



**ALARB**  
Asociación Latinoamericana de Arbitraje  
Associação Latinoamericana de Arbitragem

# Revista ALARB Asociación Latinoamericana de Arbitraje

---

Arbitraje y Constitución

Volumen I (2020)  
Derechos Reservados

Derechos Reservados ©

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE

**AUTORES**

*Édynson Alarcón*

*Adriana Braghetta*

*Roque J. Caivano*

*María Inés Corrá*

*Christian Díaz*

*Diana Droulers*

*Fabrizio Durán*

*Sandra González*

*Francisco González de Cossío*

*Elena Gutiérrez García de Cortázar*

*Andrea Hulbert*

*Alegría Jijón Andrade*

*Rafael Llano Oddone*

*Fabiola Medina*

*Christa Mueller García*

*Cecilia O'Neill de la Fuente*

*Julieta Ovalle Piedra*

*Victoria Rodríguez de Anda*

*Bernardo Salazar Parra*

*Liliana Sánchez Ortega*

*José Gregorio Torrealba R.*

*María del Carmen Tovar*

*Patricia Vera Nieto*

*Claus von Wobeser*

*Bernardo A. Wayar Ocampo*

## ÍNDICE

<b>PREFACIO .....</b>	<b>13</b>
-----------------------	-----------

*por Claus von Wobeser*

### CAPÍTULO INTRODUCTORIO

#### ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN EN AMÉRICA LATINA

*por Francisco González de Cossío*

A. IDEA.....	15
B. PLANTEAMIENTO CUESTIONABLE.....	16
<b>I. UNA MEJOR VISIÓN.....</b>	<b>17</b>
A. PROCESOS CONSTITUCIONALES.....	17
B. ARBITRAJE.....	17
C. COMPATIBILIDAD DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS .....	18
<b>II. IMPLEMENTACIÓN .....</b>	<b>19</b>
A. ¿EL ÁRBITRO COMO PARTE DEL SISTEMA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES? .....	19
1. Conceptual: epistemología de los mecanismos de solución de controversias .....	20
2. Pragmática: el costo social del garantismo.....	23
B. ¿CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ÁRBITROS?.....	25
C. EFECTO EN LA CAUSAL DE ORDEN PÚBLICO .....	26
<b>III. LA VISIÓN DEFENDIDA MERECE SER SEGUIDA .....</b>	<b>28</b>
A. EXPLICACIÓN.....	28
B. ACLARACIÓN .....	29
C. CONTROLEMOS MENOS PARA TUTELAR MÁS .....	30
<b>TABLA COMPARATIVA .....</b>	<b>32</b>

### ARGENTINA

#### ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN

*por María Inés Corrá y Roque J. Caivano*

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>38</b>
<b>II. LOS PUNTOS DE CONTACTO ENTRE EL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>39</b>
A. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL ARBITRAJE .....	39
B. EL DERECHO AL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN.....	41

<b>III. ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS QUE COMPRENDEN CUESTIONES CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>44</b>
A. LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ARGENTINO .....	45
B. ¿SON INCOMPETENTES LOS ÁRBITROS PARA SEGUIR INTERVINIENDO CUANDO SE CONTROVIERTE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA?.....	47
C. ¿PUEDEN LOS ÁRBITROS DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA? .....	52
D. LA CUESTIÓN, EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA .....	55
<b>IV. ARBITRAJE Y ACCIÓN DE AMPARO.....</b>	<b>57</b>
A. LA ACCIÓN DE AMPARO EN EL DERECHO ARGENTINO.....	57
B. LA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO AL ARBITRAJE. ALGUNOS EJEMPLOS DEL DERECHO LATINOAMERICANO .....	60
C. LA EXPERIENCIA ARGENTINA. NUESTRA POSICIÓN .....	64
<b>V. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>66</b>
A. LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS LAUDOS.....	66
B. EL FALLO “CARTELLONE” Y LA RECIENTE RE-INTERPRETACIÓN DE SU ALCANCE POR LA MISMA CORTE SUPREMA.....	70
C. EL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL Y EL ARBITRAJE.....	72
<b>VI. CONCLUSIONES .....</b>	<b>73</b>

## **BOLIVIA**

### **ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA**

POR *BERNARDO A. WAYAR OCAMPO*

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>75</b>
<b>II. CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE.....</b>	<b>76</b>
A. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL.....	76
B. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	78
1. Control de constitucionalidad normativo .....	78
2. Control de constitucionalidad tutelar .....	78
3. Recurso directo de nulidad.....	81
<b>III. APORTES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL AL ARBITRAJE EN BOLIVIA .....</b>	<b>81</b>
A. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO <i>KOMPETENZ – KOMPETENZ</i> .....	81
B. LA AUTONOMÍA Y SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.....	83
C. LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE EN EL PROCESO PENAL .....	85

	6
D. NATURALEZA DEL RECURSO DE NULIDAD .....	86
E. CAUSALES DE NULIDAD .....	90
1. Materia no arbitrable .....	90
2. Laudo Arbitral contrario al orden público.....	93
3. Las otras causales .....	95
<b>IV. MAL USO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>96</b>
A. DILACIÓN.....	97
B. DECISIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y LAS LEYES 98	
1. Deber de Protesta Sobre la Causal de Nulidad.....	98
2. Atribución de Jurisdicción Indevida sobre Decisiones Emitidas en sede judicial Extranjera...	102
3. Entre el Abuso del Poder del Estado y la Nulidad de los Contratos.....	103
<b>V. CONCLUSIONES .....</b>	<b>108</b>

## **BRASIL**

### **“AMPARO” (MANDADO DE SEGURANÇA) Y ARBITRAJE**

*por Adriana Braghetta*

<b>I. SITUANDO EL PROBLEMA: “AMPARO” Y ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA .....</b>	<b>110</b>
<b>II. LA ARQUITECTURA NORMATIVA DEL ARBITRAJE .....</b>	<b>114</b>
<b>III. MANDADO DE SEGURANÇA EN BRASIL: REQUISITOS Y ALCANCE DE APLICACIÓN .....</b>	<b>118</b>
<b>IV. UN EJEMPLO BRASILEÑO: RECONOCIMIENTO DE LA SINGULARIDAD DEL ARBITRAJE .....</b>	<b>123</b>
<b>V. CONSIDERACIONES FINALES.....</b>	<b>130</b>

## **COLOMBIA**

### **TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES EN COLOMBIA**

*por Bernardo Salazar Parra*

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>131</b>
<b>II. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS EN ARBITRAJE NACIONAL .....</b>	<b>132</b>
A. VISIÓN JUDICIAL DEL ARBITRAJE NACIONAL .....	132
B. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES .....	136
C. ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE LAUDOS ARBITRALES NACIONALES.....	137

D. PRECEDENTES DE ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE LAUDOS NACIONALES .....	142
<b>III. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL .....</b>	<b>147</b>
<b>IV. CONCLUSIONES .....</b>	<b>157</b>

## COSTA RICA

### ARBITRAJE Y DERECHO CONSTITUCIONAL

*por Andrea Hulbert y Christian Díaz*

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>160</b>
<b>II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL APLICABLE AL ARBITRAJE.....</b>	<b>160</b>
<b>III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>167</b>
A. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 167	
B. ARBITRAJE DERECHO FUNDAMENTAL DE RANGO CONSTITUCIONAL .....	167
C. NATURALEZA JURISDICCIONAL Y RASGOS DEL ARBITRAJE.....	168
D. DERECHO POTESTATIVO Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.....	168
E. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ....	169
F. DESJUDICIALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y LIBRE ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO	170
G. PRINCIPIO KOMPETENZ – KOMPETENZ, VALIDEZ Y SEPARABILIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL.....	170
<b>IV. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE LIMITAN EL ALCANCE DEL ARBITRAJE.....</b>	<b>172</b>
<b>V. EN COSTA RICA NO HAY INTERFERENCIAS CONSTITUCIONALES EN EL ARBITRAJE.....</b>	<b>175</b>
A. NO PROCEDE EL AMPARO CONTRA EL LAUDO:.....	178
B. NO PROCEDE EL AMPARO CONTRA ACTOS PROCESALES DEL ARBITRAJE: .....	178
C. EL CONTROL DE LEGALIDAD LO EJERCEN LOS JUECES ORDINARIOS Y LOS ÁRBITROS .....	179
D. LOS RECLAMOS DE LEGALIDAD DEBEN HACERSE ANTE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE .....	179
E. NO PROCEDE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL LAUDO O SU EJECUCIÓN:.....	180
<b>VI. CONCLUSIÓN .....</b>	<b>183</b>

## ECUADOR

### DERECHO CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE

*por Alegría Jijón Andrade y Patricia Vera Nieto*

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>185</b>
<b>II. DESARROLLO HISTÓRICO DEL ARBITRAJE EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO. ....</b>	<b>186</b>
<b>III. PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR .....</b>	<b>189</b>
<b>IV. PARTICULARIDADES EN LA RELACIÓN ENTRE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y ARBITRALES EN EL ECUADOR .....</b>	<b>192</b>
A. DECISIONES SUSCEPTIBLES DE AEP .....	194
B. LA JURISPRUDENCIA ANTIGUA Y NUEVA HA SIDO UNÁNIME EN QUE CABEN LAS AEPS ANTE LAUDOS ARBITRALES .....	194
C. CARÁCTER EXTRAORDINARIO DE LAS AEPS .....	195
D. ES NECESARIO EL AGOTAMIENTO DE TODOS LOS RECURSOS PREVIOS PARA PODER INTERPONER UNA AEP FRENTE A UN LAUDO ARBITRAL.....	197
E. EL ESTÁNDAR DE LA REPARACIÓN INTEGRAL.....	198
<b>V. CASOS PRÁCTICOS, LA PROBLEMÁTICA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y ARBITRALES EN ECUADOR .....</b>	<b>202</b>
A. SENTENCIA 31-14-EP/19 JUEZ PONENTE HERRERÍA.....	203
B. SENTENCIA NO. 323-13-EP/19 JUEZ PONENTE KARLA ANDRADE.....	208
<b>VI. CONCLUSIÓN .....</b>	<b>209</b>

## **ESPAÑA**

### **ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN: ESPAÑA**

*por Elena Gutiérrez García de Cortázar*

<b>I. EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA AUSENCIA NOTABLE .....</b>	<b>211</b>
<b>II. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL Y NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE; EQUIVALENCIA JURISDICCIONAL QUE EMANA DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL.....</b>	<b>212</b>
A. EL ANCLAJE CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE: LA LIBERTAD CONTRACTUAL, EN EL EPICENTRO DEL ARBITRAJE.....	212
B. EL ARBITRAJE COMO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL, PERO SOLO EN SUS EFECTOS, NO EN SU BASE CONSTITUCIONAL .....	218
<b>III. LA AUSENCIA DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES.....</b>	<b>227</b>
<b>IV. CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES .....</b>	<b>230</b>
A. CONTROL JUDICIAL EXTERNO, LIMITADO A LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN, QUE DEBEN SER INTERPRETADOS DE FORMA RESTRICTIVA.....	230



B. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE ANULACIÓN DEL LAUDO.....	234
C. LA FALTA DE MOTIVACIÓN COMO MOTIVO DE ANULACIÓN DE LAUDO: A LA ESPERA DE NOTICIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	235

## MÉXICO

### GENERALIDADES DEL JUICIO DE AMPARO

*por Julieta Ovalle Piedra*

I. PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO E INDIRECTO.....	238
II. SUSPENSIÓN Y ARBITRAJE .....	242

### ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS Y SU INTERACCIÓN CON EL JUICIO DE AMPARO

*por Christa Mueller García*

I. INTRODUCCIÓN .....	244
II. ANTECEDENTES.....	245
III. EL CRITERIO PENDULAR DE LA VÍA DE AMPARO FRENTE A LA NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES.....	247
IV. CONCLUSION .....	251

## PANAMÁ

### EL ARBITRAJE Y LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN PANAMÁ: ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

*por Liliana Sánchez Ortega*

I. INTRODUCCIÓN .....	253
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA .....	254
A. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD .....	254
1. El Recurso de Inconstitucionalidad.....	255
2. La Advertencia de la Inconstitucionalidad .....	260
B. LA ACCIÓN DE AMPARO DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES .....	263
1. El Amparo y su relación con el Arbitraje.....	263
III. ¿ENTORNO PRO-ARBITRAJE O INCERTIDUMBRE? ¿HACIA DÓNDE VAMOS?.....	269

## PARAGUAY

## **ARBITRAJE Y PROCESOS CONSTITUCIONALES: LA EXPERIENCIA PARAGUAYA**

*por Rafael Llano Oddone y Victoria Rodríguez de Anda*

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>271</b>
<b>II.</b>	<b>RÉGIMEN APLICABLE .....</b>	<b>272</b>
<b>III.</b>	<b>PUNTOS DE CONTACTO ENTRE EL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>275</b>
	A. CAPACIDAD DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE RESOLVER SOBRE CUESTIONES CONSTITUCIONALES .....	275
	B. APLICACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE ARBITRABILIDAD .....	276
	C. APLICACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE DEBIDO PROCESO Y ORDEN PÚBLICO .....	278
	1. Competencia de los tribunales arbitrales .....	279
	2. Otros derechos procesales .....	285
	3. Orden público.....	287
<b>IV.</b>	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>291</b>

### **PERÚ**

## **ARBITRAJE Y CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAUDOS EN PERÚ**

*por Cecilia O'Neill de la Fuente y María del Carmen Tovar*

<b>I.</b>	<b>INTRODUCCIÓN:.....</b>	<b>293</b>
<b>II.</b>	<b>REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ Y ALGUNAS PECULIARIDADES DE LA JURISDICCIÓN .....</b>	<b>294</b>
	A. RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA .....	294
	B. LEY DE ARBITRAJE PERUANA .....	297
	C. EL CARÁCTER PROMOCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ .....	298
	D. CARACTERÍSTICAS DEL DESARROLLO DEL ARBITRAJE ENTRE PRIVADOS .....	302
	E. DESARROLLO DEL ARBITRAJE CON ENTIDADES DEL ESTADO .....	302
	F. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN .....	304
	G. ALGUNAS ESTADÍSTICAS .....	305
<b>III.</b>	<b>MEDIOS IMPUGNATORIOS Y PROCESOS CONSTITUCIONALES.....</b>	<b>307</b>
	A. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO .....	308
	B. ACCIÓN DE AMPARO CONTRA LAUDO.....	310
	C. OTROS CASOS RELEVANTES DE AMPARO ARBITRAL.....	315

D. RELACIÓN ENTRE LA ANULACIÓN Y EL AMPARO ARBITRAL.....	316
<b>IV. CONCLUSIONES .....</b>	<b>319</b>

## **REPUBLICA DOMINICANA**

### **CONSTITUCIONALIDAD Y ARBITRAJE EN LA REPÚBLICA DOMINICANA**

*por Édynson Alarcón y Fabiola Medina*

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>320</b>
<b>II. EL ARBITRAJE BAJO EL PRISMA DE LA CONSTITUCIÓN DOMINICANA .....</b>	<b>321</b>
<b>III. TRANSVERSALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN CUALQUIER SISTEMA “ADVERSARIAL” Y HETEROCOMPOSITIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....</b>	<b>327</b>
<b>IV. LOS ÁRBITROS Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.....</b>	<b>328</b>
<b>V. ESTADO DE DISCUSIÓN EN LA REPÚBLICA DOMINICANA RESPECTO A LA FIGURA DEL ARBITRAJE Y EL PROCESO ARBITRAL .....</b>	<b>331</b>
<b>VI. DISCUSIÓN ESPECÍFICA RESPECTO AL CONTROL DEL LAUDO POR INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: ¿AMPARO, RECURSO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL O ACCIÓN EN NULIDAD? .....</b>	<b>336</b>
<b>VII. CASOS PRÁCTICOS EN LA JURISDICCIÓN DOMINICANA Y SU RESULTADO .....</b>	<b>341</b>
<b>VIII. CONCLUSIONES .....</b>	<b>349</b>

## **URUGUAY**

### **CONSTITUCIÓN Y ARBITRAJE EN URUGUAY**

*por Sandra González y Fabrizio Durán*

<b>I. RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE AL ARBITRAJE EN URUGUAY A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN .....</b>	<b>350</b>
<b>II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL .....</b>	<b>354</b>
<b>III. CASOS CONCRETOS DE INTERACCIÓN ENTRE PROCESOS, PRINCIPIOS Y NORMAS RELATIVAS A LA CONSTITUCIÓN Y AL ARBITRAJE.....</b>	<b>355</b>
<b>A. PROCESOS CONSTITUCIONALES CONTRA LEYES QUE RATIFICAN TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL Y PROMUEVEN INVERSIONES EXTRANJERAS .....</b>	<b>355</b>

1. Excepción de inconstitucionalidad contra la ley que aprueba el Convenio CIADI y contra la ley que ratifica el Tratado Bilateral de Inversión entre Uruguay y Finlandia .....	356
2. Acción de nulidad contra un contrato de inversión celebrado entre un inversor extranjero y el Estado Uruguayo.....	358
3. Acción de amparo contra inversor extranjero.....	358
4. Acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería de Gran Porte .....	359
<b>B. TUTELA CONSTITUCIONAL VS. ARBITRAJE: LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO COMO MATERIA ARBITRABLE EN URUGUAY .....</b>	<b>360</b>
1. La Suprema Corte de Justicia en mayoría entendió que el arbitraje es un mecanismo procesal admisible para la resolución de conflictos individuales de trabajo en Uruguay .....	362
2. Un Tribunal de Apelaciones de Trabajo falló que una cláusula arbitral es inoponible para la resolución de un conflicto individual de trabajo .....	364
<b>C. ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y CONSTITUCIÓN URUGUAYA: EL CASO DE PHILIP MORRIS CONTRA URUGUAY .....</b>	<b>366</b>
<b>D. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA RESPECTO A PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN LOS CUALES ESTÁ INVOLUCRADO EL ESTADO URUGUAYO. ....</b>	<b>368</b>
<b>IV. CONCLUSIONES .....</b>	<b>372</b>

## **VENEZUELA**

### **ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN EN VENEZUELA**

*por Diana Droulers y José Gregorio Torrealba R.*

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>374</b>
<b>II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN VENEZUELA....</b>	<b>375</b>
A. EL ARBITRAJE Y EL SISTEMA DE JUSTICIA.....	377
B. EL ARBITRAJE COMO DERECHO DEL JUSTICIABLE .....	378
C. EL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO – LA CLÁUSULA CALVO RELATIVA. ....	380
<b>III. LAS ACCIONES Y RECURSOS CONSTITUCIONALES CON RELACIÓN AL ARBITRAJE .....</b>	<b>382</b>
A. LA NATURALEZA JURISDICCIONAL DEL LAUDO ARBITRAL.....	382
B. EL AMPARO CONSTITUCIONAL.....	384
C. EL RECURSO DE REVISIÓN .....	387
1. El recurso de revisión constitucional contra laudos arbitrales.....	389
D. EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD. ....	390
E. EL AVOCAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA PROTEGER EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL .....	393
<b>IV. CONCLUSIONES .....</b>	<b>397</b>

## PREFACIO

*Claus von Wobeser*

*Presidente de ALARB*

La ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (“ALARB”) tiene el gran placer de presentarles la primera edición de su propia revista de arbitraje.

