inclusive, sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje” (2018). En el más elemental de sus efectos, esta regla supone reconocer a los árbitros facultades para verificar y resolver las cuestiones relativas a su propia jurisdicción. Dado que las objeciones a la jurisdicción de un tribunal arbitral no pueden basarse más que en un cuestionamiento a la existencia, a la validez², o al alcance del convenio arbitral; el principio *kompetenz-kompetenz* implica que el tribunal arbitral tiene la atribución de analizar y decidir si el convenio arbitral que se invoca existe y es válido, si es oponible a todas las partes del proceso, si las cuestiones incluidas en él son arbitrables y si las que se le someten a su decisión son aquellas comprendidas en ese acuerdo.

A través del principio *kompetenz-kompetenz* se procura impedir la sustracción prematura de la jurisdicción arbitral y la remisión de la causa a sede judicial, muchas veces propiciada por alguna de las partes que —a pesar de haberlo convenido al con-

tratar— por razones tácticas buscan luego, cuando el conflicto se ha presentado, huir del arbitraje (Llain Arenilla, 2014, pp. 143 y ss.). Coincidimos con Gaillard, en que el principio no es neutral; es decir, está específicamente destinado a proteger al arbitraje de su intrínseca fragilidad: como la jurisdicción de los árbitros descansa en la voluntad de las partes, es más fácil sabotear la competencia de un tribunal arbitral que la de uno judicial, porque bastaría con argumentar que, al nacer aquella de un acuerdo, los árbitros no están facultados para pronunciarse sobre ningún punto mientras la existencia, validez y exigibilidad del acuerdo arbitral, del que derivan su competencia, no estén definitivamente establecidas (2010, pp. 100-110).

El principio *kompetenz-kompetenz* busca erradicar la creencia de que los árbitros no pueden resolver los cuestionamientos de su propia competencia porque, al estar esa misma competencia en tela de juicio, es necesario que un tribunal judicial la confirme, como paso previo a cualquier otra decisión. Bajo esa concepción, el solo cuestionamiento a su competencia impedía a los árbitros decidir la cuestión y derivaba en una forzosa remisión del caso a un tribunal judicial. Cabe resaltar que, históricamente, se consideraba que solo un tribunal judicial era capaz de determinar la existencia y la extensión de los poderes de los árbitros, porque no era dable a estos pronunciarse sobre aquello que estaba siendo cuestionado. En otras palabras, para poder decidir sobre su competencia, tenerla era una condición previa, y, si una de las partes objetaba esa tenencia, era un contrasentido permitir que los propios árbitros se pronunciaran.

II. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE SUS EFECTOS Y ALCANCE

En su efecto básico, el principio *kompetenz-kompetenz* rompe con la línea de razonamiento referente a la competencia del tribunal judicial y, sencillamente, autoriza de modo expreso a los árbitros a decidir sobre el alcance de su propia competencia, garantizando que la afirmación que realice alguna de las partes acerca de la inexistencia o invalidez del convenio arbitral no producirá inexorablemente la parálisis del procedimiento arbitral y la judicialización del caso (Silva Romero, 2005, p. 581). Esta judicialización frustraría la intención

¹ Para un análisis comparativo general entre la ley argentina y la peruana, véanse a Caivano y Ceballos Ríos (2019).

² Comprendemos dentro de este término las cuestiones relativas a la arbitrabilidad, pues, en definitiva, la arbitrabilidad hace referencia a la legalidad de un acuerdo de arbitraje, esto es, para que dicho acuerdo despliegue sus efectos no basta que se produzca el consentimiento válido de las partes, sino que su objeto debe ser susceptible de ser resuelto mediante arbitraje; emerge, pues, como una condición legal de la validez del convenio arbitral y, por consiguiente, de la competencia de los árbitros (Fernández Rozas, 2019). Véase a Caivano (2011a).

común de las partes al convenir el sometimiento a arbitraje, que es precisamente evitar la intervención de un tribunal judicial³. En definitiva, lo que busca el principio es evitar que una de las partes pueda paralizar o suspender fácilmente el procedimiento arbitral con el solo expediente de negarle competencia a los árbitros (Vásquez Palma, 1981, pp. 181-196).

Este efecto, que suele calificarse como el efecto **positivo** del principio, consiste en facultar a los árbitros a decidir sobre su propia jurisdicción, impide que caigan en alguna inconsistencia lógica. Ahora bien, la primera inconsistencia que se evita es la de resolver, precisamente, sobre aquello que una de las partes cuestiona, cuando de ese convenio depende su facultad de juzgar; tómesese como ejemplo la existencia, validez o alcance del convenio arbitral. Si bien es cierto que en la mayoría de los sistemas procesales son los propios jueces quienes deciden sobre su propia competencia, la situación de los árbitros no es exactamente igual, porque su autoridad para juzgar no proviene de la ley, sino de un acuerdo de voluntades. Y si la existencia, la validez, la exigibilidad o el alcance de ese acuerdo es lo que está siendo disputado, la utilidad de la norma legal que establece el principio *kompetenz-kompetenz* luce más evidente: de ese modo se asegura que, aun cuando se haya objetado la fuente misma de la que surge su potestad jurisdiccional, los árbitros podrán pronunciarse sobre ella. Por otro lado, la segunda inconsistencia lógica que se evita con el principio es que el tribunal arbitral puede declarar su incompetencia, sin que esa decisión se **autoanule** por falta de competencia⁴.

Pero el principio cuenta con otro efecto, denominado **negativo**, e implica que los tribunales judiciales están temporalmente impedidos de entender en litigios relativos a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral⁵. Este efecto es la contrapartida lógica de la habilitación para que los árbitros resuelvan esas cuestiones, pues si este no fuera reconocido, de poco serviría el efecto positivo (Gaillard, 2002, p. 27).

De cualquier manera, el principio *kompetenz-kompetenz* no otorga a los árbitros el poder total para resolver el planteo de incompetencia. Como se ex-

plicará más adelante, esa decisión de los árbitros es siempre revisable judicialmente, por lo que el Poder Judicial se reserva el rol de **autoridad final** en el juzgamiento de la jurisdicción arbitral. El principio no convierte a los árbitros en jueces únicos o finales de su propia competencia. Solo precisa el momento en que cada uno puede pronunciarse sobre la jurisdicción arbitral: los árbitros en primera instancia y los tribunales judiciales revisando esa decisión. Lo que se intenta, en esencia, es conciliar el propósito de resolver en una instancia privada los conflictos surgidos entre las partes, con la necesidad de que exista una supervisión judicial. Y ese propósito se cumple reconociendo a los árbitros la facultad de decidir, pero subordinando esa decisión a una instancia de revisión judicial.

Como explica autorizada doctrina, mediante el principio *kompetenz-kompetenz* se logra que la justicia arbitral tenga “prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje” (Figueroa Valdés, 2014, p. 32). Ello, conforme a Silva Romero, significa que

los árbitros no serían los únicos autorizados para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral sino, más bien, tendrían la facultad de dirimir primero, es decir, antes que la justicia estatal, dichas controversias dentro del marco del procedimiento arbitral, y la justicia estatal tan solo podría revisar la decisión arbitral sobre la competencia (arbitral) en un momento ulterior [...] Así, el principio ‘*compétence-compétence*’ establece una regla de prioridad en el tiempo y no crea, como lo sugería su significado de origen, una regla de competencia (2005, p. 580).

El alcance que atribuimos al principio es también predicable en el Perú, aun cuando la Ley de Arbitraje, en su artículo 41.1, dispone literalmente que el tribunal arbitral es el **único** competente para decidir sobre su propia competencia (Decreto Legislativo 1071, 2008). Esta expresión parece estar más destinada a enfatizar la regla, que a dar a los árbitros facultades exclusivas para decidir sobre su

³ Recuérdese que el objetivo que las partes buscan al pactar el arbitraje es resolver sus controversias al margen del Poder Judicial (Caivano, 2008, p. 21), y que ese es uno de los efectos del convenio arbitral, en tanto elimina el derecho de las partes a recurrir a los tribunales judiciales (Carbonneau, 2003, pp. 1189-1231).

⁴ Este principio, según Fouchard, Gaillard y Goldman, permite a los árbitros decidir que un acuerdo arbitral es inválido y dictar un laudo declarando que ellos carecen de jurisdicción, sin contradecirse a sí mismos (1996, p. 414) [traducción libre].

⁵ El impedimento, como veremos, es temporal. Lo que no pueden los tribunales judiciales es decidir en primera instancia. Su intervención es reservada –y en términos imperativos– para revisar la decisión de los árbitros.

competencia. Porque, de cualquier forma, la ley consagra expresamente la revisión judicial de la decisión, cualquiera sea el sentido de ella y el momento en que se adopta. Por su parte, el artículo 41.4 habilita el recurso al Poder Judicial cuando el tribunal arbitral se declara competente⁶, y el numeral siguiente regula la revisión judicial de la decisión mediante la cual el tribunal arbitral se declara incompetente⁷.

III. EL FUNCIONAMIENTO DEL PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ SEGÚN LA SEDE Y LA FORMA PROCESAL EN QUE SE CUESTIONA LA COMPETENCIA ARBITRAL

Los dos efectos del principio *kompetenz-kompetenz* que hemos descrito, tanto positivo como negativo, parten de la misma lógica y cumplen el mismo propósito: permitir que los árbitros decidan inicialmente sobre su propia competencia. Sin embargo, su funcionamiento difiere según el contexto procesal.

Para mayor claridad de lo que se dirá en este capítulo, conviene recordar que los códigos procesales admiten dos formas de objetar la competencia de un tribunal: declinatoria e inhibitoria. La primera se produce cuando la parte que es demandada ante un juez que considera incompetente, se presenta ante ese mismo juez y le pide que se declare incompetente; en otras palabras, se solicita que **decline** su propia jurisdicción⁸. La inhibitoria, en cambio, se produce cuando esa misma parte⁹, en lugar de pedirle al mismo tribunal que decline su competencia, acude ante el tribunal que en su opinión es el competente y le pide que exhorte al otro a apartarse del caso, que se **inhiba** de intervenir.