Este proyecto fue creado para satisfacer los objetivos que dieron origen a la fundación de la asociación, siendo estos principalmente la difusión y la adecuada comprensión del arbitraje en América Latina, así como el establecimiento de un centro para el libre intercambio de ideas, conocimientos e iniciativas relativas a la evolución del arbitraje internacional en el mundo y en nuestra región.

Es así como surge la idea de elaborar una revista, siendo una forma óptima para plasmar y transmitir los últimos avances, discusiones y estudios de las problemáticas actuales relacionadas con la práctica arbitral en Latinoamérica. Con esta revista esperamos poner a su disposición una herramienta realmente útil para la comunidad internacional de arbitraje para fomentar el debate, el intercambio de opiniones y proporcionar los distintos puntos de vista que existen de los expertos y practicantes más reconocidos en la región.

Estamos convencidos que creando este foro es posible contribuir al desarrollo y evolución del marco normativo del arbitraje y promover su uso, constituyéndose este en un medio idóneo para resolver disputas que involucren elementos latinoamericanos. En ALARB, estamos convencidos que el arbitraje es uno de los elementos clave para atraer inversión extranjera, otorgar seguridad a los capitales y fomentar el comercio tanto nacional como internacional, contribuyendo al desarrollo económico y prosperidad de toda la región.

Para esta primera edición, se seleccionó un tema de particular relevancia y que caracteriza de forma única a nuestra región: “Arbitraje y Constitución.” Los países latinoamericanos al ser parte de la tradición *ius civilista* en donde la constitución juega un papel central en el marco jurídico, la figura del arbitraje y la protección de los derechos constitucionales – generalmente por medio de la figura del amparo - han tenido cierto roce e, incluso, en ciertas ocasiones se han visto como procesos conflictivos. En consecuencia, consideramos de vital interés entender el impacto que han tenido estas figuras constitucionales (*i.e.* amparo) en la práctica arbitral, así como las cortes nacionales han interpretado la relación entre el derecho constitucional y el arbitraje.

Para esto, se buscó a destacados y reconocidos expertos practicantes de la región, para realizar un estudio sobre la relación entre los procesos constitucionales, particularmente la figura del amparo y el arbitraje. Como resultado, tenemos un análisis comparativo de las siguientes jurisdicciones: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa

Rica, Ecuador, España, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y Venezuela.

Es de destacar que, si bien existen similitudes en el origen y el funcionamiento de los procesos de control constitucionales en los distintos países (*i.e.* amparo), también existen varias diferencias. Estos contrastes se deben a los antecedentes normativos constitucionales y del arbitraje en cada país, a su evolución, al marco jurídico de cada jurisdicción, en el interés de apertura económica de cada país al comercio internacional, a la adopción o no de la LEY MODELO DE CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (“LEY MODELO”), a la suscripción o no de la CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (LA “CONVENCIÓN DE NUEVA YORK”), entre otros elementos. Todas estas particularidades hacen que el análisis comparativo de la relación entre el arbitraje y la constitución sea mucho más sustancial y fructífero para la discusión.

Adicionalmente, como consta en los ensayos analíticos que componen esta edición, si bien en ciertas jurisdicciones las figuras constitucionales se han utilizado para resistir al uso del arbitraje, en otras jurisdicciones, la coexistencia ha sido mucho más sencilla y fluida.

Con este análisis se busca demostrar que el derecho constitucional y el arbitraje pueden coexistir perfectamente y que cada uno tiene su propia esfera de aplicación. Esto encuentra su origen en una premisa mucho más profunda y en un principio primordial: el arbitraje puede realmente funcionar y ser efectivo cuando existe un poder judicial que entienda su naturaleza y sirva de apoyo para darle ejecutoriedad cuando es necesario y sirva de control únicamente bajo ciertos supuestos claramente establecidos y limitados. Entender la naturaleza del arbitraje y su lugar en el ordenamiento jurídico es clave para lograr una coexistencia adecuada entre este y los procesos judiciales y constitucionales. Consecuentemente, esperamos que esta recopilación de opiniones e ideas pueda beneficiar y ser también de interés de los miembros del poder judicial de los países de la región.

Estamos realmente orgullosos de recopilar este análisis práctico, con base en jurisprudencia y precedentes de cada una de las jurisdicciones y la experiencia misma de los autores que ejercen y practican cada día en sus respectivos países.

A través de este esfuerzo, ALARB refuerza su compromiso con sus miembros y, en general, con la comunidad de arbitraje internacional para contribuir al desarrollo, protección y comprensión de la figura del arbitraje, así como para hacer frente a los nuevos retos y desafíos que surjan en la región.

Confiamos en que esta edición sea la primera de muchas más de la revista de ALARB y que resulte provechosa para todos sus lectores.

Finalmente, me gustaría agradecer por todo su esfuerzo, trabajo y conocimiento compartido por todos los autores que contribuyeron en esta primera edición, en particular y con especial afecto al coordinador y editor de la revista, Francisco Gonzalez de Cossío.

## CAPÍTULO INTRODUCTORIO

### ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN EN AMÉRICA LATINA:

#### ARBITRAJE Y PROCESOS CONSTITUCIONALES: AGUA Y ACEITE

*Francisco González de Cossío\**

Se está librando una interesante batalla intelectual en nuestra región. La batalla es importante. La batalla es disimbola. La batalla es trascendente: de su resultado dependerán muchas cosas. Actualmente la batalla ostenta tanto victorias como derrotas. Éxitos y fracasos. Héroe y heridos—inclusive muertos. Consiste en cómo se conjugan los procesos constitucionales y los procesos arbitrales.<sup>1</sup>

LA ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE ARBITRAJE (“ALARB”) ha invitado a expertos de todas las jurisdicciones de América Latina para exponer el estado de la materia sobre el siguiente tema: la relación entre arbitraje y los procesos constitucionales. El resultado es esta obra. El objetivo de este prólogo como parte de dicho esfuerzo es jugar un papel en la batalla descrita – y el papel será el de un conciliador. Un avenidor. Un buen componedor. El motivo no sólo obedece a la consideración evidente (dialogar en vez de pelear. Construir en vez de destruir), sino la convicción que *ambas instituciones jurídicas tienen un papel importante que jugar*, y que no tienen por qué contraponerse. Mas aún, *el planteamiento actual del tema no es obligado, es destructivo y es lamentable*. Lo que es peor, condena a ambos a un resultado que desfavorece a quien debería tener en mente: el gobernado. El tutelado. El ‘consumidor’ de dichos procesos. Para explicar por qué, a continuación describiré brevemente el escenario que estamos viviendo y cómo es producto de un planteamiento cuestionable, no sin antes adelantar la idea que pretendo defender. Luego procederé a dar los cimientos de la idea (§I), cómo implementarla (§II), y por qué considero que constituye un mejor resultado que el que invita la discusión actual (§III).

#### A. IDEA

La idea que pretendo defender es que uno puede ser partidario del garantismo, sentirse estimulado por el neoconstitucionalismo, entusiasta de la expansión de la tutela constitucional y convencional, tanto nacional como supranacional, y un convencido de la importancia de los derechos fundamentales y los tribunales constitucionales, y aún así

---

\* Este capítulo introductorio defiende la teoría descrita en la Conferencia Magistral, “Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?”, que este autor fue invitado a dar ante CRECIG, Guatemala, febrero 2016.

<sup>1</sup> Anexo una tabla comparativa que describe genéricamente el estatus que este tema guarda en diversas jurisdicciones Latinoamericanas. El objetivo no es dar una opinión exhaustiva, sino fundamentar la aseveración del texto: su kaleidoscópico *statu quo* en la región. Para profundizar sobre una jurisdicción, se recomienda el capítulo respectivo de esta obra.

defender la noción que no deben *interferir* en —y mucho menos *obstruir*— procesos arbitrales. El motivo: cada uno juega un papel importante y diferente —*y complementario!*

Más aún, dado el estado de eficacia de los procesos constitucionales en la región, no adoptar la postura defendida tiene por efecto (1) *entorpecer* los procesos en las relaciones de coordinación (incluyendo el arbitraje), (2) *distraer* los procesos constitucionales al incluir dentro de su ámbito de atención áreas que los necesitan menos, y (3) *diluir* los recursos disponibles para procesos constitucionales, al ser empleados en áreas donde se requieren menos, distrayéndolos de las áreas donde se necesitan más.

## B. PLANTEAMIENTO CUESTIONABLE

En su mayoría, el planteamiento actual que observo despierta, en su aspecto analítico, lo que en la lógica llamamos un “falso dilema”.<sup>2</sup> Y en su aspecto retórico, lo que los psicólogos llaman un diálogo de sordos.

La mayoría de los intelectuales que han adoptado posturas sobre este tema son catalogables en uno de dos bandos: los constitucionalistas y los arbitralistas. Y las posturas que adoptan tienden a dar preferencia a la disciplina sobre la cual se especializan, buscando supeditar la otra.

Postulo que ello es tan cuestionable como lamentable.

Es *cuestionable* pues el análisis de supeditación —quién o cuál es más importante— es un ejercicio intelectualmente arduo, pero poco meritorio. Algo así como discutir sobre qué es más importante, un martillo o un desarmador. Respetuosamente, expender energía para defender uno u otro es desperdicio. Dirigir energía a un fin banal. El análisis de supeditación no deja nada. Usemos nuestras (escasas y valiosas) armas intelectuales para fines que los justifican – y de preferencia fines constructivos.

Es *lamentable* pues sesga análisis y arroja resultados indeseables. Si se prefiere al arbitraje, los paladines del constitucionalismo detractarán y se preocuparán – y con razón. Si se prefiere el constitucionalismo, los arbitralistas se inquietarán por su impacto en la eficacia del arbitraje.

¿Por qué no mejor reconocer que *ambos juegan un papel importante y distinto*. En sus respectivas esferas de aplicabilidad, cada instrumento tiene un propósito que guarda un común denominador y una diferencia. La diferencia es el derecho que aplican. El común denominador es que *ambos buscan (eventualmente) lo mismo*: respeto del Derecho. Ambos son aliados del Estado de Derecho. Ambos son instrumentos que, en sus respectivas áreas de aplicación, tienen un valor que dar, una misión que cumplir. Por ende, verlos como

<sup>2</sup> Véase, GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, XIII Congreso Nacional de Abogados de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C. (San Luis Potosí, mayo 2012), y su *post scriptum* (ambos visibles en [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)).



enemigos es artificial. Es ver gigantes donde hay molinos. Y al margen del yerro conceptual, existe un resultado pragmático lamentable: da municiones para el uso fariseo (abusivo y obstructivo) del Derecho.

## I. UNA MEJOR VISIÓN

En vez de dirigir nuestras armas los unos a los otros, los constitucionalistas y los arbitralistas deberíamos entender que somos aliados en un mismo fin. En vez de *enfrentar*, deberíamos *colaborar*. En lugar de guerras intelectuales fratricidas, deberíamos reconocer que compartimos un mismo ideal: *el respeto por el Derecho*. La procuración de un Estado de Derecho. El que sea una rama diversa del Derecho no cambia que es parte *del* Derecho.

Los procesos constitucionales tienen por objeto defender derechos fundamentales. Los procesos arbitrales tienen por objeto defender derechos de otra índole, contractuales o *ex lege*. Pero derechos al final del día.

Cuando olvidamos lo anterior, distraemos. Dirigimos nuestras armas intelectuales entre nosotros, en vez de dirigirlas hacia el verdadero enemigo. Al hacerlo, desperdiciamos el filo de nuestras navajas en batallas entre pares. Y para cuando debemos enfrentar al verdadero enemigo, las navajas están desafiladas.

Si el lector está dispuesto a aceptar esta relectura, paso a explicar cómo lograrla.

### A. PROCESOS CONSTITUCIONALES

La idea de la Constitución es poderosa y estimulante. Tanto en su aspecto **sustantivo** (la existencia de un puñado de principios universalmente aceptados como importantes – los ‘derechos fundamentales’) como **adjetivo** (la Garantía Jurisdiccional de la Constitución). Sea que se trate del modelo austriaco, concentrado, o del modelo americano, difuso, la posibilidad de sujetar a control constitucional el ejercicio del poder es una de las grandes victorias de la ciencia del Derecho. El objetivo: que la Constitución sea un instrumento *viviente*—no sólo *vigente*.

### B. ARBITRAJE

El arbitraje, en su esencia, descansa en la libertad,<sup>3</sup> tanto contractual como procesal. La posibilidad de escoger una forma de encausar y resolver problemas *diversa* a la ofrecida por el Estado. Además, dadas sus características, el arbitraje se funda también en la certeza y seguridad jurídica.

---

<sup>3</sup> Para una lectura fresca y estimulante sobre esta noción, véase Jan Paulsson, THE IDEA OF ARBITRATION, Oxford University Press, 2013.

La idea es sencilla, pero poderosa. El Estado ofrece *una* infraestructura para resolver problemas — la justicia estatal. Dicha opción, como toda opción, tiene características: ventajas y desventajas. Por definición ello la hace apta, idónea, para cierto tipo de problemas. Pero también por definición no es adecuada para otros.<sup>4</sup> Es ello lo que logra el arbitraje: la posibilidad de hacer uso de la libertad contractual para moldear una solución a las necesidades del problema. *Inter alia* permite elegir el intelecto de quien actuará como juzgador (el árbitro) y confeccionar un proceso como traje a la medida para lo que necesita.<sup>5</sup>

### C. COMPATIBILIDAD DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Entendida la razón de ser de cada institución jurídica, ¿es incompatible el ideal de control constitucional con el ideal de libertad?

Postulo que la respuesta es negativa. Ambos ideales no solo *no* se contradicen, *se refuerzan*. La libertad de encausar y resolver una disputa en forma diversa a la generalmente disponible es perfectamente compatible con la (estimulante) idea que el poder debe ser ejercido conforme a cierto cauce. Que hay principios elementales, fundamentales, que nos aplican a todos, y que permean en todos los sistemas, por lo que irradian aplicación a todos. Y dichos principios son, como explica elocuentemente Dworkin, “cartas de triunfo frente a las mayorías”.<sup>6</sup> “Derechos que nos corresponden universalmente a todos en cuanto dotados del estatus de personas” adoptando la definición de Luigi Ferrajoli.<sup>7</sup> “Intereses fundamentales para el florecimiento del humano”, como los concibe John Finnis.<sup>8</sup> O el “Conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo” como explica la (anterior) Ministra de la Suprema Corte de Justicia de México, la doctora Margarita Luna Ramos.<sup>9</sup>

Lo anterior debe servir de punto de partida analítico, pues es la esencia de ambas instituciones. No hacerlo arroja un resultado que dista de estar en sintonía con el *leitmotif* de cada institución jurídica. Dicha esencia debe siempre tenerse presente pues, como se ha explicado antes, una concepción diversa tiene (ha tenido) por efecto que, lo que en verdad son hermanos en ideales, se tornen en enemigos conceptuales.

<sup>4</sup> Al respecto, véase el capítulo II de ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, DF, 5ª edición, 2018.

<sup>5</sup> Desarrollo esta idea, como punto de partida de toda mi obra, en ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 5ª edición, 2018.

<sup>6</sup> Ronald Dworkin, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, Harvard University Press, USA, 1978.

<sup>7</sup> DERECHO Y GARANTÍAS. LA LEY DEL MÁS DÉBIL, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 37.

<sup>8</sup> John Finnis, HUMAN RIGHTS & COMMON GOOD, Collected Essays: Volume III, Oxford University Press, p. 28.

<sup>9</sup> Margarita Luna Ramos, LAS PERSONAS MORALES ¿TIENEN DERECHOS HUMANOS?, El Universal, 6 de mayo de 2014, sección de Opinión, p. A18.

Postulo que dicha compatibilidad existe inclusive ante la expresión más estimulada de la idea de la Constitución. Después de todo, la libertad (implícita en la idea del arbitraje) es uno de los derechos más caros de todos los instrumentos constitucionales.

## II. IMPLEMENTACIÓN

Aceptado el punto de partida, la pregunta obligada es ‘cómo’. ¿Cómo lograr la postura por la que abogo?