Tanto en la forma declinatoria como en la inhibitoria, el tribunal ante el que esa parte es demandada recibe un planteo de incompetencia. Únicamente

cambia el vehículo a través del cual ese planteo se introduce al proceso: en el primer caso, el pedido lo hace el propio interesado; en el segundo, lo hace otro tribunal, aquel que el demandado considera competente, en su nombre. En cualquiera de los dos casos, sin embargo, la parte persigue el mismo propósito: evitar tener que litigar ante un tribunal que considera incompetente. Y también es idéntico el efecto del planteo frente al tribunal reputado incompetente: le permite (más bien, lo obliga a) emitir un pronunciamiento sobre su propia competencia. En otras palabras, no importa quién se lo pida, el tribunal cuya competencia es cuestionada, podrá (más bien, deberá) decidir si es competente o no.

Lo que también varía, según la forma en que la cuestión se plantee, es quién determina finalmente cuál es el tribunal competente. Por un lado, en la declinatoria, la decisión del juez de primera instancia sea que acoja o que desestime el planteo de incompetencia, normalmente es recurrible ante la segunda instancia. Mientras que en la inhibitoria al producirse una contienda de competencia entre dos tribunales que estiman ser ambos competentes, habrá de intervenir una instancia superior para dirimirla⁸.

Trasladando estas premisas al arbitraje, tenemos que la controversia entre una parte que afirma la jurisdicción arbitral y otra que la contradice puede darse en situaciones diversas: (i) una parte inicia un arbitraje y el demandado objeta la jurisdicción arbitral o (ii) una parte promueve una acción judicial y el demandado objeta la jurisdicción judicial sobre la base del convenio arbitral y pretende la remisión del caso a arbitraje. Al menos en el primer caso, el cuestionamiento, a su vez, puede hacerse por la vía declinatoria o inhibitoria. Esto, da como resultado tres posibles situaciones: un planteo de declinatoria en sede arbitral, un planteo de inhibitoria en sede judicial (para cuestionar la jurisdic-

⁶ Artículo 41.4 de la Ley de Arbitraje del Perú:

Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo (Decreto Legislativo 1071, 2008).

⁷ Artículo 41.5 de la Ley de Arbitraje del Perú:

Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia (Decreto Legislativo 1071, 2008).

⁸ En el derecho argentino, las contiendas de competencia entre jueces son dirimidas por el superior jerárquico **común a ambos** y, en caso de no tener un mismo tribunal jerárquicamente superior, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el derecho peruano, la contienda de competencia que se produce entre jueces civiles del mismo distrito judicial, la dirime la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente; en los demás casos, la Sala Civil de la Corte Suprema, tal como indica el Código Procesal Civil en su artículo 43.

⁹ La que ha sido demandada ante un juez que considera incompetente.

ción arbitral), y un planteo de declinatoria en sede judicial (para hacer valer la jurisdicción arbitral).

Analizaremos seguidamente cómo opera el principio *kompetenz-kompetenz* en cada uno de estos escenarios.

A. Declinatoria en sede arbitral (excepción de incompetencia)

En el primer escenario una parte inicia un arbitraje y el demandado se presenta al arbitraje discutiendo, ante los mismos árbitros, la jurisdicción arbitral. En esta situación, cualquiera sea la causa por la que el demandado pretenda excluir la intervención de los árbitros, es de aplicación la primera parte del artículo 35 de LACI que expresa el efecto positivo del principio: “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia” (2018). Como hemos anticipado, la objeción jurisdiccional puede estar fundada en motivos diferentes, aunque todos se subsumen en controvertir la existencia, la validez o el alcance del convenio arbitral. Y el principio se aplica sin importar cuál se haya invocado.

Si la objeción consiste en disputar el alcance del convenio arbitral¹¹, la justificación del principio es más evidente: el demandado no niega que se haya pactado el sometimiento a arbitraje, ni cuestiona la validez del convenio arbitral; lo que alega es que se pactó para otras cuestiones o entre otras personas. Aun sin el principio *kompetenz-kompetenz*, el tribunal arbitral tendría facultades para decidir, porque no se objeta tanto la **existencia** de sus atribuciones jurisdiccionales cuanto **su extensión** (material o personal). Si, como consecuencia de un convenio arbitral válido, el árbitro adquirió la condición de juez, está en la misma situación que un magistrado judicial: genéricamente puede juzgar, pero es dudoso si puede hacerlo respecto de esas partes y/o de esas pretensiones. Y es sabido que, en esas mismas condiciones, un tribunal judicial es competente para decidir sobre la extensión de sus poderes jurisdiccionales.

Pero los árbitros pueden igualmente decidir sobre su competencia si la oposición se funda en

la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. El párrafo primero del artículo 35 de la LACI dispone que aquellos están facultados para decidir acerca de su propia competencia “incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje” (2018). Y pueden hacerlo cualquiera sea la causa por la que se alegue la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. Como se sabe, el cuestionamiento de la existencia o validez del convenio arbitral puede estar fundado en la inexistencia o invalidez del contrato en el que aquel está contenido, o puede hacerse, de manera específica, a la existencia o validez del convenio arbitral. En el primer caso, el tribunal arbitral debe examinar el convenio arbitral separadamente del contrato, en virtud del principio de la separabilidad que implica que, conforme al párrafo 2 del artículo 35 de la LACI, “una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato” (2018)¹². En consecuencia, y más importante aún, los árbitros serán igualmente competentes para decidir sobre las objeciones que se les planteen, aun cuando ellas se basen directamente en la inexistencia o en la nulidad del convenio arbitral.

La objeción jurisdiccional debe articularse como excepción o defensa dentro del proceso arbitral. Y debe hacerse en forma temporánea. Sin perjuicio de lo que pueda prever el reglamento al que las partes se hubieran sometido, y de la facultad del tribunal de admitirla ulteriormente¹³, el artículo 36 de la LACI –idéntico al artículo 16.2 de la Ley Modelo– dispone que este planteo debe hacerse “a más tardar en el momento de presentar la **contestación**” (2018) [el énfasis es nuestro]. No obstante, como la ley no aclara a qué **contestación** se refiere, es necesario establecer algunas precisiones.

Un proceso arbitral normalmente no se inicia con una **demanda** tal como es entendida en los procedimientos judiciales, sino con un requerimiento de someter ciertas controversias al arbitraje, usualmente denominado solicitud de arbitraje, que contiene en forma esquemática los elementos constitutivos del proceso¹⁴. En todo caso, el acto procesal que podría ser equivalente a una deman-

¹¹ En este caso, el demandado alegaría que el arbitraje fue pactado para resolver controversias distintas de las que forman parte de las pretensiones del demandante, o entre personas distintas de aquellas que son o pretenden ser parte del proceso.

¹² De esta forma, tal y como señala Caivano, la inexistencia o la invalidez de la relación jurídica sustantiva no inciden, necesariamente, sobre el convenio arbitral (2011c, pp. 285-314).

¹³ De conformidad con el último párrafo del artículo 36, el tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora (Ley 27.449, 2018).

¹⁴ Quién es el demandante, quién es el demandado, cuál es la relación jurídica de la cual surgen las controversias que se proponen llevar a arbitraje, una somera descripción de esas controversias y una enunciación de cuáles serían, *prima facie*, las pretensiones que se deducirán.

da judicial, generalmente denominado **memoria de demanda**¹⁵, se realiza más adelante, una vez constituido el tribunal arbitral y en la oportunidad que, previa discusión con las partes, fija el propio tribunal. Además de su contenido, la solicitud de arbitraje y la demanda difieren en que, al momento de producirse el primero, todavía no existe tribunal arbitral¹⁶, mientras que el segundo se presenta directamente al tribunal.

El reglamento de arbitraje de la CNUDMI (2013) permite ilustrar lo que decimos. Por un lado, como se estipula en el artículo 3.3, el acto con el que se inicia el arbitraje es la **notificación de arbitraje**, que la parte demandante debe dirigir a aquella que se propone demandar, y que, como señala el artículo 3.3, contiene la información básica para que quien la reciba pueda conocer el objeto del arbitraje. Consiguientemente, tal como se indica en el artículo 17.2, una vez que los árbitros designados aceptaron el cargo, el propio tribunal arbitral, luego de escuchar a las partes, fija el **calendario provisional del arbitraje**. Uno de los hitos que debe establecer el calendario es, precisamente, el plazo para que el demandante presente la demanda. De ahí que, el reglamento de la CNUDMI prevea que “dentro del plazo que determine el tribunal arbitral” (2013), y siguiendo lo señalado por el artículo 20.1, el demandante deberá presentar el **escrito de demanda**; demanda que será contestada por el demandado dentro del plazo que hubiera determinado el tribunal (artículo 21.1).

Dada la lógica de la declinatoria, entendemos que la objeción que el demandado tenga respecto de la jurisdicción arbitral debe plantearse al contestar la solicitud o notificación de arbitraje, y no esperar a contestar la demanda o la memoria de demanda. A modo de ejemplo, el reglamento de arbitraje de la CNUDMI dispone expresamente, en su artículo 4 párrafo 2a, que la “excepción de incompetencia oponible al tribunal arbitral que se vaya a constituir” debe deducirse de la contestación a la notificación del arbitraje, y no de la contestación del escrito de demanda (2013).

La deducción de la objeción al contestar la solicitud de arbitraje se justifica para evitar que el

demandado consienta la jurisdicción arbitral, y se explica porque el convenio arbitral implica prorrogar la competencia de un tribunal judicial —que, conforme la ley, habría sido competente, a favor de un tribunal arbitral. Cabe recordar que los códigos procesales disponen que la competencia de un juez se entenderá consentida o prorrogada tácitamente a su favor si el demandado omite deducir la excepción de incompetencia en la **primera oportunidad procesal**¹⁷. De la misma forma, la LACI también contiene una norma que podría implicar un consentimiento tácito a la jurisdicción arbitral si la objeción no se deduce al contestar la solicitud de arbitraje: el artículo 11, que reproduce el artículo 4 de la Ley Modelo, establece lo siguiente:

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción dentro de los veinte días siguientes, ha renunciado a su derecho a objetar (2018).

En el momento en que debe plantearse, la objeción jurisdiccional no necesita ser total y completamente fundada al deducir la excepción. Basta con que el demandado la introduzca en términos inequívocos, aunque no desarrolle en ese momento la totalidad de los argumentos de hecho y de derecho en que se funde. En la práctica, una vez constituido, el tribunal arbitral dispondrá que se produzca un intercambio de escritos, dando a ambas partes la oportunidad de desplegar íntegramente sus defensas.