Propondré una senda a partir de tres puntos de intersección de ambas disciplinas que propician dudas que la implementación de la visión tendría que resolver:

- El papel del árbitro en el sistema de tutela de derechos fundamentales (§A);
- ¿Es necesario control constitucional de la actividad de los árbitros? (§B); y
- ¿Qué efecto tiene mi visión en la causal de orden público? (§C)

### A. ¿EL ÁRBITRO COMO PARTE DEL SISTEMA DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES?<sup>10</sup>

Vista desde la perspectiva constitucionalista, la idea que aquí planteo exige responder la pregunta ‘¿qué papel deben jugar los tribunales arbitrales en el sistema nacional e internacional de tutela de derechos fundamentales?’ Si la obligación de hacer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad aplica a los tribunales arbitrales. Si el ‘bloque de constitucionalidad’ y ‘bloque de convencionalidad’ es parte del ‘Derecho’ que el árbitro privado debe aplicar para resolver el caso concreto.<sup>11</sup> Si el árbitro debe entenderse como ‘juez interamericano’ humanitario, y por ende aplicar el *corpus iuris* trasnacional<sup>12</sup> que está

<sup>10</sup> La forma en que he planteado la pregunta es cuestionable, lo admito. Si lo he hecho así obedece a que deseo adoptar el ángulo analítico más difícil de defender, pero más estimulante, y desde la perspectiva de la postura constitucionalista.

<sup>11</sup> Ello incluiría el ‘diálogo jurisprudencial’ regional y nacional al que alude Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (PANORÁMICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL, UNAM, Ed. Marcial Pons, México, 2014 p. 681). Incluiría el derecho escrito y jurisprudencial del sistema jurídico involucrado, el *corpus iuris* humanitario (tanto interamericano como comparado – europeo y africano – cuando orientativo).

<sup>12</sup> Nótese el término, que no recibe eco en la literatura especializada sobre el tema. Mientras que algunos hablan de un ‘Derecho Público Interamericano’ (v.gr., Ferrer Mac-Gregor, *ob. cit.*, p. 681), utilizo el término ‘trasnacional’ para hacer aplicable las ideas de Philip C. Jessup (TRASNATIONAL LAW, Yale University Press, New Haven, 1956) consistentes en la universalidad de los problemas que aquejan a la humanidad, y cómo el derecho que cada sistema destila es *uno*, trasnacional, que corta transversalmente a todos los sistemas jurídicos. La idea me ha estimulado desde hace mucho en esencia por dos motivos. Primero, su visión macro, mundialista, de la humanidad, que resta importancia a las (artificiales) fronteras y evita caer en nacionalismos – lo cual tanto daño nos ha hecho. Segundo, por que invita un uso diestro y pragmático de la disciplina del Derecho Comparado. En mi opinión, la utilidad mayor del Derecho Comparado es que permite aprender de la experiencia

en vías de tejerse – uno de los desarrollos jurídicos más estimulantes de los últimos tiempos.

Postulo que la respuesta debe ser negativa. El motivo es tanto conceptual como pragmático. Me explico.

### 1. Conceptual: epistemología de los mecanismos de solución de controversias

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son una opción. Una alternativa a la regla que todos tenemos el derecho fundamental a obtener tutela judicial del Estado. Dicho derecho es una opción. Y dicha opción tiene características que lo hacen idóneo para ciertos casos, e inútil para otros. Es decir, el proceso judicial, como todo instrumento, es por definición ideal para cierto tipo de problemas, y también por definición no es ideal para otros.<sup>13</sup>

Los problemas deben ser analizados como patologías. Deben palpase a efecto de discernir qué medicina necesitan: litigio, arbitraje, mediación, conciliación, peritaje o *dispute boards*. Se trata de medicinas distintas para males distintos. El motivo: cada figura aporta un valor diverso. Y dentro de dicho valor no está el de ser parte del sistema interamericano de tutela de derechos fundamentales. Visto desde la (aguda) perspectiva de Salvatore Natoli y Luigi Ferrajoli,<sup>14</sup> el “dolor” que busca colmar es diverso. No se trata de un dolor *infligido*, sino un dolor *sufrido*.<sup>15</sup>

Esto no quiere decir que los árbitros violen derechos fundamentales; quiere decir que no son el instrumento para garantizarlo. Este punto es sutil, pero importante. Un

---

ajena, evitando repetir errores. Permitiendo confeccionar mejores soluciones (regímenes jurídicos) cuando se capitaliza en la sabiduría derivada de la experiencia ajena.

<sup>13</sup> Esta apreciación es frecuentemente pasada por alto, particularmente por los detractores del arbitraje. Para estos personajes, el arbitraje no sirve para nada. Y si se escuchan sus motivos, el pensador cauteloso se percatará que son técnicamente inadecuados, con frecuencia consisten en exposiciones incompletas (muchas veces, desinformadas) de temas o casos de arbitraje, y muchas una (a veces iracunda) predisposición en contra. Considero que ello es lamentable. Los mecanismos alternativos de solución de controversias, incluyendo el arbitraje, son herramientas útiles para ciertos casos, e inútiles para otros. Ello, respetuosamente, es la exposición objetiva y correcta del punto. Y la apreciación también se extiende al litigio: es ideal para ciertos casos, y subóptimo para otros. Cuando un abogado se ciega a esto, lo único que logra es cerrarse puertas – y a sus clientes. Querrá decir que hay un universo de casos que está mal aconsejando, pues eran mejor encausados por vías distintas al litigio.

<sup>14</sup> DERECHO Y DOLOR. LA CRISIS DEL PARADIGMA CONSTITUCIONAL, en EL CANON NEOCONSTITUCIONAL, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, p. 145.

<sup>15</sup> Ferrajoli hace eco de la justificación del Derecho que Salvatore Natoli propone: como solución a dos tipos de dolores: el “sufrido” y el “infligido”. El primero es natural, el segundo causado por el hombre.

derecho puede ser tutelado desde ángulos distintos.<sup>16</sup> Pero ello no quiere decir que todos los ángulos requieran los mismos recursos procesales.

La postura anterior se complica en los sistemas jurídicos donde existe control difuso. De hecho, tengo que admitir que la exposición tiene un ligero sesgo: proviene de un abogado educado en el modelo concentrado de control constitucional.<sup>17</sup> Con mis antecedentes, la exposición anterior tiene un ángulo diverso al que probablemente adoptaría un practicante o juzgador entrenado y acostumbrado al control difuso.<sup>18</sup> ¿Quiere lo anterior decir que la idea aquí presentada es inaplicable a los sistemas con control difuso? Propongo que no. En dichos casos, el árbitro realizaría una interpretación conforme,<sup>19</sup> que no estaría sujeta a los mecanismos, recursos de alzada, del control constitucional. El árbitro aplicaría la jurisprudencia interamericana y local constitucional y convencional como parte del “Derecho” aplicable para resolver la controversia. Pero el laudo no sería revisable en cuanto a ello, pues dicho ejercicio estaría revestido de ‘finalidad’, como una cuestión de derecho sustantivo.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Por ejemplo, la vida, que puede ser tutelada desde la perspectiva de derecho constitucional, convencional (artículos 4 y 5 del Pacto de San José) y penal (sancionando el homicidio: artículo 302 del Código Federal Penal). La propiedad: artículo 27 de la Constitución, artículo 21 del la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 367 del Código Federal Penal (que sanciona el robo).

<sup>17</sup> Hasta 2011 México siguió un sistema de control constitucional concentrado. A partir de entonces es mixto: coexisten el control concentrado (por jueces constitucionales) y difuso (que aplica a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias).

<sup>18</sup> Por ejemplo, proveniente de República Dominicana o Perú. Estoy en deuda con el Magistrado Edynson Alarcón, la doctora Mary Fernández y José Ricardo Feris por sus amables (pero arduos) comentarios sobre el tema desde la perspectiva de República Dominicana. A su vez, con Alfredo Bullard por sus apreciaciones desde la perspectiva peruana.

<sup>19</sup> No podrían analizar la validez de leyes con efectos *erga omnes*, lo cual corresponde a tribunales constitucionales. Lo más que podrían hacer es una interpretación conforme, incluyendo (en casos extremos) la no aplicación en el caso concreto de una norma considerada inconstitucional.

<sup>20</sup> En este contexto se torna relevante la postura vertida por el Dr. Leonel Pereznieta Castro en EL CONTROL DIFUSO POR TRIBUNALES ARBITRALES (La Barra, Revista de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, No. 92, Julio-Octubre, 2014, p. 10). Dicho jurista hace ver que el árbitro puede tener que hacer control difuso. Su análisis —que entiendo como el comienzo, no fin, de una discusión— pone el dedo en la llaga del gran tema a resolver. Del mismo tengo similitudes, diferencias y puntos que someto a su respetada consideración.

*Similitudes:* Comparto su apreciación que el ejercicio *puede* ser resultado del Derecho aplicable (§4(b), p. 13). Al hacerlo, invito a quienes difieran a que consideren que esto es parte del nuevo paradigma que se suscita por la adopción por México del modelo mixto de control de constitucionalidad y convencionalidad. No podemos cerrarnos los ojos al tema. El Dr. Pereznieta hace bien en iniciar esta discusión. Sin embargo, al día de hoy, dicha postura tiene que tomar en cuenta que el control difuso en México es una obligación impuesta a autoridades (Art. 1, para 3, de la Constitución). Siendo que el árbitro ha sido consistentemente entendido como que no actualiza la hipótesis de ‘autoridad’ (ni para efectos de amparo, ni para otro fin), ¿cómo se justificaría el ejercicio?

Auguro que esta postura hará hervir la sangre de algunos: ¿O sea que los árbitros privados aplicarán derecho constitucional sin estar sujetos a los mecanismos procesales que se cercioran que el mismo está correctamente aplicado – mismos que aplican a los jueces mismos?<sup>21</sup> Respuesta: “sí”. Motivo: por que *el laudo es final*. Porque ese fue el deseo de las partes al optar por un mecanismo *alternativo* de solución de controversias.<sup>22</sup> ¿Alternativo a qué? – Al sistema judicial. Cualquier postura distinta sería contraria a la voluntad de las partes. Si una parte se somete al arbitraje, que es uni-instancial, es por que desea que todo sea resuelto en una sola instancia – incluyendo el Derecho público aplicable.

---

*Diferencias:* el árbitro no es ‘auxiliar de la justicia’; no forma parte del aparato estatal de forma alguna – incluyendo la (amorfa) noción de auxiliar de la justicia que en el pasado ha servido para remediar otros problemas en la aplicación del juicio de amparo.

*Proposiciones:* (1) la apreciación que el control difuso del árbitro es más amplio de lo que puede ejercer un juez local (id., p. 14) es matizable en que no admite generalización. Por un lado, el árbitro que aplica Derecho del país X cuyos jueces constitucionales han, por ejemplo, declarado la invalidez de una norma con efectos *erga omnes*, tendría que acatar dicha decisión, producto del sistema que conforma el “Derecho” que aplica. (Pero propondría que no es revisable en el contexto del juicio de nulidad o no ejecución. Para una postura contraria, ver el caso peruano desde el caso *Maria Julia*, que permite revisión del laudo para cerciorar que no se viola un precedente del Tribunal Constitucional de observancia obligatoria.) Aunado al hecho que el árbitro no puede declarar la invalidez de normas inconstitucionales o inconventionales, ello militaría a favor de considerar que la apreciación no es correcta. Por otro, el árbitro no está maniatado ante las determinaciones sobre inconstitucionalidad o inconventionalidad de los juzgadores locales. Esta es la esencia de la (profunda, estimulante y frecuentemente malentendida) postura por la que aboga Jan Paulsson en su debate con Pierre Mayer (J. Paulsson, *Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals*, 23 ICSID Review 215 (2008); P. Mayer, *L’arbitre international et la hiérarchie des normes*, Revue de l’arbitrage, 2011 p. 361 y J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, p. 231 *et seq*) y que el Dr. Pereznieta permea (id., pp. 13-14). Lo profundo y estimulante (además de precioso, para mi gusto) de la (controversial, pero inadvertida para muchos) postura de Paulsson es que da margen de maniobra al árbitro internacional para evitar ser forzado a ser parte del Derecho como instrumento de opresión, lo cual *ex hypothesi* significa que algo anda mal con el funcionar del Poder Judicial local – algo que lamentablemente sigue pasando en algunas equinas del mundo.

(2) El que el árbitro pueda estar obligado a efectuar control difuso no depende de la sede sino del Derecho *sustantivo* aplicable, incluyendo si el Derecho en cuestión lo exige; mas no por la sede – que no es más que el vínculo que ata un tribunal arbitral a un derecho *arbitral* local. Dicho de otra manera, un árbitro con sede en un país donde no exista control difuso puede no obstante ello tener que efectuar control difuso cuando el Derecho aplicable sea de otro país que así lo exige. Y viceversa. La sede no es dispositiva de dicha cuestión.

(Me interesará conocer la respetada opinión del Dr. Pereznieta sobre las anteriores reflexiones.)

<sup>21</sup> Nótese que planteo la pregunta de la forma más provocadora posible. El motivo obedece al principio de argumentación que exige vencer un argumento en su expresión más robusta, no más débil. Una expresión menos escandalosa podría ser “¿El principio de finalidad del laudo se extiende también a las cuestiones de derecho constitucional o convencional, cuando aplicable?”.

<sup>22</sup> De hecho, existe una corriente de opinión que considera que existe un ‘derecho humano arbitral’: el derecho fundamental a contar con procedimientos arbitrales libres de intervención judicial. (Véase, el DERECHO HUMANO ARBITRAL, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria del a Construcción (mayo 2013), visible en [www.caic.org.mx](http://www.caic.org.mx)). Para conocer la respuesta judicial a dicha teoría, véase EL DERECHO HUMANO ARBITRAL, (XIV Congreso Nacional de Abogados, 7 y 8 de Noviembre de 2014, visible en [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx)).

## 2. Pragmática: el costo social del garantismo<sup>23</sup>

Con todo el respeto que tengo a los teóricos y practicantes de los procesos constitucionales, existe un problema serio que nos aqueja, y que no sólo no se ha remediado, sino que se ha acentuado. Y todo parece indicar que distamos de arrojar síntomas de mejoría en el futuro no sólo inmediato, sino mediato.

Como regla, *los procesos constitucionales de nuestra región tienen un margen alto de ineficacia*. Me he abocado a estudiar los procesos constitucionales en la región. Sin ostentarme como experto, detecto cinco constantes se relacionan con nuestro tema y que han tenido por efecto mermar seriamente su eficacia:

- i) **Dilución:** como dice el viaje adagio “el que mucho abarca, poco aprieta”. Cuando una misma herramienta se utiliza para todo tipo de fines, el resultado es que se mal emplea. Se diluye. Ello ha acontecido con los procesos constitucionales. Al hacerlos aplicables a áreas distintas a su núcleo duro, el resultado es que se merma la energía disponible. Se expenden recursos en espacios que no los necesitaban tanto – inclusive que no los justifican. Y siendo que los recursos son finitos,<sup>24</sup> el resultado natural es que se distraen de donde se deberían enfocar. De las áreas en las que se deberían concentrar.
- ii) **Procesalitis:** con frecuencia el régimen aplicable a los procesos constitucionales es formal y obeso. Se observa una enorme sobre-regulación de todos los aspectos del proceso. Y entre más forma y requisitos, más probabilidad de error. Aunado al fetish por la formalidad, ello tiene por efecto dar múltiples ocasiones para obstruir.
- iii) **Exceso de recursos:** la mayoría de los sistemas de derecho procesal constitucional suelen contar con una cantidad enorme de recursos intra-procesales – además de los recursos aplicables una vez concluido el proceso. Ello impacta seriamente su eficacia, pues muchos de los recursos suelen suspender el proceso mientras se admiten o deciden. Ello tiene un doble efecto. Primero, logra el objetivo de una parte que desea obstruir. Segundo, le complica la labor al juez. El juzgador que tiene que visitar y adentrarse a un expediente muchas veces es mucho menos eficaz que el juzgador que lo hace una sola vez. Y si ello se multiplica por el número de casos que cada juzgador tiene, el resultado natural es sobre-saturación.<sup>25</sup>

Aunado a la (enorme) sobre-regulación (comentada en el punto anterior) ello resulta en (1) suspensiones de procesos para atender recursos intraprocesales; (2)

<sup>23</sup> Para abundar sobre esto, ver EL COSTO SOCIAL DEL GARANTISMO, XIV Congreso Nacional de Abogados, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Puebla, 7 y 8 de noviembre de 2014.

<sup>24</sup> Y los recursos siempre son finitos, especialmente los recursos públicos; y especialmente es países en vías de desarrollo.

<sup>25</sup> Es decir, no sólo saturación, sino saturación que no se justifica. Que es innecesaria.

repeticiones (a veces múltiples) de los procesos en todo o en parte; y (3) tácticas dilatorias diversas que capitalizan dichas suspensiones y repeticiones, para procurar retrasar o descarrilar procesos.<sup>26</sup> Y con mucha frecuencia por aspectos que no lo justifican.<sup>27</sup>

- iv) **Tolerancia del abuso de proceso:** por motivos que no acabo de entender, los latinoamericanos tendemos a tolerar el abuso de proceso. La parte que obstruye procesos es solapada. Fuera de comentarios académicos y en foros, los juzgadores latinoamericanos (incluyendo árbitros) tienden a no hacer nada ante abuso procesal.<sup>28</sup>
- v) **Costas:** un caso particular de lo anterior que merece mención independiente es la distribución de costas. Por lo general, los fallos (sentencias o laudos) hacen poco análisis sobre la distribución de costas, y con frecuencia los montos pueden ser importantes. Como resultado, no sólo toleran abuso de proceso, ¡sino que lo incentivan! El motivo: cuando el costo de un proceso no es atribuido a quien lo genera, se impone un costo sobre la parte que litiga con decencia que es generado por la parte que propicia los costos. Ello incentiva litigio ‘sucio’ pues hace que la estrategia dominante ante el mismo sea incurrir en el mismo.