Para preservar el derecho de todas las partes a designar árbitros, el artículo 36 de la LACI aclara que “las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación” (2018). Con esta aclaración, la norma busca evitar que una parte se vea privada de ese derecho por el solo hecho de cuestionar la jurisdicción arbitral. Como se entenderá, de una cosa no debe seguirse necesariamente la otra; es decir, que objete la vía arbitral no es razón suficiente para impedir a

¹⁵ Usualmente, la memoria de demanda debe expresar las pretensiones definitivas, los hechos en que se fundan, los argumentos jurídicos que les dan soporte, y la prueba de que el demandante intenta valerse.

¹⁶ De allí que la solicitud de arbitraje se presenta ante la entidad que administra el arbitraje o, en arbitrajes *ad hoc*, se comunica directamente a la contraparte.

¹⁷ Conforme el Código Procesal Civil y Comercial argentino, en su artículo 2, la prórroga se producirá tácitamente “para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria” (1981). De igual modo, el Código Procesal Civil peruano, en su artículo 26, dispone que “se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia” (1993).

una parte contar en el tribunal con un árbitro de su confianza. Sobre todo si la contraria ha tenido ese derecho. Dado que en ese caso habría una afectación a la igualdad procesal, que constituye uno de los pilares del debido proceso.

B. Declinatoria en sede judicial (la obligación del juez de remitir a las partes al arbitraje)

La controversia sobre la jurisdicción arbitral puede presentarse en otro contexto. Si una de las partes promueve una demanda judicial por alguna de las cuestiones que estaban sometidas a juicio de árbitros, y el demandado plantea una excepción de incompetencia del tribunal judicial invocando el convenio arbitral, el demandante –al contestar la excepción– podría justificar la competencia judicial cuestionando la existencia, la validez o el alcance del convenio arbitral.

En este supuesto, entra en juego el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*, plasmado en los artículos 19 y 20 de la LACI, idénticos a los artículos 8.1 y 8.2 de la Ley Modelo que, con algunas excepciones, obligan al juez a declararse incompetente y remitir a las partes al arbitraje. Por su parte, el artículo 19 dispone lo siguiente:

el tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible (2018).

Mientras que, el artículo 20 establece que “si se ha entablado la acción a que se refiere el artículo 19, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal” (2018).

Con todo, varios son los presupuestos de aplicación del artículo 19.

En primer lugar, se aplica en el contexto procesal de un proceso judicial, iniciado por una de las partes del convenio arbitral sobre **un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje**. En otras palabras, supone que una parte propone al conocimiento de un tribunal judicial aquello que se había comprometido a decidir en arbitraje.

En segundo lugar, la remisión al arbitraje no opera de oficio sino a petición de parte. En consecuencia, aunque advierta que existe un convenio arbitral y considere que es válido y vinculante, el juez no puede declararse incompetente y remitir a las partes a arbitraje sin que le haya sido pedido. El artículo 19 de la LACI señala que la solicitud de remisión puede ser hecha por **cualquiera** de las partes, pero el único que tiene legitimación, e interés, en hacerlo es el demandado. El demandante, que fue quien inició la acción ante un tribunal judicial, ya aceptó su jurisdicción, y si el demandado no opone la excepción¹⁸, habrá existido una prórroga tácita de jurisdicción a favor de ese juez¹⁹, o, lo que en definitiva es lo mismo, una renuncia tácita al convenio arbitral²⁰, figura expresamente prevista en la Ley de Arbitraje peruana²¹.

En tercer lugar, la solicitud de remisión debe ser hecha temporáneamente. El artículo 19 de la LACI señala que debe solicitarse “a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio” (2018). Conforme a las normas procesales argentinas, si nada se dispone para el tipo de proceso de que se trate, el demandado deberá hacer valer los efectos del convenio arbitral bajo la forma de excepción de incompetencia, de previo y especial pronunciamiento, que debe interponerse en forma conjunta con la contestación de la demanda, como señalan los artículos 2, 8 y 346 del Código Procesal Civil y Comercial²².

¹⁸ En el derecho argentino, la excepción es la de incompetencia, tal como señala el Código Procesal Civil en su artículo 347 inciso 1. El derecho peruano prevé una excepción específica, la **excepción de convenio arbitral**, reglada en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje y en el artículo 446, inciso 13 del Código Procesal Civil.

¹⁹ Conforme los ya citados artículos 2 del Código Procesal argentino y 26 del Código Procesal peruano.

²⁰ Como indica Gómez Jene, con cita de una sentencia del Tribunal Supremo del 11 de febrero de 2010, si pese a la existencia de un convenio arbitral válido, una de las partes plantea una demanda sobre el fondo ante la jurisdicción [estatal] y la parte demandada responde a la misma sin excepcionar mediante declinatoria la existencia del convenio arbitral, se entenderá que ambas partes renuncian al arbitraje. El juez, aun apreciando la existencia y validez del convenio, no puede remitir a las partes al arbitraje (2017, pp. 7-38).

²¹ En el artículo 18 de la Ley de Arbitraje peruana se señala que La renuncia al arbitraje será válida solo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, solo respecto de las materias demandadas judicialmente (2008).

²² En el derecho peruano, conforme a los artículos 447 del Código Procesal Civil y 16.2 de la Ley de Arbitraje, habrá que estar al plazo previsto para interponer excepciones en cada tipo de procedimiento.

Según las reglas del procedimiento civil, esa petición del demandado debe ser sustanciada²³. Y, ante el traslado de la excepción, el demandante tiene dos opciones: allanarse a la excepción o resistirla. El artículo 19 de la LACI opera cuando el demandante resiste la excepción; es decir, cuando ratifica su intención de dirimir las controversias en sede judicial. En caso contrario, si el demandante se allana a la excepción, el juez deberá declararse incompetente y derivar el juzgamiento del caso a los árbitros.

El artículo 19 de la LACI sienta una regla general, y establece algunas excepciones. Interpuesta la excepción de incompetencia por el demandado, es **obligación** del juez ampararla y remitir a las partes al arbitraje, ante la sola comprobación de que existe un convenio arbitral. Solo por excepción, el juez podría rechazar la excepción y retener su competencia si comprueba que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

La LACI no es explícita respecto del alcance de la **comprobación** que el juez está autorizado a hacer en esa circunstancia, ni impone restricciones temporales a la facultad, excepcional, de desestimar la excepción de incompetencia y retener su competencia sobre el caso. Empero, puede hacerlo antes o después de iniciado el arbitraje, y si comprueba, sin mayores aclaraciones, la nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución del convenio arbitral.

Los antecedentes de la elaboración de la Ley Modelo —que tampoco formula ninguna aclaración— dan cuenta de que la Comisión no aceptó una propuesta de añadir el calificativo **manifiesto** a los supuestos que prevé (Holtzmann & Neuhaus, 2005, p. 303), presumiblemente en el afán de no innovar sobre la fórmula que ya gozaba de consenso internacional a través de su incorporación a la Convención de Nueva York²⁴.

Sin embargo, algunos tribunales en jurisdicciones cuya legislación sigue el texto de la Ley Modelo han interpretado que el análisis del juez en esta instancia debe ser limitado: la Corte Suprema de Canadá resolvió que ese examen debe circunscribirse a decidir si el acuerdo arbitral **aparenta** ser válido y aplicable a la controversia solo sobre la base de los documentos producidos, presumiendo que lo es (*Dell Computer c. Union des consommateurs*, 2007)²⁵; y la Corte de Apelaciones de Hong Kong determinó que de no adoptar este criterio restrictivo, los jueces estarían usurpando una función de los árbitros, por lo que, salvo que la inaplicabilidad de la cláusula sea clara, deben suspender el arbitraje y remitir a las partes al arbitraje (*PCCW Global c. Interactive Communications Service*, 2007). La Convención de Nueva York tampoco hace una referencia específica al carácter manifiesto que debe revestir la inexistencia, nulidad o inaplicabilidad del acuerdo arbitral; no obstante, se ha considerado que así debe ser interpretada, dado que el objetivo del tratado fue favorecer la ejecución de los acuerdos arbitrales (Van den Berg, 1981, p. 155).

Ciertamente, la cuestión no está definitivamente resuelta en doctrina y jurisprudencia comparadas²⁶. Algunos autores entienden que, salvo que la ley expresamente señale que la nulidad o inaplicabilidad deben ser manifiestas, los jueces pueden efectuar una revisión más amplia (Lew, Mistelis & Kröll, 2003, p. 349). Y, de hecho, algunos tribunales lo hacen. Se señala que ordinariamente los tribunales de Nueva Zelanda y Australia no se sienten constreñidos a un análisis puramente *prima facie* (Bachand, 2006, pp. 463 y ss.). Lo mismo sucede en Alemania, cuya legislación recoge en este aspecto el texto de la Ley Modelo²⁷. Este ha sido también el enfoque de los tribunales judiciales argentinos hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación²⁸ y al parecer también de los tribunales

²³ Como señala el Código Procesal Civil y Comercial argentino en su artículo 8, “la declinatoria se sustanciará como las demás excepciones previas” (1981). En igual sentido, el artículo 447 del Código Procesal Civil peruano.

²⁴ El artículo II.3 de la Convención de Nueva York dispone que el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable (1958).

²⁵ La Corte explicó que ello era así toda vez que la decisión judicial que se adopte en esa instancia no será definitiva: el tribunal arbitral examinará la cuestión de manera comprensiva y, en cualquier caso, los tribunales judiciales revisarán luego esa decisión.

²⁶ No analizaremos aquí el tratamiento del principio *kompetenz-kompetenz* en el derecho norteamericano, cuyo marco legal difiere del que ofrece la Ley Modelo. Para ello, nos remitimos a Caivano y Ceballos Ríos (2020).

²⁷ Véase a Rivera (2018).

²⁸ Véase a Rivera (2008; 2010). Con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, los tribunales han resuelto que el control judicial de la validez o extensión de la cláusula arbitral solo se encuentra habilitado cuando el tribunal arbitral no haya sido constituido y el juez únicamente podría declararse competente “si la nulidad o la inaplicabilidad de la cláusula compromisoria se presenta nítida (diría burdamente viciada o inaplicable)” por considerarse ésta una solución claramente excepcional (*Francisco Ctibor c. Wall-Mart Argentina S.R.L.*, 2016).

venezolanos (Díaz-Candia, 2007, pp. 25-36; Follo-nier Ayala, 2014, pp. 513 y ss.). Sin embargo, para evitar esta interpretación, que era la prevaleciente en la jurisprudencia, México debió reformar su legislación aclarando expresamente que el juez solo podrá declararse competente cuando la inexistencia, nulidad o inaplicabilidad del acuerdo arbitral sean manifiestas²⁹.