Aunque diferentes sistemas jurídicos locales actualizan en forma diversa lo anterior, casi todos adolecen de alguna manera u otra de todos los síntomas indicados. Y la gran constante es que dichos procesos:

- a) **Están disponibles para pocos:** Sirven en su mayoría a quienes tienen la posibilidad económica de contar con un abogado especializado (y oneroso). Como resultado, para una buena parte de la población de nuestra región, los derechos fundamentales no son mas que poesía que escuchan en los medios y en las cátedras de grandes pensadores, pero que no tienen efectos palpables en su vida cotidiana.

La importancia de esto no debe ser subestimada. Algunos han hablado de ‘Estados fallidos’ en nuestra región. Otros se indignan. Este es uno de los fracasos más serios de los sistemas judiciales de nuestra región. Merece nuestra atención. Aceptémoslo.

---

<sup>26</sup> Un efecto secundario pero importante de esto es que los procesos pierden su ‘tempo’. La atención eficiente de un expediente requiere que la atención se concentre para procurar resolverlo en una sola ocasión. No lograrlo resulta en desperdicio de energía, atención y tiempo. Y la calidad de los fallos con frecuencia se ve mermada por ello.

<sup>27</sup> La regla consistente en que una violación formal *de minimis* no justifica cuestionar, anular o repetir todo un proceso es de excepcional aplicación. Se postula que para que una violación procesal justifique la nulidad del proceso o su consecución *de novo*, debe lesionarse seriamente un derecho procesal. Las violaciones *de minimis* deben ser insuficientes.

<sup>28</sup> Ante mi (reiterada) crítica sobre esto, se me indica que puede ser difícil discernir entre uso y abuso de un derecho procesal. Difiero. Quien conoce un expediente sabe si ha habido abuso procesal.



- b) **Son ampliamente utilizados para estorbar.** Para obstruir sea el ejercicio legítimo de derechos o el ejercicio de las facultades regulatorias de autoridades.

Ante lo anterior, someto a la consideración de este público que debemos:

- i) **Simplificar:** Hacer menos compleja la hebra procesal de la disciplina a efecto de hacerla accesible a una mayor parte de la población;
- ii) **Eficientar:** Hacerla más eficaz, diseñando procesos más esbeltos y menos proclives a accidentes procesales;<sup>29</sup> y
- iii) **Enfocar:** El juicio de amparo debe ser un rayo láser, no una escopeta. Circunscribir su aplicación a efecto de evitar dilución.

Todo lo anterior se relaciona con nuestro tema en que, mientras las medidas correctivas son tomadas, o para los casos en que se desea cursar de manera distinta la solución de un problema, existe el arbitraje y los MASC. Sin embargo, si le hacemos aplicable los procesos constitucionales, querrá decir que no hay opción. Que quien desee encausar en forma distinta la solución de sus problemas, siempre acabará en tribunales.

## B. ¿CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS ÁRBITROS?

¿Es necesario sujetar a control constitucional a los árbitros? La pregunta es profunda. Para resolverla lo primero que hay que discernir es que no es lo mismo control difuso de constitucionalidad y convencionalidad *por* el árbitro que control de constitucionalidad y convencionalidad de los actos *del* árbitro. La primer cuestión quedó abordada en la sección anterior. La segunda es objeto de esta.

No faltará quien conteste que ‘sí’ aduciendo que toda conducta debe ser acorde a la Constitución. La aseveración me merece dos apreciaciones. Primero, ello no es evidente. La *raison d’être* de una Constitución es limitar poder público.<sup>30</sup> En la medida en que los árbitros no cuentan con poder, la preocupación que justifica control constitucional no está presente.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Los juzgadores con frecuencia se quejan del cúmulo de casos que enfrentan. La crítica es atendible de muchas maneras, una de las cuales es resolver cada caso más rápido (para lo cual, aplica lo indicado sobre menos recursos intra-procesales) y atribuir costos a quien los genera, lo cual desincentiva su abuso.

<sup>30</sup> Me refiero al aspecto dogmático de las constituciones. Existe además el aspecto orgánico que versa sobre algo diverso: la organización del Estado.

<sup>31</sup> Hay quien aduce que los árbitros tienen mucho poder. Contestaría que no es ‘poder’ en el sentido tutelado por los procesos constitucionales. Cuando dos partes en disputa le piden a un particular que actúe como árbitro y diga a quién asiste el Derecho y la razón, eso no es ‘poder’ en el sentido tutelado por el derecho de amparo. Es un acto de confianza.

Segundo, aunque uno estuviera de acuerdo en que toda la actividad humana esté *acorde* a un texto constitucional, ello no quiere decir que la misma tenga que estar *sujeta* a control constitucional a través de los mecanismos del derecho procesal constitucional. La constitución contempla y permite el derecho civil y mercantil. Y dichas disciplinas tienen su propio régimen sustantivo y adjetivo. Éste último no tiene que coincidir con el derecho procesal constitucional por el simple motivo que es una disciplina con un régimen adjetivo especializado. Ello obedece a un motivo. Y ello cumple un motivo: la *lex specialis* procesal obedece a que la disciplina sustantiva a la que aplica tiene ‘algo’ que exige tratamiento procesal especializado. Sumarle una capa de procesos constitucionales no es obligado, y puede tener —y ha tenido, cuando ha ocurrido— el efecto de aletargar.<sup>32</sup>

Ante lo anterior, los particulares tienen una opción: cursar su problema vía arbitraje. Al hacerlo, escogen un mecanismo uni-instancial que evita los yo-yos procesales. Los amparos para efectos. La enorme cantidad de cosas que pueden hacerse para entorpecer un proceso. Y siendo que escogen a un especialista de su confianza, podrán la preocupación de control se reduce.

Pero si los actos de los árbitros se someten a control constitucional, lo anterior no se logra. Nunca habrá opción.

### C. EFECTO EN LA CAUSAL DE ORDEN PÚBLICO

Un laudo puede ser anulado o no ejecutado por ofender el orden público.<sup>33</sup> La concepción más refinada de la causal es “los principios más fundamentales de justicia y moralidad” de la jurisdicción en cuestión.<sup>34</sup> Aceptado que los derechos fundamentales son justamente eso, ‘fundamentales’, ¿deben entenderse como comprendidos dentro del alcance de revisión conforme a la causal de orden público?

La respuesta es un ‘depende’. No es unívoca. Existe sin embargo algo que esclarecer, matices que realizar y límites que identificar y tomar en cuenta a efecto de evitar malentendidos, errores o prestarse para tácticas deplorables.

<sup>32</sup> Uno de los grandes aciertos del derecho procesal constitucional mexicano ha sido a la vez una de sus grandes tragedias. La decisión tomada en 1869 en el caso *Miguel Vega* que tuvo por efecto permitir el amparo judicial ha tenido por efecto sujetar a una capa procesal adicional a todo el litigio. En sí, ello no tenía por qué ser tan grave. Pero aunado a la forma, procesalitis, recursos intraprocesales, y tolerancia por el abuso del proceso, el resultado ha sido colesterol legal: un efecto embudo en el poder judicial que hace que cada asunto tarde mucho en resolverse. A veces lustros. A veces décadas. A veces más.

<sup>33</sup> Artículo V(2)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”).

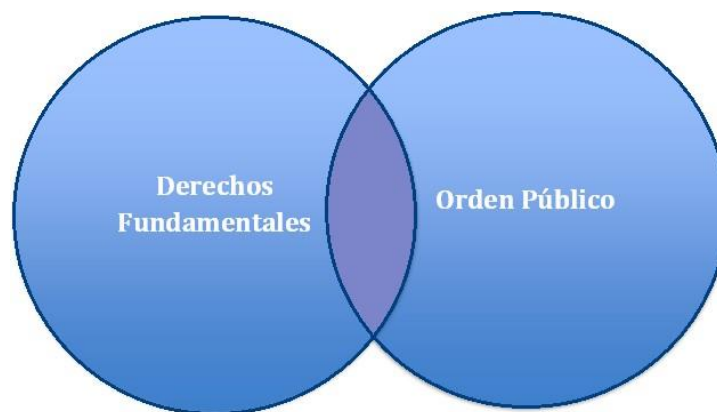
<sup>34</sup> Para abundar, véase ORDEN PÚBLICO EN MÉXICO: DEL IMPRESIONISMO AL PUNTILLISMO JURÍDICO (Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción, noviembre 2012, [www.caic.com.mx](http://www.caic.com.mx)).

Si por ejemplo un laudo propicia corrupción u ofende *ius cogens* dando efectos a situaciones universalmente deploradas,<sup>35</sup> la respuesta puede ser positiva: el laudo debe ser anulado. Sin embargo, si lo que se hace valer es violaciones procesales o incorrecta aplicación de derecho sustantivo considerado ‘importante’,<sup>36</sup> la respuesta debe ser negativa. Esto último puede ser difícil de aceptar e invitar problemas. *Difícil de aceptar* pues la no revisión de decisiones que versen sobre temas localmente sensibles (*verbi gratia*, normas imperativas) es la postura correcta mas no evidente de la interrogante – y una que ha probado ser de difícil aceptación para algunos.<sup>37</sup> *Invitar problemas* pues seguramente será usado como forma de cuestionar el fondo del laudo, comprometiendo su finalidad.

Para deslindar lo que debe quedar amparado de lo que no, propiciando que se eviten errores o se preste para tácticas dilatorias, propongo los siguientes principios:

1. En principio, el orden público no justifica analizar el fondo del laudo, incluyendo si el laudo acata derechos fundamentales;
2. Una violación a un derecho fundamental *puede* justificar anular o no ejecutar un laudo por actualización de la causal de orden público, pero no por que verse sobre un derecho fundamental, sino por que trastoca un principio elemental de justicia o moralidad. Esto merece profundización.

‘Orden público’ y ‘derechos fundamentales’ son instituciones jurídicas diversas. Como explico en *Arbitraje*,<sup>38</sup> la relación entre el concepto “orden público” y el concepto “derecho fundamental” no es de *identidad*, sino de coincidencia *parcial*. Existe un espacio de traslape entre “orden público” y “derecho fundamental”, mas no son lo mismo. Expuesto gráficamente:



<sup>35</sup> Por ejemplo, corrupción, esclavitud o piratería.

<sup>36</sup> Por ejemplo, normas de aplicación inmediata.

<sup>37</sup> Para entender por qué, véase LO LÚDICO DEL ORDEN PÚBLICO, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 2014. (visible en [www.gdca.com.mx](http://www.gdca.com.mx))

<sup>38</sup> González de Cossío, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, 2018, pp. 1167 *et seq.*

Pueden haber comunes denominadores, pero también puede no haberlos. Se trata de dos recipientes conceptuales distintos que se traslapan en una serie de casos, pero que no admiten equiparación. Y este es el gran peligro de este tema: que un juzgador utilice la noción de “derecho fundamental” como atajo analítico para actualizar la noción “orden público”. Hacerlo sería un yerro.

3. Como regla, el orden público procesal queda amparado por la carta magna del arbitraje,<sup>39</sup> y debe ser recurrido no por la causal de orden público<sup>40</sup> sino por la causal consistente en que una parte “no ha podido hacer valer sus medios de defensa”.<sup>41</sup>

### III. LA VISIÓN DEFENDIDA MERECE SER SEGUIDA

Deseo concluir con una explicación y una aclaración.

#### A. EXPLICACIÓN

Debemos aprender la gran lección que los economistas nos han dicho (yo diría, *ad nauseam*) y que muchos abogados seguimos sin escuchar: para servir de cimiento para el progreso, el Derecho debe lograr dos cosas: (i) Proveer *reglas claras* que sean (ii) *enérgicamente aplicadas*.

La aplicación del constitucionalismo a las relaciones horizontales y su extensión a procesos arbitrales va en sentido contrario.<sup>42</sup> *Resta claridad* al derecho aplicable, y reduce la eficacia de su aplicación. El primero ocurre pues se sujeta a un análisis de ponderación la aplicación del derecho civil (incluyendo mercantil). Se exige un análisis constitucional sobre las normas civiles. Y siendo que el Derecho Constitucional está compuesto por valores, principios, su aplicación reside en lo que Robert Alexy llama “mandatos de optimización”:<sup>43</sup> el principio debe lograrse de la mayor manera posible, tomando en cuenta las circunstancias del caso particular. Ello es un ejercicio no solo diverso, sino

<sup>39</sup> Artículo 18 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. Artículo 1434 del Código de Comercio de México.

<sup>40</sup> Artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York.

<sup>41</sup> Artículo V(1)(b) *in fine* de la Convención de Nueva York.

<sup>42</sup> Tema que no abordo. Para abundar, se recomienda el ensayo de Daniel García Barragán, EL ÁRBITRO PRIVADO NO ES AUTORIDAD PARA EFECTOS DE LA LEY DE AMPARO: ENTENDIENDO LA LÓGICA DETRÁS DE LA TEORÍA DEL DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE, El Foro, Vigésima Época, Tomo XXVI, número 2, Segundo Semestre 2013, México, D.F., p. 1. Mi postura puede consultarse en COSTO SOCIAL DEL GARANTISMO, ob. cit., y GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA, en RETOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO MEXICANO DEL SIGLO XXI. ¿CÓMO DEBE EVOLUCIONAR?, Colección Foro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Ed. Themis, México, D.F., 2012, p.1089; y GARANTISMO Y ARBITRAJE: UN FALSO DILEMA ↓ POST SCRIPTUM, (visible en [www.gdca.com.mx/publicaciones](http://www.gdca.com.mx/publicaciones)).

<sup>43</sup> Robert Alexy, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, Oxford, 2010.

incompatible, con el tipo de norma utilizada por el derecho civil: la regla.<sup>44</sup> Como resultado, ello querrá decir que, cuando uno firma un contrato, sus palabras estarán borrosas. El que signifiquen lo que dicen estará sujeto a lo que considere el juzgador competente que es acorde a los principios constitucionales caso por caso. Resultado: falta de claridad. El significado de la letra de un contrato dependerá del subjetivismo del juzgador que la aplique.

Respecto al segundo punto, el derecho aplicable distará de ser *enérgicamente aplicado* por el simple hecho que estará sujeto a una capa adicional de revisión. Por encima del régimen civil (incluyendo comercial) aplicable estará el derecho procesal constitucional. Lo que solía ser un par de recursos, ahora se convertirá en una multiplicidad de recursos. Y dadas las características de los recursos del derecho procesal constitucional (que he descrito en la sección III.A(2) anterior), el resultado bien puede ser (y ya ha sido en algunos casos y en algunas jurisdicciones) que la solución a un problema se arroja a años después; a veces lustros; a veces más.

Como puede verse, la aplicación horizontal de los derechos fundamentales puede tener efectos serios en la utilidad del Derecho como instrumento de desarrollo. E irónicamente ello merma otro derecho fundamental: el de seguridad y certeza jurídica. Curiosamente, es un caso de utilización de palabras bonitas que tienen resultados feos. Lo cual despierta una ironía: permite utilizar el recurso libertario por excelencia (el juicio de amparo) para mermar derechos fundamentales (libertad y seguridad jurídica).

## B. ACLARACIÓN

No faltará el lector especializado en derecho procesal constitucional que sienta que estoy cuestionando su área de especialización. Sobre ello, deseo dejar clara mi postura. En mi opinión:

1. Los desarrollos recientes sobre dicha disciplina son, en mi opinión, algunos de los más técnicamente estimulantes e idealmente emocionantes de toda la disciplina del Derecho (me refiero al control de convencionalidad, el control difuso, y la fuerza que empieza a cobrar el control de convencionalidad difuso, tanto vertical como horizontal como paralelo<sup>45</sup>); y
2. El derecho procesal constitucional tiene una importante labor que cumplir.

<sup>44</sup> Mientras que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se conforman por principios, las normas civiles se componen de reglas. Se trata de técnicas jurídicas diversas. Usar el método analítico de uno para aplicar el otro es erróneo y estropea su efectividad.

<sup>45</sup> Ver al respecto, Eduardo Ferrer MacGregor, PANORÁMICA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL, Ed. Marcial Pons, UNAM, 2014, pp. 753-754.

Si tuviera una varita mágica y pudiera reestructurar sistemas jurídicos, haría de los procesos constitucionales herramientas mucho más protagónicas en nuestras sociedades.<sup>46</sup> El motivo: me siento estimulado, persuadido y entusiasmado por el neoconstitucionalismo. Por la importancia del Derecho Procesal Constitucional. Pero no dejo de ver los problemas que se detonan por su mal uso.

Mucho bien nos haría a los abogados escuchar y aplicar la sugerencia (más bien advertencia) que hacía el titán intelectual Rudiger Dornbusch respecto de los instrumentos de la macroeconomía. Dornbusch solía advertir que para cada patología macroeconómica debe usarse *una, y solo una*, herramienta. El origen de muchos males de muchos países en el manejo de sus economías residía en utilizar una medicina para remediar varios males. Lo mismo pasa con el derecho procesal constitucional y desear poner bajo su lupa a los procesos arbitrales. Los juicios constitucionales son ideales para ciertos temas, para un género claro de problemas sociales. Usarlos para abordar otro tipo de males tiene por efecto propiciar otros problemas. En nuestro caso, se entorpecen los procesos arbitrales. Pero además, se diluyen los procesos constitucionales.

### C. CONTROLEMOS MENOS PARA TUTELAR MÁS

No me cansaré de decirlo: *el juicio de amparo no debe ser una escopeta, debe ser un rayo láser*. Irónicamente, *debemos usarlo menos, para tutelar más*. El juicio de amparo debe abarcar menos actos reclamados, para evitar diluirse. Es una cuestión no sólo de justicia, sino política pública. Los recursos públicos siempre son escasos. Ante ello, debemos encausarlos frugalmente; donde más se necesitan. Donde más impacto tienen. Llevado a nuestro tema, el punto sugiere la necesidad de zanjar la aplicación de los procesos constitucionales donde son más aptos. Donde más tutelan. Ello incluye no hacerlo aplicable a relaciones de coordinación,<sup>47</sup> en especial arbitraje. Después de todo, se trata de relaciones horizontales donde el *leitmotif* de los procesos constitucionales (poder público) no está presente, que es hecho aplicable voluntariamente por las partes, y que el núcleo de su decisión consiste en finalidad y uni-instancialidad.