Pensamos que, aun cuando el texto del artículo 19 de la LACI no sea explícito en ese sentido, la tesis restrictiva de las facultades judiciales para examinar la existencia, validez y alcance del acuerdo arbitral en esta instancia debe prevalecer. No solo porque el derecho argentino ha recogido legislativamente el principio pro-arbitraje³⁰, sino en función de las pautas generales de interpretación de la ley. El Código Civil y Comercial de la Nación dispone, en su primer artículo, que el juez “tendrá en cuenta la finalidad de la norma” (2014) y que, conforme al artículo 2, “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (2014); y la propia LACI, según su artículo 7 inciso g, establece que, la interpretación e integración de la presente ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, su carácter especial, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe (2018) y que “las cuestiones relativas a las materias que se rigen por esta ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente ley” (2018).

En ese sentido, no es dudoso que lo que pretende la ley al recoger el principio *kompetenz-kompetenz* es que los árbitros puedan pronunciarse sobre su propia jurisdicción. Y este propósito no se cumpliría si, cuando los jueces deban decidir la cuestión, pudieran hacer un examen detallado y exhaustivo

sobre la existencia, validez o alcance del convenio arbitral. Si así fuera, al resolver que el convenio arbitral es nulo o ineficaz, la decisión sobre la jurisdicción arbitral terminaría siendo íntegra y exclusivamente del tribunal judicial y nunca se daría a los árbitros la oportunidad de pronunciarse sobre ella que, en realidad, es lo que la ley busca evitar. Dado este ostensible propósito de la ley, la única forma de respetar su *ratio legis* es que el juez realice un examen apenas *prima facie* sobre la alegada inexistencia, nulidad o ineficacia del convenio arbitral y, salvo que estas condiciones le aparezcan evidentes, remita a las partes al arbitraje. En ese marco, los árbitros podrán examinar detenidamente estos aspectos. De cualquier forma, como veremos más adelante, el Poder Judicial tendrá una nueva oportunidad de revisar luego, con total amplitud, la decisión que aquellos adopten.

Aunque esta solución es más justificada cuando el proceso arbitral ya se ha iniciado, sostenemos que debería adoptarse idéntico criterio, aunque el arbitraje no haya dado comienzo. Como se verá más adelante en este mismo párrafo, para arbitrajes domésticos con sede en Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación solo permite al juez un análisis, expresamente definido como *prima facie*, cuando el arbitraje no se inició; pero estando en trámite el arbitraje, la remisión del caso a los árbitros opera por la sola comprobación de la existencia del acuerdo arbitral. Por tanto, no parece razonable que a los arbitrajes internacionales se les aplique una solución distinta, en función de la finalidad que inspiró la sanción de la LACI³¹.

En función de lo que venimos explicando, y dadas las causas que pueden fundar una objeción jurisdiccional³², podrían distinguirse dos situaciones que justificarían un tratamiento diferenciado en la comprobación que la ley autoriza a realizar por parte del juez. Estas situaciones se presentan cuando (i) no parece ser lo mismo que la resistencia del demandante frente a la excepción de incompetencia

²⁹ El artículo 1465, adicionado al Código de Comercio en 2011, dispone que cuando se solicite la remisión a arbitraje en el marco de un proceso judicial, “la suspensión del procedimiento judicial y la remisión al arbitraje se harán de inmediato”, y solo se denegará la remisión al arbitraje: a) Si en el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje se demuestra por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje, o b) Si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son notorias desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje. Al tomar esta determinación el juez deberá observar un criterio riguroso (2011).

³⁰ Véase a Aguilar (2007). Esta regla de interpretación, que ya venía siendo postulada en doctrina antes de la sanción del Código. Hoy forma parte del derecho positivo argentino: el artículo 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación, luego de establecer el principio *kompetenz-kompetenz*, dispone que “en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje” (2014).

³¹ En el mensaje de elevación del proyecto de ley al Congreso se destaca que el mismo forma parte del Programa Justicia 2020 propiciado por el Gobierno Nacional, cuyo objetivo es que se “permita la resolución de conflictos en forma independiente, rápida y segura mediante el fortalecimiento integral del sistema judicial”, siendo que “el arbitraje se vislumbra como un método para solucionar controversias nacidas de las relaciones internacionales, sin desconocer que es un instituto que merece ser reconocido por su propio mérito” (2020).

³² Inexistencia, invalidez o alcance del convenio arbitral.

deducida por el demandado se base en la interpretación del alcance del convenio arbitral, (ii) o que el fundamento radique en su inexistencia o invalidez.

En el primer caso, si para sostener la competencia judicial el demandante argumenta que las pretensiones deducidas en esa sede no están comprendidas dentro de aquellas para las cuales las partes se sometieron a arbitraje, o que alguna de las partes del proceso no ha sido parte del convenio arbitral, el juez debería automáticamente remitir a las partes al arbitraje. Esto, porque, estando en discusión su **alcance**, ya sea material o personal, pero no su existencia o validez, debería ser el tribunal arbitral el cual, en primera instancia, determine la extensión de sus atribuciones, sin perjuicio de la ulterior revisión judicial que corresponda contra esa decisión.

Por otra parte, la excepción del artículo 19 de la LACI aplicaría, con el alcance propiciado, en el segundo supuesto. Si el argumento del demandante para afirmar la competencia judicial y resistir la excepción de incompetencia fuese que el convenio arbitral es inexistente, nulo, ineficaz o de ejecución imposible, el tribunal judicial podría, aunque por excepción, retener su competencia y no remitir a las partes al arbitraje, siempre que la inexistencia, invalidez, ineficacia o imposibilidad de ejecución del convenio arbitral le aparezca manifiesta.

Esta interpretación sería coherente con el sentido y la lógica del principio *kompetenz-kompetenz* que, como vimos, no importa sino una regla de prioridad. El acogimiento de la declinatoria por parte del juez y la remisión al arbitraje no tienen otro propósito que permitir a los árbitros emitir un pronunciamiento **inicial** sobre su propia competencia. Pero como este pronunciamiento no es definitivo ni final, y la decisión de los árbitros está siempre sujeta a revisión judicial, el Poder Judicial tendrá oportunidad de revisar, ahora sí con total amplitud, la existencia, validez o alcance del convenio arbitral en ocasión del recurso que la ley habilita contra la decisión de los árbitros. El principio *kompetenz-kompetenz* existe para que no pueda privarse a los árbitros de pronunciarse en primera instancia sobre su competencia bajo el argumento de que el convenio arbitral es inexistente, nulo o incapaz de

producir efectos. Y ese objetivo únicamente se logra si, correlativamente, se le prohíbe hacerlo a los tribunales judiciales. A estos la ley les reserva un rol trascendente: ser los jueces **finales** de la cuestión. Pero no los autoriza para ser los **iniciales** .

La facultad judicial de comprobar la inexistencia, invalidez, ineficacia o imposibilidad de ejecución del convenio arbitral es –y debe interpretarse como– excepcional, si esas condiciones surgen manifiestas. Lo señalado solo se justifica en esas circunstancias, por razones de economía procesal: si a primera vista, sin necesidad de efectuar mayor examen, el juez advierte que no existe convenio arbitral, o que este es inválido o de ejecución imposible, es irrazonable que remita a las partes a un arbitraje para el que no existe base cierta. Pero en cualquier otro caso, el tribunal judicial no puede subvertir el rol que la ley le asigna y erigirse, en esa instancia, en el juez de la competencia de los árbitros. Entre otras razones porque, de hacerlo, los árbitros jamás tendrían oportunidad de juzgar su propia competencia.

Conceptualmente, el principio *kompetenz-kompetenz* establece un reparto claro de atribuciones entre jueces y árbitros para determinar la jurisdicción arbitral³³. Y lo hace estableciendo una doble instancia. Una primera, siempre a cargo de los árbitros³⁴; y una segunda, siempre a cargo del Poder Judicial. Ello exige que la interpretación de los casos en que el tribunal judicial puede juzgar la cuestión en instancia única debe ser hecha en términos absolutamente restrictivos.

Esta idea puede ilustrarse trazando un paralelismo con el funcionamiento del Poder Judicial argentino. Los tribunales judiciales están divididos en instancias, y cada una de ellas tiene su propio ámbito de actuación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, la última instancia (extraordinaria) del sistema judicial federal, solo puede conocer de aquellos casos, y por las vías, que la ley le autoriza³⁵. Salvo los casos de competencia originaria, taxativamente previstos en la Constitución, no es posible acceder a la Corte sino luego de haberse agotado las instancias ordinarias³⁶. Como única excepción a esta regla, en el año 2012 se legisló la figura del *per saltum*, incorporándose al Código

³³ Que, conviene reiterar, consiste en determinar quién es el juez de la existencia, validez y alcance del convenio arbitral.

³⁴ Salvo, como señalamos, que las circunstancias que obstan a la jurisdicción arbitral sean evidentes. En cuyo caso, por razones de economía procesal, se hace una excepción a la regla.

³⁵ En general, por vía del recurso extraordinario federal y, excepcionalmente, en aquellos casos en que su competencia es originaria; por ejemplo, causas entre provincias o que involucren a diplomáticos extranjeros, conforme el artículo 117 de la Constitución Nacional.

³⁶ Conforme el artículo 14 de la Ley 48, y la interpretación que la Corte Suprema ha hecho de esa norma, el recurso extraordinario solo procede contra una sentencia definitiva pronunciada por el tribunal superior de la causa.

Procesal una disposición que permite a la Corte conceder el recurso extraordinario prescindiendo de ese requisito, en casos de “notoria gravedad institucional” y cuando ese remedio sea el “único eficaz para proteger el derecho federal comprometido”, pero destacando que la Corte “habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad” (Ley 26790, artículo 1, 2012)³⁷.

Salvando las distancias, el *per saltum* y el principio *kompetenz-kompetenz* comparten la misma lógica: cada instancia tiene su propia competencia, determinada por la ley. Y solo en circunstancias realmente excepcionales³⁸, esas instancias pueden trastocarse de modo que conozca de una causa, en primera instancia, un tribunal que solo está habilitado para conocer de ella en instancia de revisión.

A título comparativo, algunas otras normas son más precisas en relación con este aspecto.

El propio Código Civil y Comercial argentino permite al tribunal judicial hacer un examen apenas *prima facie* del convenio arbitral solo cuando el arbitraje no se hubiese iniciado; pero si el proceso arbitral ya está en marcha, debe necesariamente declararse incompetente. Así debe leerse el párrafo primero del artículo 1656, de la siguiente manera:

el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable³⁹.

Esta norma está claramente inspirada en la legislación francesa: el *Code de procédure civile*, en su artículo 1448, párrafo 1, dispone que, en la situación analizada en este párrafo, los tribunales judiciales deben declararse incompetentes a menos que el tribunal arbitral no haya sido todavía constituido y la cláusula arbitral sea **manifiestamente** nula o inaplicable⁴⁰.

De manera similar, la Ley de Arbitraje peruana distingue dos supuestos: (i) si la excepción de convenio arbitral se interpuso antes de iniciado el arbitraje, el juez solo podrá rechazarla (y mantener su competencia) cuando el convenio arbitral fuese **manifiestamente** nulo; y (ii) si, en cambio, la excepción se interpuso después de iniciado el arbitraje, el juez carece de atribuciones para revisar, siquiera *prima facie*, la validez del convenio arbitral y debe ampararla “por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral” (2008)⁴¹.

³⁷ La Ley 26.790, de noviembre de 2012, incorporó dos disposiciones al Código Procesal Civil y Comercial. El artículo 257 *bis* dispone lo siguiente:

Procederá el recurso extraordinario ante la Corte Suprema prescindiendo del recaudo del tribunal superior, en aquellas causas de competencia federal en las que se acredite que entrañen cuestiones de notoria gravedad institucional, cuya solución definitiva y expedita sea necesaria, y que el recurso constituye el único remedio eficaz para la protección del derecho federal comprometido, a los fines de evitar perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior. Existirá gravedad institucional en aquellas cuestiones sometidas a juicio que excedan el interés de las partes en la causa, proyectándose sobre el general o público, de modo tal que por su trascendencia queden comprometidas las instituciones básicas del sistema republicano de gobierno o los principios y garantías consagrados por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales por ella incorporados. La Corte habilitará la instancia con alcances restringidos y de marcada excepcionalidad. Solo serán susceptibles del recurso extraordinario por salto de instancia las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones equiparables a ellas en sus efectos y aquellas dictadas a título de medidas cautelares. No procederá el recurso en causas de materia penal.

Y el artículo 257 *ter* dispone que

el recurso extraordinario por salto de instancia deberá interponerse directamente ante la Corte Suprema mediante escrito fundado y autónomo, dentro de los diez (10) días de notificada la resolución impugnada. La Corte Suprema podrá rechazar el recurso sin más trámite si no se observaren *prima facie* los requisitos para su procedencia, en cuyo caso proseguirá la causa según su estado y por el procedimiento que corresponda. El auto por el cual el Alto Tribunal declare la admisibilidad del recurso tendrá efectos suspensivos respecto de la resolución recurrida. Del escrito presentado se dará traslado a las partes interesadas por el plazo de cinco (5) días notificándolas personalmente o por cédula. Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Corte Suprema decidirá sobre la procedencia del recurso. Si lo estimare necesario para mejor proveer, podrá requerir al Tribunal contra cuya resolución se haya deducido el mismo, la remisión del expediente en forma urgente.

³⁸ Existiendo gravedad institucional, en el caso de *per saltum*, y advirtiéndose de manera manifiesta la inexistencia, invalidez o imposibilidad de ejecución del convenio arbitral, en el principio *kompetenz-kompetenz*.

³⁹ Esta disposición, según el artículo 1 de la LACI, no es directamente aplicable a arbitrajes internacionales. Sin embargo, como hemos explicado *supra* en este mismo párrafo, la misma solución podría ser extendida a aquellos, en función de las razones que inspiraron la expedición de la LACI.

⁴⁰ La *Cour de cassation* resolvió que, por aplicación de esta disposición, el juez tiene vedado realizar un examen exhaustivo del acuerdo de arbitraje (*Copropriété Maritime Jules Verne et al. c. Société American Bureau of Shipping*, 2006; Gaillard, 2006, pp. 945 y ss.).

⁴¹ Este es el sentido del artículo 16.3, que dispone que “la excepción de convenio arbitral sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo” (2008). Véase a Rubio Guerrero (2010).

Finalmente, para completar el análisis de esta hipótesis, cabe señalar que la LACI no determina qué recursos caben contra la decisión del juez de primera instancia que resuelve la excepción de incompetencia. Este aspecto es regido por el Código Procesal Civil y Comercial que, en su artículo 353, habilita cualquiera sea el sentido en que se resuelva la excepción, el recurso de apelación⁴². La lógica misma del recurso de apelación, que es controlar lo que decidió el juez de primera instancia⁴³, lleva a sostener que el alcance de la cognición del tribunal de apelaciones debe ser el mismo que tuvo aquel que dictó la resolución que se revisa. Por tanto, si la ley no otorga al juez *a quo* la facultad de realizar un escrutinio exhaustivo de la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral, tampoco la tendrá el *ad quem*.

C. Inhibitoria en sede judicial para cuestionar la competencia arbitral

Como hemos anticipado, la forma de competencia inhibitoria es también, teóricamente, una forma de plantear la incompetencia de un tribunal arbitral. Ello sucede cuando la parte contra la que se inicia un arbitraje, en lugar de objetar la jurisdicción arbitral en ese mismo proceso, acude al tribunal judicial que entiende competente para que sea éste quien pida a los árbitros inhibirse.

Aunque, en el derecho argentino, la Corte Suprema la ha admitido como medio de dirimir contiendas de competencia entre jueces y árbitros (*Nidera Argentina c. Elena Rodríguez Álvarez de Canale*, 1988; *Basf c. Capdevielle Key*, 2004; *La Nación c. La Razón*, 1988; y *Energomachexport c. Establecimientos Miron*, 1996)⁴⁴, esta vía es incompatible con la recepción legislativa del principio *kompetenz-kompetenz*. Y aun si pudiese obviarse esa circunstancia, plantea una serie de dificultades que la hacen inconveniente.

El principio *kompetenz-kompetenz* hace improcedente el cuestionamiento a la competencia de los árbitros por vía de inhibitoria. En primer lugar, porque es un mecanismo previsto para resolver cuestiones de competencia entre órganos del Poder Judicial⁴⁵. Y los árbitros no lo son. En segundo lugar, porque la inhibitoria supone, como condición previa, que el juez ante quien se interpone se considere competente. Lo que, de conformidad con el artículo 19 de la LACI, no podría suceder si existe un convenio arbitral que no sea manifiestamente nulo o ineficaz.

Históricamente se ha considerado que esta situación origina una contienda de competencia entre jueces y árbitros. Pero lo que en rigor produce es una discrepancia sobre la existencia, validez o alcance de un convenio arbitral. Si este existe, es válido y comprende las cuestiones de fondo en disputa; así, es el árbitro quien debe conocer de ellas, en detrimento del juez estatal, cuya jurisdicción ha sido renunciada por las partes de ese acuerdo⁴⁶; en el caso contrario, el tribunal judicial continuará siendo el llamado a resolverlas. Y si legislación establece, como lo hace la LACI, que el órgano encargado de pronunciarse preferentemente sobre esa discrepancia es el tribunal arbitral, un juez debería rechazar de plano el pedido de inhibitoria y mandar a que lo resuelvan directamente los árbitros, sin emitir, como requiere la inhibitoria, un previo pronunciamiento judicial sobre su propia competencia. De admitirse, por esta vía se privaría a los árbitros de la atribución, que la ley les reconoce, de pronunciarse sobre su propia competencia (Grieger Naón, 2005, pp. 335-346).

Adicionalmente debe recordarse que, conforme el texto expreso de la legislación procesal argentina, la forma inhibitoria es de carácter excepcional⁴⁷.

⁴² En el derecho peruano, la Ley de Arbitraje tampoco aclara esta cuestión, y el Código Procesal dispone, en el artículo 450, que la decisión solo es apelable cuando la declara fundada. Empero, si bien el Código Procesal otorga a este recurso efecto suspensivo, pensamos que debe prevalecer, por provenir de una ley especial, la solución de la Ley de Arbitraje, en su artículo 16.5, que dispone que "las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral" (2008).

⁴³ Se ha explicado que el régimen de doble instancia en el sistema judicial no configura un nuevo juicio, sino que el cometido del tribunal de alzada "se limita a verificar, sobre el piso de marcha de la sentencia de mérito impugnada, el acierto o error en que haya incurrido el sentenciante de la instancia de origen en ese acto procesal decisorio" (Masciotra, 2016, pp. 8-24), por lo que la apelación no importa, estrictamente la revisión de la instancia anterior, sino la revisión de lo decidido en esa instancia, a la luz de los elementos de convicción introducidos en ella (Palacio, 2005, p. 82).

⁴⁴ Nuestros comentarios acerca de los casos *Nidera* y *Energomachexport* se encuentran publicados en la Revista La Ley; véase Caivano (1990, p. 490; 1997, p. 6).

⁴⁵ De conformidad con el Código Procesal Civil y Comercial argentino en su artículo 7, está reservada para cuestiones de competencia que se susciten "entre jueces de distintas circunscripciones judiciales" (1981) [el énfasis es nuestro].

⁴⁶ Si el acuerdo arbitral sustrae el poder jurisdiccional al órgano judicial, la relación entre jueces y árbitros debe ser tratada no como un conflicto de competencia, sino como un conflicto de jurisdicciones, que se resuelve, en general, presumiendo la existencia y validez del acuerdo arbitral, de modo de permitir a los árbitros emitir un pronunciamiento preliminar sobre su propia competencia (Valença Filho, 2008, pp. 155-180).

⁴⁷ La declinatoria es el cauce ordinario o normal para plantear una cuestión de competencia, quedando la inhibitoria para los casos excepcionales previstos en la norma ritual (Podetti, 1973, p. 374).

Así, el Código Procesal en el artículo 7 señala que, las cuestiones de competencia **solo** podrán promoverse por vía de declinatoria, con excepción de las que se susciten entre jueces de distintas circunscripciones judiciales, en las que también procederá la inhibitoria” (1981). Lo llamativo de los casos comentados previamente⁴⁸, es que la forma inhibitoria se planteó ante tribunales judiciales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires, contra demandas arbitrales promovidas ante la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales o ante el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio, ambos con sede en la misma Ciudad de Buenos Aires. Lo que debió haber motivado el rechazo *in limine* del planteo de inhibitoria, como lo hicieron otros tribunales en condiciones similares.