\*

\*       \*

<sup>46</sup> Dado el foro, no resisto la tentación de hacer alusión al golpe de Estado que el Tribunal Constitucional de Guatemala paró en 1993 con Jorge Serrano Elías. Pero no es el único ejemplo positivo. La Corte Constitucional de Colombia ha efectuado resoluciones inspiradoras (como la orden de mandar poner drenajes en barrios marginados y la impartición de justicia en comunidades indígenas marginadas), como también lo ha hecho el Tribunal Constitucional de Brasil (ordenando la entrega de medicamentos esenciales a personas sin recursos económicos) y la Sala Constitucional de Costa Rica. (Ver Miguel Carbonell, EL NEOCONSTITUCIONALISMO: SIGNIFICADO Y NIVELES DE ANÁLISIS, en EL CANON NEOCONSTITUCIONAL, Universidad del Externado de Colombia, Serie Intermedia de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho número 8, Bogotá, Colombia, 2010, pp. 163-164.)

<sup>47</sup> Me refiero a la aplicación horizontal de los derechos humanos.

Los procesos constitucionales y arbitrales son agua y aceite. Se trata de herramientas jurídicas que buscan cosas distintas. No deben mezclarse. Estando juntas en el mismo recipiente (sistema jurídico) cada una debe encontrar *su* espacio y ceñirse al mismo. No lograrlo tiene por resultado entorpecer – ¡a ambas!

## TABLA COMPARATIVA

### Relación de Estatus de Procedencia de Juicio de Amparo (o equivalente) contra actos de particulares, arbitraje y Control de Constitucionalidad en Jurisdicciones Latinoamericanas Selectas

PAÍS Y FUNDAMENTO	¿PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE ACTOS DE PARTICULARES?	¿PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO EN CONTRA DE LAUDOS ARBITRALES?	¿QUÉ SUCEDE SI A UN ÁRBITRO SE LE HACE UN ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY QUE TIENE QUE APLICAR?	PARTICULARIDADES
<u>Argentina</u>  Constitución Nacional de Argentina, art. 43	Sí.	No.	Los árbitros pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma.	Hay amparos al estilo <i>anti-arbitration injunctions</i> para frenar un arbitraje.
<u>Bolivia</u>  Constitución de la República de Bolivia, artículo 128 y 129	Sí.	Sí, pero no en forma directa. Debe agotarse primero el recurso de anulación por el principio de subsidiariedad.	Si existe duda sobre la inconstitucionalidad de una norma que se aplicará al caso concreto.	El Tribunal tiene dos caminos: (a) basado en el ejercicio de la jurisdicción plantear ante el Tribunal Constitucional, una acción de inconstitucionalidad concreta, continuar el proceso y esperar a la decisión para emitir el laudo. (b) basado en la obligación de aplicación directa de la Constitución y su fuerza normativa, inaplicar la norma que el Tribunal Arbitral entiende inconstitucional al caso concreto.
<u>Brasil</u>	No.	No.		La aplicación del <i>mandado de segurança</i> siempre se ha ceñido a actos públicos.
<u>Chile</u>  (Recurso de Protección)  Constitución Política de Chile, art. 20  Ley 19.971	Sí. Se acepta la teoría de la aplicación horizontal de los derechos humanos.	No.	La ley chilena contempla mecanismos especiales para alegar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad que han de ejercerse ante el Tribunal Constitucional (acción de inaplicabilidad y acción de inconstitucionalidad). Se podría iniciar paralelamente al arbitraje una acción de este tenor e intentar obtener la suspensión del arbitraje.	El Tribunal Constitucional resolvió que la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. Es constitucional en el entendido que dejan a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema, así como las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley.  La jurisprudencia sistemáticamente ha resuelto que en materia de arbitraje comercial internacional el único medio de impugnación en contra de una sentencia arbitral comercial



sobre arbitraje comercial internacional	internacional es la petición de nulidad.			
<p><u>Colombia</u></p> <p>(Acción de Tutela)</p> <p>Constitución Política de Colombia</p>	<p>Si. Procede contra los particulares cuando la persona que interpone la acción se encuentra en algún tipo de subordinación frente al particular que puede haberle violado un derecho fundamental.</p>	<p>Si. El artículo 116 de la Constitución señala que los árbitros administran justicia como jueces provisionales de un litigio, y de conformidad con la habilitación de las partes mediante el respectivo pacto arbitral. De ahí que la Corte Constitucional haya sostenido que los laudos se asimilan a las sentencias, de manera que aquellos pueden ser objeto de la referida acción.</p>	<p>Los árbitros se consideran jueces y como tales pueden aplicar la llamada excepción de inconstitucionalidad, la cual les permite abstenerse de aplicar una ley si la consideran inconstitucional.</p> <p>Procede la denominada excepción de inconstitucionalidad, basada en el artículo 4 de la Constitución. Como los árbitros son considerados jueces -- pero de carácter transitorio--, pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Los árbitros no podrían eliminar la norma legal del ordenamiento jurídico. Y tampoco podrían aplicar la excepción en caso de que la norma legal haya sido declarada exequible por la Corte Constitucional o el Consejo de Estado.</p>	<p>La procedencia de la acción de tutela no es irrestricta. Su procedencia está condicionada a determinadas situaciones de hecho (i.e. que haya situación de indefensión del accionante respecto del particular contra quien se dirija la acción).</p>
<p><u>Ecuador</u></p> <p>(Acción de protección)</p> <p>Constitución del Ecuador</p>	<p>Si. Procede cuando se trate de actos de particulares que afecten derechos consagrados en la constitución.</p>	<p>No. Sin embargo, resoluciones recientes han señalado que procede la acción extraordinaria en contra de laudos.</p>	<p>Se eliminó el control difuso que hacían los jueces/árbitros y ahora todo va para la Corte Constitucional.</p>	
<p><u>El Salvador</u></p>	<p>Si. La Sala de lo Constitucional ha sostenido que si el particular está colocado en una situación de autoridad, si existe una violación a derechos constitucional es y si no hay</p>	<p>Si.</p>	<p>Sólo ha existido un caso conocido en que se ha intentado que árbitros ejerzan control difuso. Es algo que se mira con mucho recelo.</p>	

	otro remedio, es procedente.			
<u>Guatemala</u>	Sí procede un juicio de amparo contra actos de particulares, y por lo tanto podría entenderse que se acepta la teoría de la aplicación horizontal de los derechos humanos.	No procede directamente. Pero luego de agotado el recurso de revisión (que es el equivalente al recurso de nulidad en la ley modelo) podría plantearse amparo si se considera que el laudo viola derecho constitucionalmente reconocido y que no fue debidamente anulado en la instancia correspondiente.	Existe un sistema mixto de control de constitucionalidad de leyes, y si un tribunal arbitral es confrontado con un tema de inconstitucionalidad, debe atenderlo y pronunciarse al respecto. Existe un mandato en la misma Constitución, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, y en otras leyes, que indican que un “juzgador” debe siempre tener presente y aplicar el principio de supremacía constitucional. Si un árbitro es el “juzgador” en el caso concreto sometido a acuerdo arbitral, parecería que le es ineludible pronunciarse. Podría simplemente declarar que es inaplicable la norma en cuestión a ese caso, pero no por ello estaría derogando o dejando sin efecto la norma. Eso solo lo podría hacer la Corte de Constitucionalidad.	La teoría de la aplicación horizontal de los derechos humanos no está expresamente reconocida, pero la ley específica de la materia claramente indica que “no hay materia que no sea susceptible de amparo”.
<u>México</u>	Como regla no. Cuando el particular realice “actos equivalentes a los de autoridad”. Al día de hoy, no se ha considerado que la función del árbitro es “equivalente a la de autoridad”.  (Artículo 5.II de la Ley de Amparo).	No.	El árbitro no puede sostener la invalidez de una norma.  Hasta 2011 México siguió el sistema concentrado de control constitucional. A partir de una modificación constitucional de dicha fecha se sigue un sistema mixto: coexisten el control concentrado y difuso.	Hasta abril 2013 el Poder Judicial mexicano siempre sostuvo que el amparo era improcedente contra particulares. Con la nueva ley de amparo (2 de abril de 2013) se reabrió la discusión dada la amplitud del artículo 5.II. Aunque hubo un par de casos que, dada la novedad del tema, admitieron a trámite la demanda de amparo contra un laudo, el resultado final fue refrendar el resultado pasado: se sostuvo que el juicio de amparo era improcedente. (Aún no existe un criterio definitivo y vinculante.)
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 103 y 107				
Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,				

art. 5.				
<u>Panamá</u>	No.	No.	La norma constitucional no fue elaborada pensando en los procesos arbitrales. Una aplicación estricta de la norma constitucional excluye la posibilidad de advertencia de inconstitucionalidad en el arbitraje, en tanto en cuanto el proceso arbitral no es “un proceso público” sino un proceso de carácter eminentemente privado.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La Corte Suprema de Justicia es la corte constitucional.</li> <li>• Sigue un sistema concentrado, no difuso.</li> <li>• No existe el control constitucional de leyes, solo actos de autoridad. (Ello incluye leyes emanadas del Órgano Legislativo, decretos expedidos por el Órgano Ejecutivo, reglamentos y resoluciones de entidades públicas, y demás actos de carácter general.) Pero se puede atacar la constitucionalidad de una norma jurídica a través de una demanda de inconstitucionalidad. Por otra parte, el sistema constitucional panameño contempla la llamada “advertencia de inconstitucionalidad” (art. 206(1) de la Constitución).</li> </ul>
Constitución Política de 1972, art. 54		La nueva ley de arbitraje (Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013) establece que: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Los árbitros no son servidores públicos (art. 20)</li> <li>• No puede haber intervención judicial salvo los casos expresamente permitidos por la misma (art. 11)</li> <li>• El recurso de anulación es el único aplicable a los laudos y que “el recurso de anulación del laudo es la única vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o del laudo” (art. 66 <i>in fine</i>.)</li> </ul>		
<u>Perú</u>	Las acciones de amparo protegen la amenaza o violación de derechos constitucionales distintos a los protegidos por el habeas corpus y puede ser planteada contra cualquier persona (sea o no autoridad)	No, salvo casos excepcionales.	El sistema jurídico peruano reconoce el control constitucional concentrado y difuso. No se ha presentado un caso sobre control difuso de constitucionalidad en arbitrajes localmente.	En Perú existe control difuso. Los árbitros tendrían que efectuarlo. <p>Inicialmente, en una primera decisión del Tribunal Constitucional, se sostuvo que las acciones de amparo contra laudos se podían ejercer luego de agotado el recurso de anulación. Luego, la Ley de Arbitraje estableció que no proceden acciones de amparo. Por último, el Tribunal Constitucional aceptó esta tesis de la Ley y se cerró definitivamente el tema salvo unos supuestos excepcionales, a saber:</p> <p>a) Que el laudo (y la sentencia de anulación) contradice un precedente de observancia obligatoria del Tribunal Constitucional. (No todas las sentencias del Tribunal Constitucional son precedentes de observancia obligatoria, sólo aquellas sentencias que así lo declaren expresamente.)</p>
Código Procesal Constitucional de Perú (Ley N° 28237)	(Artículo 2 del Título I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional de Perú).			

				<p>b) Que se pretende ejecutar el laudo contra un tercero que no fue parte en el arbitraje. (Se exceptúa de esa regla los casos del artículo 14 de la Ley de Arbitraje (partes no signatarias)); y</p> <p>c) Que, en los casos que el árbitro aplique control difuso, lo haya hecho contra una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o por la jurisdicción ordinaria.</p>
<p><u>República Dominicana</u></p> <p>Ley 137-11, Ley Orgánica de Procedimientos Constitucionales</p> <p>Constitución de la República Dominicana</p>	<p>Procede el amparo contra toda decisión que viole derechos fundamentales, provenga esta de actos de la administración o de particulares. En éste último caso cuando en ausencia de otras vías judiciales que de manera efectiva permitan obtener la protección del derecho fundamental invocado</p>	<p>Existe diferencia de opinión. Por un lado están quienes consideran que sí procede la acción de amparo contra laudos arbitrales que violen derechos fundamentales. La ley lo establece así siempre que no exista una vía efectiva contra dicha decisión o acto. En el caso de los laudos, existe la posibilidad de una demanda en nulidad. Por otro, están quienes consideran que la acción en anulación de los laudos ante las Cortes de Apelación es remedio procesal suficiente para corregir o neutralizar cualquier irregularidad de orden legal o constitucional que la decisión de los árbitros pudiera presentar.</p>	<p>Existe diferencia de opinión. Por un lado están quienes consideran que el árbitro puede disponer la no aplicación de una norma al caso concreto sometido a su jurisdicción. El control difuso lo autoriza sin ningún problema. Lo que no podría hacer es declarar nula la norma o pretender "expulsarla" del ordenamiento positivo.</p> <p>Por otro, hay quienes consideran que la respuesta no es clara pues, aunque el Artículo 51 de la Ley 137-11 limita la facultad de ejercer el control difuso a los jueces o tribunales del orden judicial, algunos consideran que los árbitros no sólo están facultados sino obligados a juzgar la constitucionalidad de la ley o disposición para el caso específico que se les plantea, en virtud de lo establecido por el artículo 73 de la Constitución de la República que declara que son nulos los actos contrarios a la misma, por lo que los árbitros se verían obligados a declarar inconstitucional una disposición legal que sea contraria a la Constitución, pero esta declaratoria de inconstitucionalidad se limitaría al caso particular que se les plantee.</p>	<p>Habría que determinar si la demanda en nulidad es una vía efectiva para reclamar derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha entendido que las vías ordinarias no constituyen una vía efectiva, pero para eso habría que saber si la demanda en nulidad es un recurso ordinario, aunque algunos consideran que no lo es pues no juzga el fondo de la demanda. Luego, habría que determinar si, a pesar de no ser un recurso ordinario, la demanda en nulidad es una vía efectiva para reclamar un derecho fundamental. Me inclino por una respuesta negativa, de manera que entiendo procede la acción de amparo contra un laudo.</p> <p>El juicio de amparo es posible, según el Art. 72 de la Constitución, "para reclamar ante los tribunales la protección inmediata de los derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus cuando resulten vulnerados o amenazados por autoridad pública o de particulares".</p> <p>También el Art. 65 de la legislación adjetiva especializada en el tema (L.137-11) se refiere categóricamente al amparo como una acción "contra todo acto u omisión de una autoridad o de cualquier particular" Sin embargo, también la mencionada L.137-11 en su Art. 70 prevé que el amparo solo estará disponible en ausencia de otras vías judiciales que de manera efectiva permitan obtener la protección del derecho fundamental invocado.</p>
<p><u>Venezuela</u></p>	<p>Si.</p>	<p>No. El único recurso posible en contra de</p>	<p>Los jueces tienen poder constitucional</p>	

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales	un laudo es el recurso de nulidad.  Sin embargo, no parece imposible que, ante un laudo vulgarmente violatorio de algún derecho constitucional, proceda un amparo.	desconcentrado.  En vista de la función jurisdiccional de los árbitros, algunos consideran que un árbitro podría desaplicar por inconstitucional alguna norma en el caso concreto.
--	--	--

En la elaboración de esta tabla me he beneficiado de retroalimentación genérica de practicantes diversos. Deseo agradecer a los siguientes, no sin antes deslindarles de cualquier error, particularmente dado lo abstracto de las consultas realizadas: Roque Caivano, Bernardo Wayar, Felipe Ossa, Santiago Talero, Alberto Zuleta, Juan Manuel Marchán, Álvaro Galindo, Hugo García, Humberto Saenz Marinero, Álvaro Castellanos Howell, Alexander Aizenstadt, Roger Rubio, Alfredo Bullard, Mary Fernández, Edynson Alarcón, Pedro Saghy y Jorge Federico Lee.

## ARGENTINA

### ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN

*María Inés Corrá\**

*Roque J. Caivano\*\**

#### I. INTRODUCCIÓN

El tema propuesto para esta primera Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje, un hito en la historia de la asociación, demuestra la importancia e interés actual que él mantiene en los países de la región. Es, para nosotros, un honor poder participar con esta contribución que analiza la cuestión a la luz del derecho argentino.

La relación entre las constituciones o estatutos fundamentales de los países y el arbitraje ha tenido un largo desarrollo en América Latina y ha dado lugar a importantes debates. No ha sido sencillo en nuestros países articular de modo armónico el régimen de protección de las garantías constitucionales y el sistema arbitral respetando las particularidades de este último. Esa interacción ha mostrado (y sigue mostrando) tensiones, pudiendo observarse, no obstante, una tendencia hacia un mayor entendimiento de los fundamentos del arbitraje y las notas salientes que definen el arbitraje comercial internacional.

En Argentina la relación del arbitraje con la Constitución ha merecido también debates y un desarrollo que reconoce distintas etapas, alcances y efectos que intentaremos repasar en este trabajo.

En los capítulos que siguen comenzaremos explicando los puntos de contacto del arbitraje y la Constitución (2); luego abordaremos el debate suscitado en torno a la arbitrabilidad de los conflictos que comprenden cuestiones constitucionales (3); posteriormente explicaremos cómo funciona la acción de amparo constitucional en el derecho argentino y las diferencias entre la experiencia argentina y la de muchos de los países de la región (4); tras ello, desarrollaremos los medios previstos para ejercer el control judicial sobre los laudos (incluida la eventual vulneración de garantías constitucionales) y sus límites (5); cerraremos el trabajo con nuestras conclusiones (6).