En el caso *Telefónica de Argentina* se denegó la inhibitoria con fundamento en que “las cuestiones de competencia solo pueden plantearse por vía de declinatoria, siendo la inhibitoria una vía excepcional para el supuesto de cuestiones que se susciten entre jueces de distintas circunscripciones, lo que no ocurre en el caso” (2001), y que los argumentos de la peticionante revisten virtualidad respecto a la cuestión de competencia, “pero no respecto de la vía procesal intentada para plantearla, máxime considerando que no se advierte cuál sería el agravio que podría ocasionarle acudir a [la declinatoria]” (2001). En igual sentido, en el caso *BNP Paribas c. Deutsche Bank* (2007), la Cámara de Apelaciones en lo Comercial rechazó el pedido de inhibitoria deducido por una de las partes —que alegaba la incompetencia del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires— con fundamento en que la inhibitoria era improponible; puesto que, por un lado, porque las cuestiones de competencia deben plantearse por vía de declinatoria; y, por el otro, al no encontrarse involucradas cuestiones entre jueces de distintas circunscripciones⁴⁹.

Además de las consideraciones jurídicas que lo harían improcedente, el planteo de incompeten-

cia de un tribunal arbitral por vía de inhibitoria entraña, desde el punto de vista práctico, un enorme riesgo para quien lo intenta. En primer lugar, porque es manifiestamente inadmisibles cuando se trata de tribunales que tienen asiento en la misma circunscripción y porque, intentada y fracasada la forma inhibitoria, se pierde el derecho a plantear la declinatoria⁵⁰. En segundo lugar, porque, aun si se lograra que el juez se declare competente y acceda a solicitar al tribunal arbitral la inhibitoria⁵¹, la reforma al Código Procesal de 2001 ha eliminado el efecto suspensivo que la contienda de competencia tenía sobre los procedimientos, disponiéndose ahora, en el artículo 12 de la Ley 25488, que las cuestiones de competencia “no suspende[n] el procedimiento, el que seguirá su trámite por ante el juez que previno, salvo que se tratare de cuestiones de competencia en razón del territorio” (2001).

Asimismo, aun cuando se obtenga una decisión judicial reclamando jurisdicción a los árbitros⁵², el planteo de inhibitoria carece de todo efecto práctico cuando se trata de cuestionar, ante un tribunal judicial local, la competencia de un tribunal arbitral constituido en el extranjero. Muestra de ello fue un caso en que se disputaba la competencia de un tribunal judicial extranjero, entendiendo en instancia originaria por involucrar al Estado Argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación juzgó que la inhibitoria “es improcedente cuando se trata de órganos jurisdiccionales de distinta nacionalidad”, ante la ausencia de un tribunal superior que pueda dirimir la contienda de competencia (*Pan American Energy c. Forestal Santa Bárbara*, 2005, párr. 6).

En el caso *Reef*, referido a un arbitraje, se intentó —y se obtuvo— una resolución judicial reclamando la inhibitoria de un tribunal arbitral con sede en los Estados Unidos (*Compañía General de Combustibles S.A.*, 1999; O’Farrell, 2000, pp. 1137 y ss.). Pero este se negó a aceptar la inhibitoria, juzgó que las cuestiones planteadas en el arbitraje

⁴⁸ Véase la nota 44.

⁴⁹ Hasta donde sabemos, el fallo de la Cámara Comercial (sala B) no ha sido publicado. Sin embargo, el criterio fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*BNP Paribas c. Deutsche Bank*, 2007), que se negó a abrir el recurso extraordinario, al considerar que

los agravios relativos a la procedencia de la vía inhibitoria como los concernientes a la interpretación de la cláusula compromisoria conducen al examen de cuestiones de derecho procesal y común y solo traducen una mera discrepancia con lo decidido, por lo que resultan inhábiles para tener por configurada en forma nítida, inequívoca y concluyente, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso.

⁵⁰ Código Procesal Civil y Comercial argentino, artículo 7, *in fine*: “Elegida una vía [inhibitoria o declinatoria] no podrá en lo sucesivo usarse de otra” (1981).

⁵¹ Ello, como es obvio, no siempre se logra. En el caso *Visteon c. Cohen* (2002), la justicia comercial argentina consideró improcedente la inhibitoria respecto de un tribunal arbitral con sede en los EE. UU., al juzgar que había una cláusula arbitral válida que cubría las controversias para las cuales se reclamaba la jurisdicción judicial.

⁵² Hay casos en los que el propio tribunal judicial requerido para reclamar jurisdicción deniega la inhibitoria por considerar que las cuestiones son de competencia del tribunal arbitral, como en el caso *Visteon*, citado.

estaban comprendidas dentro de las que habían convenido someter a arbitraje y dictó un laudo condenando a la demandada al pago de una suma de dinero. Por ello, lo que este caso demuestra es que la falta de efectos prácticos de la inhibitoria internacional no se da solo porque el tribunal arbitral puede declararse competente y laudar, sino también porque ese laudo es ejecutable, inclusive en la Argentina.

Obtenido el laudo de condena, la actora inició, ante la Justicia Nacional en lo Comercial de Buenos Aires, una acción tendiente a que se concediera el *exequatur* del laudo y se reconociera su fuerza ejecutoria en nuestro país. Aunque en primera instancia esa petición no fue atendida, la Cámara Comercial hizo lugar a la demanda de *exequatur*. Su principal argumento para ello fue que la sentencia de la Sala B en el trámite de la inhibitoria no era oponible a Reef, toda vez que no había sido parte en el proceso en que se había dictado la inhibitoria, ni al tribunal del *exequatur*, que es, finalmente, el verdadero juez de la competencia del tribunal arbitral (*Reef Exploration Inc. c. Compañía General de Combustibles S.A.*, 2002; Caivano & Bianchi, 2003, pp. 90 y ss.).

IV. LA OPORTUNIDAD EN QUE EL TRIBUNAL ARBITRAL DECIDE SOBRE LAS OBJECIONES JURISDICCIONALES

El artículo 37 de la LACI, que reproduce el texto del artículo 16.3 de la Ley Modelo, establece la posibilidad de que el tribunal arbitral decida sobre estas objeciones en forma previa, o que las difiera para resolverlas en el laudo en que se pronuncia sobre las pretensiones de fondo.

Esto marca una diferencia sustancial con los planteos de competencia en el régimen procesal judicial argentino. Conforme al Código Procesal, en los artículos 346 y 347 inciso 1, la excepción de incompetencia es una de aquellas que **únicamente** pueden oponerse como de previo y especial pronunciamiento, debiendo hacerse en un solo escrito juntamente con la contestación de demanda o la reconvencción. Adicionalmente, se sabe que las excepciones de previo y especial pronunciamiento son aquellas que deben tener un tratamiento anticipado y que deben decidirse antes de la continuación normal del proceso. Dentro de las excepciones previas, conforme al artículo 353, la de incompetencia debe, inclusive, resolverse antes de las demás. Los árbitros, en cambio, están autorizados a decidir cuál es el momento o la etapa procesal en que habrán de resolverla.

Esta flexibilidad se justifica por las razones que pueden motivar una objeción jurisdiccional que,

como hemos señalado, implican tener que juzgar sobre la arbitrabilidad, y sobre la existencia, validez y alcance del convenio arbitral. Cuestiones que pueden hacer necesaria la consideración de elementos fácticos que requieran de sustanciación, debate y prueba y que, en algunos casos, podrían ser comunes a los relativos al fondo de la controversia. En este último supuesto podría ser justificado que, por razones de economía procesal y congruencia, se posponga la decisión jurisdiccional para ser tratada y resuelta en forma conjunta con los méritos, en un solo laudo. En sentido contrario, si la objeción jurisdiccional se basa en una cuestión susceptible de resolverse como de puro derecho, la solución más eficiente será decidirla en forma previa, de modo de despejar la competencia del tribunal antes de avanzar en el proceso para discutir el fondo de la controversia.

Por lo tanto, frente a una excepción de incompetencia, la primera decisión que un tribunal arbitral debe tomar es si la resolverá en forma previa o la aplazará para la oportunidad de dictar el laudo sobre el fondo. Es obvio que, en este último caso, la cuestión jurisdiccional será la primera que el tribunal deba abordar en el laudo, en tanto es el presupuesto para que pueda pronunciarse sobre las demás.

V. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS SOBRE SU COMPETENCIA

Hemos explicado que, sobre la base del principio *kompetenz-kompetenz*, la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia no es exclusiva sino preliminar. En cualquier caso, su decisión será revisable judicialmente. Así como los árbitros deben tener siempre la **primera** palabra respecto de su jurisdicción, los tribunales judiciales deben tener siempre la **última** (Sanders, 2005, pp. 443-482). Sentado lo expuesto, y tomando en consideración que el tribunal arbitral puede resolver la objeción jurisdiccional en forma previa o junto con el laudo sobre el fondo, y que puede declararse competente o incompetente, los medios procesales para suscitarse la intervención judicial son diferentes. Analizaremos a continuación cada uno de estos supuestos.

A. Cuando el tribunal arbitral se declara competente en el laudo final

En este caso, al formar parte del laudo, esa decisión será susceptible de los mismos recursos que caben contra aquel. En el esquema de la LACI, ello supone que esa decisión será revisable judicialmente por la vía de la petición de nulidad prevista en el artículo 98. Debe recordarse que las objecio-

nes a su jurisdicción pueden estar basadas en que la materia no es arbitrable, o en la inexistencia, invalidez o ineficacia del convenio arbitral. Por lo tanto, para decidir que tiene competencia, un tribunal arbitral debe haber resuelto que la materia es arbitrable, o que el convenio arbitral objeto del cuestionamiento es válido y que comprende a las personas y materias que le han sido propuestas para su decisión.

Cualquiera de esas hipótesis suscita la revisión por vía del remedio del artículo 98 de la LACI. Remedios que la ley habilita, conforme al artículo 99 inciso a apartado (i), si una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad o restricción a la capacidad, o dicho acuerdo no es válido, conforme al artículo 99 inciso a apartado (iii), si se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje, o, si como señala el artículo 99 inciso b apartado (i), el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.

B. Cuando el tribunal arbitral se declara competente en forma previa

El párrafo final del artículo 37 de la LACI regula la hipótesis en que la decisión sobre su competencia es adoptada por el tribunal arbitral en forma previa, y en favor de su competencia. Y para ello, la norma dispone que “cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 13 que resuelva la cuestión” (2018).

Esta norma recoge el artículo 16.3 de la Ley Modelo, e implica una decisión de política legislativa respecto del momento en que la decisión jurisdiccional adoptada por los árbitros debe ser objeto de supervisión judicial. La LACI ha optado por conceder un recurso inmediato, directo y amplio, aunque sin efectos suspensivos. La Ley de Arbitraje peruana, en cambio, establece que esa decisión solo podrá ser impugnada juntamente con el laudo sobre el fondo, si, como señala el artículo 41 inciso 4, “el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo” (Decreto Legislativo 1071, 2008).

Ambas soluciones son subóptimas. Si se admite un recurso directo, se corre el riesgo de que la judicialización apareje, de hecho, o de derecho, la suspensión del arbitraje o signifique una obstrucción a la normal continuación del proceso arbitral.

Pero diferir la revisión hasta el momento en que se dicte el laudo final sobre el fondo puede significar un dispendio de actividad jurisdiccional –y una inversión de tiempo y recursos que puede ser significativa– potencialmente estéril si la declaración de competencia de los árbitros es posteriormente revocada.

Hemos opinado que la primera alternativa debe ser preferida. Ello porque, si los árbitros, pudiendo diferirla, resolvieron la objeción jurisdiccional como previa, es dable suponer que tomaron en consideración que no había razones para mantener indefinida la cuestión hasta el laudo final, sea porque el cuestionamiento a su competencia y las defensas de fondo eran razonablemente independientes, sea por razones de economía procesal. Las mismas razones justifican que el recurso judicial sea inmediato, de forma que la incidencia pueda ser definitivamente resuelta tan pronto como sea posible. Desde luego, ello sujeto a la condición de que el recurso judicial no suspenda automáticamente el procedimiento arbitral ni el dictado del laudo, pues de otro modo el recurso se transformaría en un medio de entorpecer el arbitraje (Caivano, 2011b, pp. 183-195).

Si la propia jurisdicción arbitral está puesta en tela de juicio, parece más lógico que la duda sea despejada cuanto antes. Si la decisión de los árbitros es acertada, una rápida confirmación judicial habrá saneado el proceso y permitirá al tribunal arbitral seguir adelante con el juicio sin la espada de Damocles de una futura nulidad pendiendo sobre su cabeza. Y si, por el contrario, su decisión fuese errada, es preferible que la revocación sobrevenga cuanto antes.

Si el tribunal arbitral resolvió declararse competente sin fundamentos o con fundamentos objetables, anular el laudo final aparece como un remedio ineficaz para quien tenía razones para cuestionar la decisión. En este último caso, las consecuencias negativas de diferir el control judicial son todavía más visibles y ponen en evidencia que la solución termina siendo inadecuada, por tardía, para todas las partes: quien finalmente tenía razón para objetar la jurisdicción arbitral, se habrá visto sometido a un proceso, probablemente costoso y carente de todo efecto; la contraparte tampoco habrá ganado demasiado obteniendo un laudo que, de todas maneras, será anulado; los árbitros habrán trabajado inútilmente para resolver las cuestiones de fondo en un laudo que finalmente se anulará por haber carecido de competencia para dictarlo. Si los árbitros se declararon erróneamente competentes, anular luego el laudo definitivo es una solución que, lejos de remediar el problema, lo agrava.

C. Algunas precisiones sobre el recurso del artículo 37 de la LACI

Dijimos que el remedio del artículo 37 de la LACI es un recurso inmediato, directo y amplio, aunque sin efectos suspensivos, contra la decisión del tribunal arbitral. Analizaremos aquí, sumariamente, estas características, resaltando de entrada las dos más obvias: este recurso solo es admisible si esa decisión es adoptada en forma previa; es decir, antes del dictado del laudo final y si el tribunal se declaró competente. En el párrafo siguiente examinaremos si existe alguna vía para procurar la revisión judicial de esa misma decisión cuando el tribunal se declara incompetente.

A diferencia de la petición de nulidad contra el laudo, que suscita un control restringido, limitado a la verificación de las causales previstas en el artículo 99 de la LACI, el del artículo 37 es un remedio más amplio. La terminología utilizada por el legislador⁵³, sugiere que el tribunal judicial que conoce de él puede revisar *de novo* la decisión arbitral, en una suerte de segunda instancia. Es claro que su jurisdicción se encuentra acotada por el objeto del recurso, en la medida que solo le está permitido controlar la decisión en cuanto a la competencia de los árbitros. Pero como esa decisión ha debido necesariamente basarse en que existe un convenio arbitral válido y eficaz, sobre cuestiones arbitrables y que alcanza a las materias y a las personas involucradas en las pretensiones del demandante, se entenderá que la determinación final de la existencia, validez, eficacia y alcance (objetivo y subjetivo) del convenio arbitral, así como de la arbitrabilidad, recaerá en el tribunal judicial.

Con acierto, la LACI, en su artículo 13, otorga competencia para conocer de este recurso a la Cámara de Apelaciones con competencia en lo comercial de la sede del arbitraje. Al ser esta una decisión final, conviene que sea adoptada por un tribunal colegiado, de la segunda instancia del sistema judicial argentino, cuyas sentencias no son pasibles de recursos ordinarios⁵⁴.

Como señala el artículo 37 de la LACI, la petición debe deducirse dentro de los treinta días de notificada la decisión del tribunal arbitral. Debe re-

cordarse aquí que se trata de días corridos, salvo que el vencimiento del plazo se produjera en un día inhábil, en cuyo caso, tal como indica el artículo 108, se considerará prorrogado hasta el primer día hábil siguiente.

Dada la terminología utilizada por la ley⁵⁵, entendemos que no se trata de un **recurso** en sentido técnico y, por lo tanto, no se plantea ante el tribunal arbitral, ni este tiene facultades para concederlo o denegarlo, sino que se presenta directamente ante el tribunal judicial determinado por la ley. Que, según surge del artículo 13, es la Cámara de Apelaciones con competencia en lo comercial de la sede del arbitraje.

Esta petición judicial carece de efectos suspensivos. La ley expresamente dispone, en el párrafo final del artículo 37, que “mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo” (2018). A partir del texto legal, parece claro que la ausencia de efectos suspensivos es una regla, pero no inflexible. Significa que no tiene naturalmente ese efecto, es decir, que no necesariamente suspende la tramitación del juicio arbitral. Pero (i) los árbitros conservan la facultad de decidir su suspensión si juzgan que continuarlo podría acarrear mayores perjuicios que suspenderlo, porque la ley los faculta a proseguir las actuaciones, mas no los obliga a hacerlo⁵⁶; y, (ii) el tribunal judicial que conoce de la petición podría ordenar la suspensión del proceso arbitral. Sin embargo, por las mismas razones, esa decisión revestiría el carácter de medida cautelar y, por lo tanto, solo podría otorgarse si se acredita la verosimilitud del derecho del solicitante y el peligro en la demora. Por lo tanto, aunque naturalmente carente de efectos suspensivos, la jurisdicción que recibe a consecuencia de la solicitud del artículo 37 permitiría que el tribunal judicial disponga la suspensión, siempre que aprecie que aquella puede tener éxito, y se convenza de que la continuación del arbitraje causará un perjuicio de imposible o difícil reparación ulterior.

D. Cuando el tribunal se declara incompetente

La LACI no dice qué remedio existe (si alguno) contra una decisión mediante la cual los árbitros se

⁵³ “[...] podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 13 que resuelva la cuestión [...]” (2018) [el énfasis es nuestro].

⁵⁴ Sin perjuicio de ello, la propia ley establece expresamente que su decisión será irrecurrible.

⁵⁵ Cualquiera de las partes podrá **solicitar** del tribunal competente conforme al artículo 13 que resuelva la cuestión” (2018) [el énfasis es nuestro].

⁵⁶ Por tratarse de un efecto que no le es propio, y porque el propósito de la ley es que ese remedio no sea utilizado para obstaculizar el procedimiento arbitral ni para provocar una paralización del arbitraje, es claro que las razones que justifican la suspensión deban ser apreciadas restrictivamente. Sin embargo, excepcionalmente, el tribunal arbitral podría suspender las actuaciones provisoriamente si, de las circunstancias del caso, resulta que proseguirlas implica irrogar un perjuicio a alguna de las partes.

declaran incompetentes. En este caso, el análisis que se realizará no distingue según el momento en que esa decisión se adopte, porque la situación es la misma: sea que la declaración de incompetencia conste en un laudo o en una decisión preliminar, sea que forme parte del mismo laudo final, en cualquier caso, tendrá como efecto poner fin al proceso. Por lo que, más allá de la forma que adopte, podría considerarse un laudo final, equiparable a una sentencia definitiva. Y, como tal, sería un laudo impugnado por vía de la petición de nulidad prevista en el artículo 98 de la LACI.

Sin perjuicio de ello, el peticionante de la nulidad encontrará dificultades para poder encuadrarla en alguna de las causales que la habilitan. Estas causales, que son las **únicas** por las cuales podría anularse un laudo, están contenidas en el artículo 99. Y, por su formulación literal, no parecen pensadas para esta hipótesis, sino para la contraria. Para declararse incompetentes, los árbitros debieron haber considerado que no existía convenio arbitral, que este no era válido, que las cuestiones sometidas a su decisión excedían sus términos, o que la materia no era arbitrable. Pero, conforme el artículo 99, la nulidad solo podría basarse en las decisiones contrarias, es decir, que el convenio arbitral no existía o no era válido, que las cuestiones sometidas a su decisión excedían sus términos, o que la materia no era arbitrable.

La Ley de Arbitraje peruana admite expresamente la revisión judicial de esta decisión, a través de la vía del recurso de anulación en el artículo 41 inciso 5:

Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia (2008).

VI. CONCLUSIONES

El principio *kompentenz-kompentenz* constituye una de las reglas de mayor utilidad práctica de una ley de arbitraje, en la medida que apunta a proteger la jurisdicción arbitral en el momento inicial del proceso, y a impedir la judicialización prematura del arbitraje, muchas veces propiciada por el arrepentimiento de alguna de las partes que, luego de haber pactado el sometimiento de ciertas cuestiones

a juicio de árbitros, intenta evitarlo y llevar el caso a los tribunales judiciales.

Más allá de su propósito práctico, la regla no es por entero carente de lógica, ni es un privilegio para el arbitraje. Supone trasladar al ámbito del arbitraje una facultad que es también propia de los jueces, esto es, decidir sobre su propia competencia. Y parte de una suerte de presunción de que lo que tiene la apariencia de ser un convenio arbitral válido, efectivamente lo es. Presunción de la que se deriva que, aun si luego se comprueba que el árbitro finalmente carece de competencia, alcanza cuanto menos inicialmente para juzgar si la tiene.