---

\* Abogada, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Socia de Bomchil y codirectora de sus áreas de Derecho Administrativo, Regulación Económica y Arbitraje Internacional. Profesora de grado y posgrado de Derecho Administrativo, de Regulación Económica y de Arbitraje y Mediación en la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Católica Argentina y la Universidad Torcuato Di Tella, respectivamente.

\*\* Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas, árbitro independiente, Profesor regular de la Facultad de Derecho de la UBA, Profesor de posgrado en varias universidades de la Argentina y del exterior, autor de varios libros y alrededor de 250 artículos, en la Argentina y en el exterior.

## II. LOS PUNTOS DE CONTACTO ENTRE EL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN

### A. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL ARBITRAJE

La celebración de un acuerdo arbitral tiene como propósito evitar la intervención de los tribunales judiciales. Y ese es uno de sus efectos propios. Ello nos lleva a examinar, sumariamente, la validez constitucional de un pacto que entraña la renuncia del derecho a la jurisdicción del Poder Judicial.

Como veremos en el párrafo siguiente, algunos países consagran en sus constituciones el derecho al arbitraje,<sup>48</sup> y otros al menos reconocen la función arbitral.<sup>49</sup> En otros, aun en ausencia de normas constitucionales expresas, se ha interpretado que el sometimiento a arbitraje –y correlativa exclusión de la jurisdicción judicial– es legítimo, con fundamento en los principios de libertad y fuerza vinculante de las convenciones. Este razonamiento puede verse en la doctrina chilena,<sup>50</sup> en la doctrina y jurisprudencia brasileñas,<sup>51</sup> en la jurisprudencia italiana,<sup>52</sup> en la doctrina mexicana,<sup>53</sup> y en la doctrina y jurisprudencia españolas.<sup>54</sup>

La Constitución argentina contiene dos disposiciones que se vinculan con el tema en análisis. Por un lado, el artículo 18, que establece lo que en doctrina constitucional se

<sup>48</sup> Honduras (artículo 110), Costa Rica (artículo 43) y El Salvador (artículo 23).

<sup>49</sup> Ecuador (artículo 190); Perú (artículo 139); Paraguay (artículo 248); Venezuela (artículo 258).

<sup>50</sup> VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda y DELGADO CASTRO, Jordi: “Sobre el necesario reconocimiento de la autonomía del arbitraje interno en Chile desde una mirada constitucional”, *Revista Argentina de Arbitraje*, nro. 2, mayo de 2018, IJ-DXXXV-75.

<sup>51</sup> Supremo Tribunal Federal, 12/12/2001, “MBV Commercial and Export Management Establishment c. Resil Indústria e Comercio Ltda.”, sentença arbitral estrangeira – SE 5.206-7; BATISTA MARTINS, Pedro A.: “A arbitragem e o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição de 1988”, *Revista de Direito Civil*, vol. 20, nro. 77, 1996, ps. 110 y siguientes; PUCCI, Adriana N.: “El arbitraje: Su visión desde la perspectiva brasileña”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-843; LEE, João Bosco y VALENÇA, Clávio Filho: Nota al fallo “MBV Commercial and Export Management Establishment c. Resil Indústria e Comércio Ltda.”, *Revue de l’arbitrage*, 2003, nro. 2, ps. 529 y siguientes.

<sup>52</sup> Corte Costituzionale, 15/02/1963, sentencia nro. 2, “Bertini Enrico c. Consorzio pisano vendita sabbia”, ante la consulta constitucional efectuada por la Corte de Apelaciones de Pisa.

<sup>53</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco: “El derecho humano arbitral”, *Revista Foro Jurídico*, nro. 12, 2013, ps. 26 y siguientes.

<sup>54</sup> Tribunal Constitucional, 23/11/1995, Sentencia 174/1995; Tribunal Constitucional, 11/11/1996, Sentencia 176/1996; CREMADES, Bernardo M.: “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 6, enero-junio de 2007, ps. 13 y siguientes.

conoce como la garantía del “juez natural”;<sup>55</sup> por el otro, el artículo 116 que, en el reparto de las funciones propias del Estado, atribuye al Poder Judicial la de juzgar.<sup>56</sup>

La primera regla que deriva de estas normas es que los habitantes de la Nación tienen el derecho a ser juzgados por los tribunales judiciales. Como se sabe, al pactar el arbitraje, las partes están sometiéndose a la decisión vinculante de un particular que no forma parte del Poder Judicial, lo que implica resignar la posibilidad de acudir a aquellos. Sin embargo, el sometimiento a arbitraje no afecta esa garantía, porque ninguna norma o principio autoriza a interpretar que el derecho a la jurisdicción judicial no pueda ser voluntariamente renunciado. La garantía del juez natural, el derecho a la tutela jurisdiccional del Estado, no es incompatible con los arbitrajes nacidos de fuente convencional: si las funciones jurisdiccionales son asumidas por los árbitros como consecuencia de un acto voluntario de las partes y recaen sobre derechos de libre disponibilidad, no existe agravio a la Constitución Nacional, ya que si bien el artículo 18 asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (lo cual supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia) opera de modo de vedar actos que impidan, *contra la voluntad* de las partes, el acceso al Poder judicial.<sup>57</sup>

Así ha sido reiteradamente interpretado por la Corte Suprema de Justicia. Entre muchas otras decisiones, el alto tribunal ha dicho que “no existe óbice constitucional en la sumisión, por los interesados, de las cuestiones que puedan afectar sus derechos patrimoniales a juicio de jueces árbitros”;<sup>58</sup> y que “la convención que somete a árbitros determinadas cuestiones de naturaleza económica, inhabilita a los contratantes para impugnar la validez constitucional de la intervención de los mismos”, porque “el artículo 18 de la Constitución Nacional se refiere al caso de un litigante al que se haya formado una comisión o se le haya designado un juez especial para que lo juzgue, situación que no es equiparable a la de los árbitros elegidos por las partes y en un caso en que la materia de la

<sup>55</sup> Artículo 18, Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”.

<sup>56</sup> Artículo 116, Constitución Nacional: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...]”.

<sup>57</sup> El sometimiento a arbitraje no afecta el derecho a la legítima defensa en juicio, sino más bien al contrario: la afectación sobrevendría si se admitiese la posibilidad de sustraer de la competencia arbitral alguna de las materias que le han sido sometidas, pues los árbitros, “aun siendo ‘privados’, están dotados de jurisdicción suficiente, resultando de tal forma los jueces ‘naturales’ a los que alude el artículo 18 de la Constitución Nacional, ello por propia decisión de las partes” (ROJAS, Jorge A.: “Amparo al Arbitraje”, Rev. ED, 205-87).

<sup>58</sup> CSJN, 26/06/1961, “Federación Gráfica Argentina c. Editorial Atlántida S.A.”, Fallos, 250: 87; CSJN, 6/11/1963, “Banco Sirio Libanés del Río de la Plata S.A.”, Fallos, 257: 105.



discusión se reduce a establecer si la cláusula compromisoria comprende o no el punto motivo del litigio”.<sup>59</sup>

También ha resuelto la Corte que “la preexistencia de un acto voluntario de adhesión, aceptación o sometimiento a la intervención de árbitros autoriza a declarar que no existe agravio al derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia. Este derecho es también renunciable por parte de quien, habiendo podido optar entre la vía judicial y la administrativa, elige esta última”;<sup>60</sup> y que “la intervención de los árbitros con facultades para decidir irrevisablemente las cuestiones que les son sometidas, es válida y no contraría los artículos 1° y 18 de la Constitución Nacional, toda vez que los interesados hayan consentido los respectivos procedimientos, o cuando, con anterioridad a éstos, la jurisdicción arbitral fue convenida o aceptada inequívocamente por la parte que más tarde pretende desconocerla invocando su inconstitucionalidad”.<sup>61</sup>

Ratificando este criterio, en reiteradas oportunidades la Corte se ha negado a intervenir, por vía del recurso extraordinario, en casos que habían sido sometidos a arbitraje, bajo el argumento de que, pactada la jurisdicción arbitral y renunciada de ese modo la vía judicial, queda igualmente excluida la intervención de la Corte, pues ella no es sino la culminación de la vía resignada por las partes.<sup>62</sup>

## B. EL DERECHO AL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN

En el derecho comparado han existido, y aún existen, normas que elevan la potestad de las partes de convenir el sometimiento de sus controversias a árbitros la categoría de derecho de rango constitucional, limitando de manera directa la atribución reglamentaria del Poder Legislativo.

<sup>59</sup> CSJN, 21/08/1940, “Griskan, Isaac c. Reisz y Cía.”, Rev. Fallos, 187: 458.

<sup>60</sup> CSJN, 16/06/1961, “Expreso Santo Tomé”, Fallos, 250: 61; CSJN, 9/03/1999, “Pirelli Cables”, Fallos, 322: 298.

<sup>61</sup> CSJN, 16/06/1961, “Expreso Santo Tomé”, Fallos, 250: 61.

<sup>62</sup> No procede el recurso extraordinario respecto de las decisiones de la jurisdicción arbitral, libremente pactada por los interesados, toda vez que ésta es, en el caso, excluyente de la vía judicial que culmina con la intervención de la Corte (CSJN, 5/04/1957, “Gutiérrez, Rafael c. Editorial Kapelusz S.R.L.”, Fallos, 237: 392; CSJN, 7/08/1961, “Genisetto de Giacomone, Dominga c. Giacomone, Aldo Juan”, Fallos, 250: 408; CSJN, 12/03/1962, “Servente y Magliola”, Fallos, 252: 109; CSJN, 8/02/1963, “Pedraza, Fausto René c. Pedraza de Molina, Fanny Esther”, Fallos, 255: 13; CSJN, 15/11/1963, “Asociación de Viajantes de Comercio de la República Argentina c. Bromberg y Cía. S.A.”, Fallos, 257: 136; CSJN, 19/02/1965, “Kimbaum Ferrobeton S.A. c. Administración General de Obras Sanitarias de la Nación”, Fallos, 261: 27; CSJN, 28/08/1969, “De Caro, Antonio c. R.J.R. Caputo S.A.”, Fallos, 274: 323; CSJN, 30/07/1974, “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina -Sección Formosa”, Fallos, 289: 158; CSJN, 26/10/1976, “Icer S.A. c. Molinos Florencia S.A.”, Fallos, 296: 230; CSJN, 24/07/1979, “Boncaglia, Francisco y otros c. Cotax Cooperativa de Provisión”, Fallos, 301: 594; CSJN, 22/05/1984, “Echenique y Sánchez Galarce S.A. c. Tietar S.A.”, Fallos, 306: 455).

Ese derecho fue expresamente recogido en la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, que vedó al Poder Legislativo establecer restricciones al derecho de los ciudadanos de someterse a arbitraje: en el título III, capítulo V, artículo 5º, esa Constitución disponía que el derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus conflictos por la vía del arbitraje no puede recibir limitación alguna por actos del Poder Legislativo. Este mismo concepto fue reiterado en el Acta Constitucional de 1793, donde se establecía que no puede atentarse de ningún modo contra el derecho de los ciudadanos a resolver sus diferencias mediante árbitros de su elección (artículo 86), y que la decisión de estos árbitros es definitiva si no se hubiesen reservado el derecho a recurrir (artículo 87).<sup>63</sup>

En términos similares –e indudablemente inspirada en las constituciones francesas mencionadas– la Constitución española de 1812 prescribía que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes” (artículo 280).<sup>64</sup>

Esta norma pasó, de la Constitución de Cádiz al derecho latinoamericano.<sup>65</sup> Durante el período en que los países centroamericanos se mantuvieron como Estados Federados se emitieron cuatro Constituciones Federales, de las cuales rigieron sólo tres. De estas constituciones, la de 1824 (artículo 172) y la de 1835 (artículo 178) reconocieron la facultad inherente de toda persona para nombrar árbitros en cualquier estado del pleito y establecieron el carácter inapelable de las sentencias dictadas por los árbitros si las partes no se hubieren reservado ese derecho.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Aunque esta norma no fue reiterada en las sucesivas constituciones francesas, la Corte de Casación consideró que el derecho a recurrir al arbitraje pactado debía ser respetado a ultranza y declaró la competencia de los tribunales franceses –aun cuando Francia no era la sede del arbitraje y el contacto del caso con Francia era tenue– para cumplir funciones de apoyo al arbitraje designando árbitros, con el propósito de evitar un bloqueo del arbitraje pactado. La Corte puntualizó que la intervención de los tribunales franceses se justificaba porque la imposibilidad de una parte de acceder a un juez –aunque éste sea un árbitro– implica una denegación de justicia que viola el orden público internacional y el artículo 6.1. de la Convención Europea de Derechos Humanos (Cour de cassation, 1º/02/2005, “Etat d’Israël c. Société NIOC”, *Revue de l’arbitrage*, 2005, nro. 3, ps. 693 y siguientes).

<sup>64</sup> Ver, MERINO MERCHÁN, José Fernando: “La Constitución de 1812 y el arbitraje”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, nro. 14, 2012, ps. 33 y siguientes; MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio: “La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz”, en CANO BUESO, Juan (ed.): “Materiales para el estudio de la Constitución de 1812”, *Parlamento de Andalucía*, ed. Tecnos, Sevilla, 1989, p. 465 y siguientes.

<sup>65</sup> Ver, MONTOYA ALBERTI, Ulises: “El arbitraje en la Constitución de Cádiz y su proyección en los países de Hispanoamérica”, *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*, vol. 17, nro. 2, Lima, 2015, ps. 25 y siguientes.

<sup>66</sup> En ambas constituciones se enfatizaban los límites de la facultad reglamentaria del legislativo: El artículo 176 de la Constitución de 1824 establecía que “ninguna ley del Congreso ni de las Asambleas puede contrariar las garantías contenidas en este título; pero si ampliarlas y dar otras nuevas”. Idénticamente, el artículo 180 de la Constitución de 1835 disponía que “ninguna ley del Congreso ni de las Legislaturas de los Estados pueden contrariar las garantías contenidas en este Título; pero sí ampliarlas y dar otras nuevas”.

En la actualidad, disposiciones similares pueden verse en varias constituciones de Centroamérica. La Constitución de Honduras de 1982 establece que “ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento” (artículo 110). La de Costa Rica (sancionada en 1949 y reformada en 2001) dispone que “toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente” (artículo 43). Y la de El Salvador (de 1983, actualizada en 2000), dispone que “se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles” (artículo 23).

Aunque la Constitución argentina no contiene una norma expresa en ese sentido, es posible arribar a una conclusión similar, sobre la base de dos principios: (a) La libertad individual, sobre la que se asienta el arbitraje, es un derecho reconocido por la Constitución; y (b) El derecho a la tutela jurisdiccional del Estado, también reconocido constitucionalmente, es renunciabile.<sup>67</sup>

Por un lado, el artículo 19 de la Constitución garantiza un amplio margen de acción a la libertad, al disponer que nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe,<sup>68</sup> tan amplio que tutela cualquier acción individual, aun externa, siempre que no afecte los derechos de los demás.<sup>69</sup> Por el otro, el artículo 17 consagra la inviolabilidad del derecho de propiedad,<sup>70</sup> derecho que comprende “todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad”.<sup>71</sup> Adicionalmente, el artículo 33 pone de manifiesto el carácter meramente enunciativo de los derechos y garantías expresamente aludidos en el texto constitucional.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> Ver, con más amplitud, CAIVANO, Roque J. y CEBALLOS RÍOS, Natalia M.: *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, ps. 26 y siguientes.

<sup>68</sup> Artículo 19, Constitución Nacional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

<sup>69</sup> CSJN, 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, Fallos, 306: 1892, del voto de la mayoría; CSJN, 29/08/1986, “Bazterrica, Gustavo Mario”, Fallos, 308: 1392, del voto de la mayoría.

<sup>70</sup> Artículo 17, Constitución Nacional: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

<sup>71</sup> CSJN, 26/08/1925, “Mango, Leonardo c. Traba, Ernesto”, Fallos, 144: 219; CSJN, 16/12/1925, “Bourdieu, Pedro Emilio c. Municipalidad de la Capital”, Fallos, 145: 307.

<sup>72</sup> Artículo 33, Constitución Nacional: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Del armónico juego de estas normas es posible colegir que pactar el sometimiento a arbitraje es un derecho de las partes que no podría ser conculcado por el legislador, de conformidad con lo prescripto en el artículo 28 de la Carta Magna.<sup>73</sup> Porque el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en la legislación civil, que permite a las partes determinar libremente el contenido de los contratos salvo excepciones,<sup>74</sup> es una derivación directa de la libertad garantizada por la Constitución.<sup>75</sup>

En consecuencia, (i) si el derecho a someterse a arbitraje constituye una derivación de la libertad que garantiza la Constitución, que protege la facultad de disponer de los derechos que componen su patrimonio, y (ii) si la jurisdicción de los órganos del Poder Judicial es renunciable, entonces (iii) corresponde concluir que el derecho a pactar el arbitraje en cuestiones que involucren derechos disponibles goza de protección constitucional, con el status propio de los derechos alcanzados por las garantías fundamentales. Lo que, a su turno, implica que si bien puede ser sometido a razonables limitaciones por vía reglamentaria, no podría ser suprimido por un acto legislativo sin agravio a la Constitución.

### III. ARBITRABILIDAD DE LOS CONFLICTOS QUE COMPRENDEN CUESTIONES CONSTITUCIONALES<sup>76</sup>

Bajo la expresión contenida en el título de este párrafo se pretende responder al siguiente interrogante: ¿se ve afectada la intervención del tribunal arbitral porque alguna de las partes introduzca un planteo de inconstitucionalidad en el proceso? O, dicho de otra manera: ¿puede el tribunal arbitral seguir conociendo de la controversia cuando se haya cuestionado la validez constitucional de una norma?

El sustrato fáctico de nuestro análisis es aquel en el cual una de las partes invoca una determinada norma legal como sustento de sus pretensiones, y la contraria alega que esa norma no debe ser aplicada por contravenir la Constitución. No nos referiremos a la arbitrabilidad de una acción directa y abstracta de inconstitucionalidad,<sup>77</sup> sino a la hipótesis

<sup>73</sup> Artículo 28, Constitución Nacional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

<sup>74</sup> Según el artículo 958 del Código Civil y Comercial de la Nación, “Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”.

<sup>75</sup> DALLA VÍA, Alberto R.: “Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 1998-III-1093.

<sup>76</sup> Hemos anticipado estas ideas en CAIVANO, Roque J.: “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, nro. 2, junio de 2006, ps. 107 y siguientes.

<sup>77</sup> Acción que, en el derecho argentino, no es posible interponer siquiera ante el Poder Judicial, habida cuenta de que el control constitucional requiere la presencia de un “caso” (CSJN, 28/08/1984, “Baeza, Aníbal Roque c. Nación Argentina”, Fallos, 306:1125). Por más que la inconstitucionalidad de una norma puede plantearse por vía de acción, no existe en la Argentina control constitucional preventivo ni abstracto: es necesario que el peticionante invoque, además de un interés legítimo, un perjuicio concreto derivado de la norma, es decir, una afectación a un derecho constitucional propio.

en que se suscita ante un tribunal arbitral un control constitucional, por vía de acción o de excepción, como un mecanismo de defensa para impedir la aplicación, en un caso concreto, de una norma de rango inferior que contradiga la Constitución.

#### A. LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO ARGENTINO

Para poner en contexto lo que diremos en este párrafo, el punto de partida necesario es examinar, siquiera sumariamente, el sistema de control constitucional argentino.

Uno de los principales rasgos del control de constitucionalidad es su carácter difuso. Ello quiere decir que reposa en cabeza “de cada órgano jurisdiccional, cualquiera sea la instancia a la que pertenezca”,<sup>78</sup> y “cualquiera que sea el procedimiento mediante el cual se proponga a decisión de los jueces una cuestión judicial”.<sup>79</sup> Explícitamente se ha reconocido que “todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución y leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponda”,<sup>80</sup> señalándose que la custodia de la supremacía constitucional “está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces”,<sup>81</sup> ya que “es elemental en

---

Ver, BOUZAT, Gabriel: “Una comparación entre la judicial review y el control preventivo y abstracto de constitucionalidad”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 1, nros. 1/2, abril de 1997, ps. 201 y siguientes. Con ese límite, en ausencia de una regulación expresa, se ha admitido el planteo de la acción directa de inconstitucionalidad a través del trámite de la acción meramente declarativa de certeza regulada en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (norma que reproducen en forma similar los códigos procesales provinciales). Así, CSJN, 01/10/1991, “Abud, Jorge Homero y otros v. Provincia de Buenos Aires s/ declaración de inconstitucionalidad ley 10542”, Cita Online: 04\_314v2t035.

<sup>78</sup> CNCiv., sala F, 30/09/2003, “Galli, Elena c. Kairuz, Alfredo F.”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 2004-I-658. En el mismo sentido, la Corte Suprema ha resuelto que “Los jueces de todos los fueros e instancias se encuentran habilitados para ejercer el control de constitucionalidad siempre que exista un ‘caso’ o ‘causa’ contencioso, es decir aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho entre las partes adversas” (CSJN, 30/09/2003, “Viejo Roble S.A. c. Bank Boston N.A.”, Fallos, 326: 4019 (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte).

<sup>79</sup> CSJN, 29/03/1967, “Outon, Carlos José”, Fallos, 267: 215; CSJN, 22/12/1998, “Ministerio de Cultura y Educación - Estado Nacional”, Fallos 321: 3620. En esta última sentencia se hizo notar que “el derecho constitucional argentino no ha previsto especie alguna de pleitos en la que los jueces puedan fallar con prescindencia del texto constitucional, en la medida que la declaración de inconstitucionalidad de las normas tiende a preservar el ejercicio equilibrado de los poderes establecidos en la Ley Fundamental”.

<sup>80</sup> CSJN, 22/08/1927, “Chiaparrone, José”, Fallos, 149: 122.

<sup>81</sup> CSJN, 01/12/1988, “Di Mascio, Juan Roque”, Fallos, 311:2478. En su voto, el ministro Belluscio enfatizó: “Por expreso mandato de la Ley Fundamental todos los jueces integrantes del Poder Judicial –nacional y provincial– pueden y deben efectuar el control de constitucionalidad de las normas y actos y ese ‘poder-deber’ de aplicar con preeminencia la Constitución y las leyes de la Nación constituye no sólo el fin supremo y fundamental de la actividad jurisdiccional sino, más aún, un elemento integrante del contenido mismo de esa función estatal (provincial o nacional) al punto que pueda sostenerse que en nuestra organización institucional la jurisdicción es una actividad en la que siempre es posible introducir una cuestión constitucional y que no es jurisdiccional toda aquella actividad que impide efectuar el examen aludido”.

nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella”.<sup>82</sup>

La segunda característica saliente del régimen jurídico argentino es que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efectos *erga omnes*, ni implica derogar o revocar la norma en cuestión. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no modifica su vigencia general ni obliga al órgano que la dictó a reformarla. Esa declaración, en definitiva, no tiene más consecuencia ni efecto que servir de fundamento a la decisión del juzgador de abstenerse de aplicarla en el caso: “la incompatibilidad de una norma con el texto o el espíritu de nuestra Carta Magna se exterioriza con la negativa por parte del tribunal de aplicarla. La inconstitucionalidad o falta de compatibilidad de la norma con el texto fundamental no concluye en nuestro régimen en una anulación o pérdida de vigencia de la primera, sino en su inaplicabilidad al caso concreto. No se requiere una fórmula sacramental para no aplicar la ley en razón de aquella incompatibilidad, sino que debe estar contenida en el desarrollo de los fundamentos del pronunciamiento”.<sup>83</sup> El efecto de la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la prescindencia de ella para la solución del caso en que la cuestión se ha propuesto;<sup>84</sup> declarada inconstitucional una norma, las cuestiones planteadas en el juicio respectivo deben ser resueltas como si aquella no existiera.<sup>85</sup>

Como se ha explicado, al declarar una inconstitucionalidad, el juzgador en definitiva, deja de aplicar la norma general y elabora una individual para resolver el caso; no enjuicia a la norma en sí, de manera abstracta, sino que enjuicia su aplicación al caso concreto; no juzga lo legislado por el Congreso sino, en todo caso, lo disvalioso que puede resultar esa decisión legislativa en un caso particular; no hay un enfrentamiento entre el Congreso y el juez; el magistrado, en la decisión de un caso, opta por no aplicar una ley en ese caso y sin producir efectos generales.<sup>86</sup> Es consecuencia de ello que la introducción, en un proceso, de una pretensión tendiente a declarar la inconstitucionalidad de una norma no

---

<sup>82</sup> CSJN, 23/04/1991, “Martinelli, Oscar H. C. c. Coplinco Cía. Platense de Industria y Comercio S.A.”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1991-IV-417; CSJN, 19/08/2004, “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, Fallos, 327: 3117; CSJ de la Provincia de Santa Fe, 11/11/1992, “Resumi, Carlos Gabriel c. Editorial Diario La Capital S.A.”, AP *on line*, 18/9728.

<sup>83</sup> CNCont. Adm. Fed., sala 4ª, 12/07/2001, “Masel S.A. c. A.N.A.”, AP *on line*, 8/11842.

<sup>84</sup> CSJN, 13/05/1966, “Rubén Malenky”, Fallos, 264: 364.

<sup>85</sup> CSJN, 1945, “Gregolinsky y Compañía”, Fallos, 202: 184.

<sup>86</sup> BIANCHI, Alberto B.: *La legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad (apuntes en relación a los magistrados judiciales y a los tribunales administrativos)*, Rev. de Derecho Administrativo, ed. Depalma, 2001-127, AP *on line*, 0027/000010.

altera la integración procesal del juicio, ya que sólo se discute entre las partes originarias de la relación procesal, sin que sea necesario dar participación procesal al Estado Nacional.<sup>87</sup>

En resumen, el sistema de control constitucional argentino reúne las siguientes características principales:<sup>88</sup>

- es *difuso*, lo que significa que es ejercido por todos los jueces; aunque la Corte Suprema es la intérprete final, no existe un órgano específico cuya misión exclusiva sea determinar si una ley se ajusta a las normas constitucionales;
- es *amplio*, quedando sujetos a ese control no sólo las leyes sino también los tratados y los actos de los poderes públicos, sean federales o provinciales;
- es *concreto*, es decir que sólo pueden pretender una declaración de inconstitucionalidad quienes tengan legitimación e interés jurídico;
- en principio, procede *a petición de parte*, aunque la Corte Suprema de Justicia ha admitido que pueda ser ejercido de oficio (al menos por los tribunales judiciales);<sup>89</sup>
- la decisión que se adopte al respecto es aplicable sólo al caso particular, es decir, no tiene efectos derogatorios ni *erga omnes*.

B. ¿SON INCOMPETENTES LOS ÁRBITROS PARA SEGUIR INTERVINIENDO CUANDO SE CONTROVIERTE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA?

El interrogante planteado no puede tener sino una respuesta negativa: no hay razón que justifique que el tribunal arbitral deba apartarse del caso por el solo planteo de una cuestión constitucional. El hecho de que se objete la constitucionalidad de una norma no puede derivar en la abdicación automática de la jurisdicción de los árbitros, cuando ni siquiera se

<sup>87</sup> “El control de constitucionalidad excluye la defensa directa de las normas impugnadas por parte del Estado que las ha expedido, en tanto no sea éste adversario formal en la causa por debatirse derechos que aquéllas le acuerdan; en consecuencia, aunque se reputara conveniente la intervención del Estado legislador –decisión reservada al tribunal de la causa–, ello no lo constituiría en el carácter de litigante adversario a los fines de la existencia de la causa contenciosa requerida en estos juicios”. CSJN, 19/11/1987, “Obras Sanitarias de la Nación”, Revista de Jurisprudencia Argentina 1988-I-510. En el mismo sentido, se ha dicho que “El Estado Nacional –o una provincia en su caso– no es parte sustancial en los procesos en los que se lo demanda por su actividad legislativa, en tanto éste no integra la relación jurídica sustancial sobre la base de la cual se entabla la acción”. CSJN, 30/09/2003, “Viejo Roble S.A. c. Bank Boston N.A.”, Fallos, 326: 4019, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte.

<sup>88</sup> BARRANCOS Y VEDIA, Fernando: “Control judicial de constitucionalidad”, en *Constitución de la Nación Argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, tomo I, 2003, ed. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, citado por TULLIO, Alejandro: “Control de constitucionalidad en materia electoral”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 18 de agosto de 2004.

<sup>89</sup> CSJN, 27/09/2001, “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes”, Fallos 324: 3219 y BIANCHI, Alberto B.: “Se ha admitido el control constitucional de oficio”, Rev. La Ley 2002-A, 31, Cita Online: AR/DOC/6926/2001.

sabe siquiera si será necesario que el tribunal adopte una decisión sobre ese punto. Podría suceder que la cuestión controvertida pueda resolverse sin necesidad de abordar esa cuestión, o que la norma reputada inconstitucional no sea siquiera aplicable.

Con prescindencia de ello, a la misma conclusión se puede llegar por otra línea de razonamiento: la arbitrabilidad no depende de la norma que se invoque como aplicable al caso, sino de la naturaleza de los derechos involucrados en la controversia. Lo que determina que una cuestión sea arbitrable no es el fundamento ni las normas legales que las partes esgrimen para sustentar la procedencia de sus pretensiones, sino la naturaleza de los derechos que se discuten: si la disputa involucra derechos disponibles, los árbitros pueden juzgar y resolver el caso; si, en cambio, se discuten derechos indisponibles, la prórroga de jurisdicción que las partes convinieron en el acuerdo arbitral será ineficaz porque las partes no pueden someter la suerte de esos derechos sino a los tribunales judiciales. Así como la mera invocación de una norma imperativa no conlleva la inarbitrabilidad,<sup>90</sup> la mera postulación de la inconstitucionalidad de una disposición legal que alguna de las partes juzga aplicable no puede, *per se*, convertir en no-arbitrable una disputa que era arbitrable en atención a la naturaleza de los derechos en juego.<sup>91</sup>

Es que una de las consecuencias del carácter difuso del sistema de control constitucional argentino es que un planteo de inconstitucionalidad no modifica la competencia del juez originalmente llamado a conocer de la controversia en que se introduce la cuestión constitucional. Si bien el artículo 116 de la Constitución Nacional atribuye competencia a la Justicia Federal para conocer y decidir causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes federales, el artículo 14 de la ley 48 dispone que “una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial”, sin perjuicio del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>92</sup> Ello significa, en otras palabras, que el control de constitucionalidad no está exclusivamente en manos de los jueces federales sino que

<sup>90</sup> Ver, con más amplitud, CAIVANO, Roque J.: “Arbitrabilidad y orden público”, *Revista de Derecho Foro Jurídico, Pontificia Universidad Católica del Perú*, nro. 12, Lima, 2011, ps. 62 y siguientes. Ver, asimismo, la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso “Walmart” (CNCCom., Sala D, 20/12/2016, “Francisco Ctibor S.A.C.I. y F. c. Walmart Argentina S.R.L.”, *Rev. El Derecho*, 14/03/2017, nro. 14.141) y nuestro comentario, “El orden público como límite a la arbitrabilidad”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 285, julio-agosto de 2017, ps. 1190 y siguientes (RDCO 285-1190).

<sup>91</sup> “[Es arbitrable] el cumplimiento de un contrato de compraventa cuyo precio se pactó en dólares [aunque se requiera en el proceso arbitral] la declaración de inconstitucionalidad de aquellas normas que, con posterioridad, alteraron esa cláusula contractual” (PALACIO, Lino E.: “Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad”, *Rev. La Ley*, 2004-D-19).

<sup>92</sup> Como ha dicho la Corte Suprema, los pleitos radicados ante la justicia provincial en que se susciten cuestiones federales deben arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo después de agotadas las instancias ordinarias de la judicatura local, pues el hecho de que en una causa radicada ante un tribunal provincial se haya propuesto una cuestión constitucional o federal, no implica que el juez local deba declararse incompetente y remitir la causa al juez federal (CSJN, 1962, “Vázquez, Norberto José”, Fallos, 254: 437; CSJN, 11/11/1980, “Dallo, Roberto Ramón”, Fallos, 302: 1325; CSJN, 01/12/1988, “Di Mascio, Juan Roque”, Fallos, 311: 2478).



debe ser hecho por el tribunal naturalmente competente para decidir la controversia en la que se suscita la cuestión constitucional.

En resumen, bajo el derecho argentino, la introducción de planteos de inconstitucionalidad en el juicio arbitral no provoca la incompetencia de los árbitros. Una solución diferente implicaría consentir la sustracción de la jurisdicción arbitral en forma anticipada y prematura. No sólo porque la norma cuya inconstitucionalidad se postula ante los árbitros puede no ser aplicable, sino también porque puede no ser inconstitucional. Por lo que no es razonable, frente al mero planteo –de una sola de las partes– privar a los árbitros de la atribución –nacida de un acuerdo bilateral de voluntades– de juzgar y resolver las cuestiones que se le someten. Conforme el principio *kompetenz-kompetenz*,<sup>93</sup> los árbitros conservan, como mínimo, las facultades que le son propias, de determinar el ámbito de su competencia, sin perjuicio de los medios de revisión y control judicial que su decisión pueda suscitar.

Esta solución, por otra parte, ha sido recogida en distintas sentencias de los tribunales argentinos.

En el caso “*Puerto del Rosario*”,<sup>94</sup> en el marco de una acción para la constitución del tribunal arbitral, la Corte Suprema resolvió que el Gobierno Nacional estaba obligado a concurrir a la formación del tribunal arbitral que habría de resolver las tarifas a cobrar en el Puerto de Rosario, en cumplimiento de la cláusula contractual que había establecido la jurisdicción de los árbitros para las divergencias que se suscitaran, sin que sea obstáculo para ello que el tribunal arbitral pudiera tener que considerarse alguna cuestión constitucional.

Resumidamente, el concesionario del Puerto de Rosario disputaba las tarifas que había fijado el gobierno nacional para las operaciones del puerto, pretendiendo que no podían ser distintas de las que regían en el puerto de Buenos Aires por aplicación del artículo 12 de la Constitución Nacional.<sup>95</sup> Como el gobierno se negaba a constituir el tribunal arbitral pactado en el contrato,<sup>96</sup> el concesionario pidió su formalización judicial.

---

<sup>93</sup> Consagrado legislativamente tanto para arbitrajes domésticos (artículo 1656 del Código Civil y Comercial de la Nación) cuanto para arbitrajes comerciales internacionales (artículo 35 de la Ley 27.449).

<sup>94</sup> CSJN, 7/08/1935, “Puerto de Rosario S.A. c. Estado Nacional”, Fallos, 173: 221.

<sup>95</sup> Artículo 12, Constitución Nacional: “Los buques destinados de una provincia a otra, no serán obligados a entrar, anclar y pagar derechos por causa de tránsito; sin que en ningún caso puedan concederse preferencias a un puerto respecto de otro, por medio de leyes o reglamentos de comercio”.

<sup>96</sup> En el contrato de concesión se había previsto que “en caso de dificultades entre la empresa y el Superior Gobierno sobre la ejecución o interpretación del presente contrato, éstas serán sometidas como único juez a un tribunal arbitral, formado por tres miembros, de los cuales uno será nombrado por el Superior Gobierno, el otro por la empresa y el tercero por los dos primeros, en las tres semanas que seguirán a su designación”.