En su forma más elemental, significa que el tribunal arbitral es competente para emitir una decisión que resuelva una objeción planteada, bajo la forma de una excepción, en el marco del mismo proceso arbitral. Pero a través de lo que constituye su complemento necesario, el efecto negativo que consiste en la obligación judicial de resignar su propia jurisdicción a manos de los árbitros, sirve también para hacer posible un pronunciamiento arbitral cuando el convenio se hace valer en el marco de un proceso judicial.

El esquema muestra una razonable y equilibrada distribución de roles entre la justicia arbitral y la judicial. La contrapartida necesaria de conceder al tribunal arbitral la prioridad para conocer de su propia competencia, es la necesaria supervisión judicial a que se somete esa decisión. De modo que los árbitros sean, siempre, los primeros jueces de su competencia, pero los tribunales judiciales sean, siempre, los últimos.

Aunque seguramente el principio *kompentenz-kompentenz* es un concepto familiar para los lectores de esta revista, encontramos justificado el repaso de sus postulados en este trabajo, para colocar énfasis en algunos de sus múltiples matices, que en ocasiones pasan inadvertidos para los practicantes y, más frecuentemente, para los jueces. ¶

REFERENCIAS

- Aguilar, F. (2007). Notas sobre la interpretación de la convención arbitral (*in dubio pro arbitris*). *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1(13), 3-22.
- Bachand, F. (2006). Does article 8 of the Model Law call for full or *prima facie* review of the arbitral tribunal's jurisdiction? *Arbitration International*, 22(3), 463-476.
- Caivano, R. J., & Bianchi, R. A. (2001). El *exequatur* de un laudo extranjero y la inhibitoria en relación con un arbitraje internacional. *Revista de Jurisprudencia Argentina*, (3), 38-46.

- Caivano, R. J. (2008). *La cláusula arbitral: Evolución histórica y comparada*. Editorial Universidad del Rosario.
- (2011a). Arbitrabilidad y orden público. *Revista Foro Jurídico*, (12), 62-78.
- (2011b). *Control judicial en el arbitraje*. Abeledo-Perrot S.A.
- (2011c). La separabilidad de la cláusula arbitral. *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, (5), 285-314.
- Caivano, R. J., & Ceballos Ríos, N. M. (2019). La Ley Argentina de Arbitraje Comercial Internacional, A través de un Enfoque Comparativo con la Ley Peruana de Arbitraje. *Revista de Arbitraje PUCP*, (8), 51-82.
- (2020). *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino: comentario exegético y comparado de la Ley 27.449*. La Ley.
- Carbonneau, T. E. (2003). The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36(4), 1189-1231.
- Díaz-Candia, H. (2007). Non-recognition of kompetenz-kompetenz in developing countries: The Venezuelan example. *Journal of International Arbitration*, 24(1), 25-36.
- Fernández Rozas, J. C. (2019). Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad. *Revista Argentina de Arbitraje*, (4). <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&H ash=1239712fbb6c91b7becd8f2ad4d96764>
- Figuroa Valdés, J. E. (2014). La autonomía de los árbitros y la intervención judicial. *Arbitraje PUCP*, (4), 71-81.
- Fouchard, P., Gaillard, E., & Goldman, B. (1996). *Traité de l'arbitrage commercial international*. Litec.
- Follonier-Ayala, A. (2014). Evolución latinoamericana de los principios de separabilidad y kompetenz-kompetenz. *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, 2(2), 513-548.
- Gaillard, E. (2002). The negative effect of competence-competence. *Mealey's International Arbitration Report*, 17(1).
- Copropriété maritime Jules Verne et autre c. American Bureau of Shipping (ABS) et autre. *Revue de l'arbitrage*, 2006(4), 945-ss.
- (2010). *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. La Ley.
- Gómez Jene, M. (2017). El convenio arbitral: statu quo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(2), 7-38.
- Grigera Naón, H. A. (2005). Competing orders between Courts of Law and arbitral tribunals: Latin American experiences. En G. Aksén, K.-H. Böckstiegel, M. J. Mustill, P. M. Patocchi & A. M. Whitesell (Eds.), *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner* (pp. 335-346). ICC Publishing.
- Holtzmann, H. M., & Neuhaus, J. E. (1989). *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary*. Kluwer Law International.
- Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., & Kröll, S. M. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International.
- Llain Arenilla, S. (2014). El rol del principio de competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (24), 143-168.
- Masciotra, M. (2016). Poderes-deberes del tribunal de alzada. *Revista Jurisprudencia Argentina, Recursos Judiciales*, 6(1), 8-24.
- O'Farrell, E. (2000). Un caso de inhibitoria internacional. *Revista La Ley*, 2000-F-1137.
- Palacio, L. E. (2005). *Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot.
- Podetti, R. J. (1973). *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*. EDIAR.
- Rivera, J. C. (2008). Incomprensión judicial del arbitraje. *Revista Jurisprudencia Argentina*, (3), 1222-1247.
- (2010). Interpretación restrictiva de la cláusula arbitral en la jurisprudencia argentina. *Revista de los Contratos, los Consumidores y Derecho de la Competencia*, 1(1), 3-16.
- (2018). El efecto negativo del principio *compétence-compétence* en el arbitraje internacional. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, 78(1), 58-73.
- Rubio Guerrero, R. (2010). El principio *competence-competence* en la nueva Ley peruana de Arbitraje. *Revista Lima Arbitration*, (4), 101-118.

- Sanders, P. (2005). UNCITRAL's Model Law on international and commercial arbitration: Present situation and future. *Arbitration International*, 21(4), 443-482.
- Silva Romero, E. (2005). Breves observaciones sobre el principio *kompetenz-kompetenz*. En E. Silva Romero, F. Mantilla Espinosa & A. Aljure Salame (Eds.). *El contrato de arbitraje* (1ra ed., pp. 579-668). Legis.
- Valença Filho, C. (2008). Tutela Judicial de Urgência e a Lide Objeto de Convenção de Arbitragem. En C. Valencia Filho & L.J. Bosco (Eds.), *Estudos de arbitragem* (pp. 155-180). Juruá Editorial.
- Van den Berg, A. J. (1981). *The New York Arbitration Convention of 1958*. Kluwer Law International.
- Vásquez Palma, M. F. (2010). Comprensión del principio competencia-competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (15), 181-196.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala D, 23/9/1999, "Compañía General de Combustibles", Rev. Jurisprudencia Argentina [J.A.] (2001-III-53) (Arg.).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala E, 4/12/2001, "Telefónica de Argentina S.A.", AP *on line* (11/31681) (Arg.).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala B, 11/09/2002, "Visteon S.A. c. Cohen, Mario", causa 9332/02, AP *on line*, (11/35898) (Arg.).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala D, 5/11/2002, "Reef Exploration Inc. c. Compañía General de Combustibles", Rev. La Ley [L.L.] (2003-E-937) (Arg.).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala B, 2007, "BNP Paribas c. Deutsche Bank" (Arg.).
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (CNCom.), sala D, 20/12/2016, "Francisco Ctibor S.A.C.I. y F. c. Wal-Mart Argentina S.R.L", Rev. El Derecho [E.D.] (14.141) (Arg.).
- Code de procédure civile [C.P.C.] (Código Procesal Civil) (Fr.).
- Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).
- Código Civil y Comercial de la Nación [Cod. Civ. y Com.] (2014) (Arg.).
- Código de Comercio [Cod. Com.], Diario Oficial *El Peruano*, 15 de febrero de 1902 (Perú).
- Código Procesal Civil [Cód. Proc. Civ.], Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 1993 (Perú).
- Código Procesal Civil y Comercial [Cod. Proc. Civ. y Com.] (1981) (Arg.).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008). https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013), documento de las Naciones Unidas A/RES/68/109 (2014).
- Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú), http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/Constitucion-Politica-2016.pdf.
- Constitución Nacional [Const. Nac.] (Arg.), digesto-comodoro.gob.ar/ofimatica/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf
- Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 1/11/1988, "La Nación S.A. y Otra c. La Razón Editorial E.F.L.C. y A.S.A.", Fallos (1988-311-II-2223) (Arg.). <https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomold=347>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 10/11/1988, "Nidera Argentina S.A.c. Elena Gladys Rodríguez Álvarez de Canale", Fallos (1988-311-II-2300) (Arg.). <https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomold=347>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 11/7/1996, "S.A. Energomachexport c. Es-

- tablecimientos Mirón S.A.O.C.I.F.A.”, Fallos (1996-319-II-1287) (Arg.). <https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomold=367>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 11/05/2004, “Basf Argentina S.A. c. Capdevielle Key y CIA. S.A.”, Fallos (2004-327-II-1450) (Arg.). <https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomold=391>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 28/7/2005, “Pan American Energy LLC. c. Forestal Santa Bárbara S.R.L. y otros”, Fallos (2005-328-II-2789) (Arg.). <https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomold=395>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), 17/10/2007, “B. N. P. Paribas-Sucursal Buenos Aires c. Deutsche Bank S.A.”, Fallos (2007-330-IV-4422) (Arg.). <https://sj.csjn.gov.ar/sj/verTomo?tomold=405>
- Cour de cassation [Cass.] [Corte de Casación] 1e civ., 7 junio del 2006, 03-12.034, Bull. civ. I, No. 287 (Fr.). http://newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=171
- Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 27 de junio de 2008 (Perú).
- Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.C. 801 (Can.).
- Ley No. 48 (Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales), 14 de septiembre de 1863, [1863-1869] R.N. 49 (Arg.).
- Ley No. 25488 (Modificatoria del Código Procesal Civil y Comercial de Nación), 22 de noviembre de 2001, [29780] B.O. 1 (Arg.). <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/7220091/20011122?busqueda=1>
- Ley No. 26.790 (Recurso Extraordinario por salto de Instancia. Incorporáanse artículos 257 bis y 257 ter.), 14 de noviembre de 2012, [32535] B.O. 1 (Arg.). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/205000-209999/205495/norma.htm>
- Ley No. 27.449 (Ley de Arbitraje Comercial Internacional), 26 de julio de 2018, [33.919] B.O. 16 (Arg.). <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/188861/20180726#>
- PCCW Global Ltd c. Interactive Communications Services Ltd [2007] 1 H.K.L.R.D. 309 (C.A.) (Hong Kong).