El gobierno se opuso y, entre otros argumentos, sostuvo que la divergencia entre las partes no se refería a la ejecución o interpretación del contrato, sino que involucraba la interpretación de una norma constitucional, cuyo juzgamiento no correspondía a los árbitros. Si bien el juez de primera instancia y la Cámara de Apelaciones acogieron las defensas del Gobierno y rechazaron la demanda, y desoyendo la opinión del Procurador General de la Nación que aconsejaba confirmar las sentencias de grado, la Corte condenó al Gobierno a formar el tribunal arbitral en los términos convenidos en el contrato de concesión.

En lo que interesa destacar aquí, la Corte resolvió que la divergencia materia de una causa debe ser “objeto de un solo proceso ante los jueces o ante los árbitros, según sea su naturaleza, concretándose más por los hechos producidos que por las alegaciones de derecho invocadas a su respecto”. Y, sobre esa base, determinó que el Código Procesal, que determina las materias que son arbitrales y aquellas que no lo son, “no excluye del arbitraje una cuestión en la cual puede aplicarse un principio de derecho constitucional, o de la cual [aquel] pudiera surgir. Los árbitros *iuris* pueden resolver toda cuestión que se les someta, no siendo de las exceptuadas por la ley, sea de puro derecho, sea de carácter mixto, o simplemente de hecho. Y en la amplia dilucidación de las causas, pueden tomar en consideración todas las razones que se aduzcan, tanto legales como constitucionales. *El hecho de que en el curso de los debates aparezca una razón de orden constitucional, invocada por una de las partes, no puede tener el efecto de desplazar al tribunal arbitral*”.<sup>97</sup>

En el caso “*Otondo*”,<sup>98</sup> la justicia comercial confirmó este criterio, en el curioso contexto procesal de una acción judicial declarativa de certeza. En el caso, las partes habían celebrado un contrato de compraventa de las acciones de una sociedad anónima, cuyo precio sería pagado en dólares en varias cuotas anuales entre 2000 y 2003. El contrato contenía una cláusula sometiendo las controversias al Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Producida la crisis de finales de 2001, que determinó la “salida” del régimen de convertibilidad del peso argentino frente al dólar, una abrupta devaluación del peso y la sanción de una legislación de emergencia que, entre otras cosas, permitía pagar en pesos las deudas anteriores contraídas en dólares, el vendedor de las acciones promovió una acción meramente declarativa de certeza ante los tribunales con competencia en lo comercial, postulando que la legislación de emergencia era contraria a la Constitución y pidiendo que, con base en ello, se declarase que no era arbitrable la acción que se proponía iniciar para reclamar el saldo de precio en dólares, al involucrar una cuestión de constitucionalidad.

El juez de primera instancia rechazó *in limine* la demanda, en los siguientes términos: “la pretensión de los actores, tendiente a que se declare la no-arbitrabilidad de un

<sup>97</sup> CSJN, 7/08/1935, “Puerto de Rosario S.A.”, citado, considerando 11° del voto de la mayoría.

<sup>98</sup> CNCom., Sala E, 11/06/2003, “Otondo, César A. c. Cortina Beruatto S.A.”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-73.

eventual planteo de inconstitucionalidad de ciertas normas, resulta improcedente. Ello, por cuanto la sustracción de esa comunidad temática de la esfera arbitral, no aparece fundada ni razonable, desde que el tratamiento de la constitucionalidad –o no– de ciertas normas fue –o debió ser– una contingencia de posible ocurrencia en el esquema del negocio acordado por las partes. Empero, aun cuando ello no hubiese sido tenido en cuenta al tiempo de suscribir el compromiso arbitral, las partes no hicieron reserva alguna a fin de excluir determinadas decisiones de la jurisdicción arbitral. Conclúyase de lo anterior que el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico, obsta a su ulterior impugnación toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (...) *De lo anterior se sigue que no existe impedimento con base en derecho, que obste al tratamiento de la validez constitucional de una norma en tanto ello resulte conducente a los efectos de elucidar la controversia objeto de arbitraje* (...) [ya que] en caso de que el laudo arbitral se excediese o no conformase a las partes, subsistirá para éstas la posibilidad de impetrar la nulidad del mismo”.<sup>99</sup> Con similares fundamentos, la sentencia de primera instancia fue confirmada por la Cámara de Apelaciones, interpretando que correspondía al tribunal arbitral determinar si la deuda debía saldarse en los dólares originariamente pactados o en su valor convertido a pesos por aplicación de la legislación de emergencia, aun cuando para ello debiese analizar la constitucionalidad de esta última.<sup>100</sup>

En el caso “*Porcelli*”,<sup>101</sup> la Cámara de Apelaciones en lo Comercial se declaró incompetente y remitió a las partes a dirimir por arbitraje una controversia en la que inversores reclamaban daños y perjuicios a la administradora de un fondo común de inversión, pretendiendo asimismo la declaración de inconstitucionalidad de la legislación de emergencia dictada con motivo de la crisis de fines de 2001.

Los inversores de un fondo demandaron judicialmente al administrador por incumplimiento del reglamento de gestión y reclamaron que se lo condene a reintegrar en dólares el capital invertido en esa moneda, más los perjuicios causados. Los actores pidieron expresamente la declaración de inconstitucionalidad de la legislación que permitía la pesificación de las acreencias en moneda extranjera. La parte demandada opuso excepción de incompetencia de los tribunales judiciales, invocando la cláusula arbitral contenida en el reglamento. La excepción fue rechazada en primera instancia, aunque la Cámara de Apelaciones revocó esa decisión y declaró la incompetencia de los tribunales judiciales. Para así decidir, ponderó que el acuerdo arbitral era amplio y comprendía todas las divergencias que pudiesen suscitarse en torno la interpretación del reglamento, y que no

<sup>99</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial nro. 10, 17/03/2003, “Otondo, César A. c. Cortina Beruatto S.A.”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-73.

<sup>100</sup> CNCom., sala E, 11/06/2003, “Otondo, César A. c. Cortina Beruatto S.A.” *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-73.

<sup>101</sup> CNCom., sala B, 16/12/2005, “Porcelli, Daniel c. ABN AMRO Asset Management Argentina SGFCI S.A.”, *El Dial*, 23 de marzo de 2006.

advertía que “*el contenido de la pretensión material exorbite el marco descripto en la cláusula compromisoria*, toda vez que aquí se reclaman los supuestos perjuicios irrogados por el incumplimiento del reglamento de gestión del fondo común de inversión, aspecto que de manera genérica se encuadra dentro del compromiso”.<sup>102</sup> Ello, en definitiva, importó resolver que las pretensiones de la demanda, entre las cuales se encontraba la declaración de inconstitucionalidad de la legislación de emergencia, no estaban fuera de aquellas que pudiera decidir el tribunal arbitral.

### C. ¿PUEDEN LOS ÁRBITROS DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA?

En el párrafo anterior hemos explicado por qué la introducción en el juicio arbitral de una pretensión dirigida a la declaración de inconstitucionalidad de una norma no implica modificar la naturaleza arbitrable de la cuestión litigiosa ni puede provocar, automáticamente que el tribunal arbitral deba resignar su competencia. En buena medida, ese razonamiento se basa sobre el carácter eventual que tiene el planteo de inconstitucionalidad: el examen constitucional puede no llevarse a cabo (sea porque la controversia puede resolverse sin necesidad de un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma invocada, sea porque ésta ni siquiera es aplicable al caso), o aun efectuándolo, puede ser que la norma no sea contraria a la Constitución.

En este párrafo analizaremos en qué situación se encuentra el tribunal arbitral si el examen constitucional es inevitable y, además, el tribunal considera que la norma efectivamente contraviene la Constitución. Frontalmente, el interrogante a responder es ¿puede un árbitro declarar inconstitucional una ley?

Las características del control de constitucionalidad argentino que hemos explicado en el párrafo 2.1, especialmente su carácter difuso y el limitado efecto que produce la declaración de inconstitucionalidad de una norma, permiten responder en sentido afirmativo al interrogante planteado. Analizaremos a continuación, sumariamente, las principales razones que motivan nuestra opinión. La cual, con carácter general, reconoce como punto de partida la inexistencia de norma o principio alguno que se oponga a que los árbitros declaren la inconstitucionalidad de una norma, si tal pronunciamiento es necesario para resolver las cuestiones que las partes sometieron a su decisión.

Es sabido que los árbitros ejercen jurisdicción en sentido *lato*, entendiéndose por tal la atribución de resolver, con efecto de cosa juzgada, las controversias que le han sido sometidas. Por más que esa atribución no haya nacido directamente de la ley sino de un acuerdo de voluntad de las partes, y que no la ejerzan en nombre del Estado sino a título propio, las facultades decisorias de los árbitros no son sustancialmente distintas de las de los jueces estatales. Y sus decisiones no tienen, por ello, naturaleza ni efectos diferentes de las de los tribunales judiciales. Las sentencias que emiten los árbitros, como las que emiten

---

<sup>102</sup> CNCom., sala B, 16/12/2005, “Porcelli”, citado.

los jueces, resuelven de manera definitiva una controversia y están revestidas del efecto de la *res judicata*. De allí que, como veremos, la situación que se le presenta a un tribunal arbitral frente a un planteo de inconstitucionalidad no difiere de la que enfrenta, en esa misma hipótesis, un tribunal judicial.

Como se explicó *supra*, el control constitucional es difuso y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son limitados. Quien tiene atribuciones para declararla es el “juez natural de la causa” y el proceso continúa tramitando entre las partes originales: la introducción de una cuestión constitucional no conlleva un desplazamiento de la competencia de ese tribunal,<sup>103</sup> ni se altera la integración de la *litis*.<sup>104</sup> Y la declaración de inconstitucionalidad sólo proyecta consecuencias entre quienes son parte en el juicio y exclusivamente para ese proceso, no teniendo más efectos que la no-aplicación al caso de la norma declarada contraria a la Constitución.

La determinación de la norma aplicable es una de las funciones inherentes a los árbitros *iuris*, cuyo laudo debe estar fundado en el derecho positivo. Y, también en este aspecto, la función de los árbitros de derecho es asimilable a la de los jueces. De allí que sea válido, para aquellos, lo resuelto por la Corte respecto de estos últimos: “Si una ley entra en conflicto con la Constitución y ambas son aplicables a un caso, la Corte debe determinar cuál de ellas lo gobierna. Esto constituye lo sustancial del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas se refieren”.<sup>105</sup> Si, en este trance, los árbitros encuentran que una norma de rango inferior es incompatible con la Constitución, más que decidir que aquella no se aplica, lo que están decidiendo –en consonancia con su misión– es que se aplica esta última, en función de su mayor jerarquía normativa. Porque, en definitiva, “no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar, en primer término, la Constitución Nacional”.<sup>106</sup>

No es lógico suponer que, ante una disyuntiva tal, el árbitro carezca de facultades para hacer prevalecer la Constitución, pues ello equivaldría a predicar la obligación de los árbitros de fallar, a sabiendas, contra la Ley Fundamental, haciendo imperar, por encima de ella, una norma de rango inferior que la contradice. El árbitro puede y debe declarar la

<sup>103</sup> SCJ de la Provincia de Buenos Aires, 20/03/2002, “Veraquel S.A. c. Municipalidad de Mercedes”, BA B89634; SCJ de la Provincia de Buenos Aires, 12/09/2001, “Lago, Jorge c. Provincia de Buenos Aires”, BA B89634 (si bien estas sentencias están referidas a la Constitución de la provincia de Buenos Aires, el criterio es igualmente aplicable a nivel federal).

<sup>104</sup> CSJN, 19/11/1987, “Obras Sanitarias de la Nación”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1988-I-510; CSJN, 30/09/2003, “Viejo Roble S.A. c. Bank Boston N.A.”, Fallos, 326: 4019.

<sup>105</sup> CSJN, 12/04/1988, “Bruno, Raúl Osvaldo”, Fallos, 311: 460.

<sup>106</sup> CSJN, 22/12/1998, “Ministerio de Cultura y Educación - Estado Nacional”, Fallos, 321: 3620, con cita de Sánchez Viamonte. En la misma línea, se resolvió que “Es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so color de limitaciones de índole procesal” (CSJN, 27/12/1990, “Peralta, Luis Arcenio”, Fallos, 313: 1513).

inconstitucionalidad de una norma que se oponga a la Constitución, porque “la vigencia de la supremacía de la Carta fundamental es empresa de todos”.<sup>107</sup> El árbitro de derecho, como el juez, “tiene que aplicar bien el derecho, y para eso, en la subsunción del caso concreto dentro de la norma, debe seleccionar la que tiene prioridad constitucional [porque] aplicar una norma inconstitucional es aplicar mal el derecho”.<sup>108</sup> La Constitución es –obviamente– derecho positivo y, al descartar la norma que reputan inconstitucional, los árbitros no hacen otra cosa que afirmar la supremacía de aquella, que –como ha dicho la Corte– constituye la esencia de nuestro sistema jurídico.<sup>109</sup> La obligación que se impone a los jueces estatales de efectuar el control de constitucionalidad de las normas,<sup>110</sup> es igualmente exigible de los árbitros de derecho.

La situación no difiere sustancialmente en caso de tratarse de árbitros de equidad o amigables componedores porque, más allá de algunas diferencias, tienen la misma potestad de juzgar que los árbitros de derecho.

La característica fundamental de esta clase de árbitros es que laudan “en equidad”, o “según su leal saber y entender”, estando autorizados a prescindir de la aplicación de la ley, privilegiando la solución que consideran más equitativa para el caso.<sup>111</sup> El juzgamiento por equidad lleva implícita la necesidad de lograr que el resultado al que llega sea intrínsecamente justo, en función de la realidad concreta que debe resolverse. Para lo cual los árbitros de equidad pueden no sólo adaptar los principios y normas y flexibilizar su

<sup>107</sup> CSJN, 1º/12/1988, “Di Mascio, Juan Roque”, Fallos, 311: 2478.

<sup>108</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1992, tomo II, págs. 355 y siguientes. En el mismo sentido, la Corte ha resuelto que “Cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la misma ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llega a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, o que su aplicación torna ilusorios derechos por éstos consagrados, puede el juzgador apartarse de tal precepto y omitir su aplicación a efectos de asegurar la primacía de la Ley Fundamental” (CSJN, 20/09/1988, “Ordenes, Roberto c. Estado Nacional”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1988-IV-701).

<sup>109</sup> “La doctrina de la omnipotencia legislativa que se pretende fundar en una presunta voluntad de la mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución” (CSJN, 21/08/1922, “Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto”, Fallos, 137: 47; CSJN, 09/12/1993, “Nicosia, Alberto Oscar”, Fallos, 316: 2940).

<sup>110</sup> CSJN, 17/11/1991, “Gabrielli, Mario C. c. Estado Nacional”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1993-I-540. En ese fallo se dijo, asimismo, que “resulta absolutamente incompatible con elementales reglas que hacen al régimen de control de constitucionalidad, la omisión de cualquier magistrado judicial argentino federal, nacional o provincial, sea cual fuere su competencia, de pronunciarse sobre las cuestiones constitucionales que se suscitan en los pleitos que deba resolver”, a punto tal que la omisión de tratar “la cuestión constitucional propuesta, oportunamente introducida y mantenida en el proceso, así como decisiva para la solución del litigio, constituye un desconocimiento de los artículo 31 y 100 de la ley Fundamental, al par que un menoscabo del derecho de defensa consagrado por su artículo 18, todo lo cual conduce a que se descalifique el pronunciamiento como acto judicial” (Del voto de los Dres. Fayt y Nazareno).

<sup>111</sup> Ver, en general, CAIVANO, Roque J.: “Juicio arbitral de amigables componedores”, en ETCHEVERRY, Raúl A. y HIGHTON, Elena I. (dirs.): *Resolución Alternativa de Conflictos. Arbitraje*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, tomo 1, ps. 123 y siguientes.

interpretación, sino aun dejarlas de lado,<sup>112</sup> de modo de lograr una solución al conflicto sobre la base de criterios compatibles con los estándares propios de la actividad en la que se desenvuelve el conflicto.

A consecuencia de ello, la conclusión aparece como evidente: los árbitros de equidad también pueden efectuar un control de constitucionalidad de las leyes.<sup>113</sup> Si pueden dejar de aplicar una norma legal porque entienden que no resuelve equitativamente la cuestión controvertida que se les ha sometido, con mayor razón podrán dejar de aplicarla si consideran que se contrapone a la Constitución.

La tesis que postulamos, que reconoce a los árbitros la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, no se ve contradicha por algunas sentencias en las cuales la Corte Suprema de Justicia resolvió que el Poder Judicial es el *único* habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo.<sup>114</sup> En los casos en que se sentó esta doctrina, lo que se discutía era si el Poder Ejecutivo podía declarar inconstitucional una ley.<sup>115</sup> Más allá de la expresión utilizada por la Corte, lo que en verdad resolvió es que ninguno de los otros poderes del Estado, distinto del Judicial, puede declarar la inconstitucionalidad de una norma. De hecho, el fundamento de tales decisiones es la separación de los poderes del Estado, base del sistema republicano que adopta la Constitución Nacional. Aunque la cuestión de si los órganos del Poder Ejecutivo pueden declarar la inconstitucionalidad de leyes está lejos de ser pacífica,<sup>116</sup> no se relaciona con el objeto de nuestro estudio, porque los árbitros no pertenecen a ninguno de los poderes del Estado, sino que administran justicia, en el caso sometido a su decisión, por voluntad de las partes que convinieron el arbitraje.

#### D. LA CUESTIÓN, EN DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

<sup>112</sup> “El árbitro de equidad está eximido de aplicar las normas jurídicas, por convenio de partes, debiendo reconducir su análisis por criterios y normas no necesariamente basadas en el Derecho”. CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 975.

<sup>113</sup> CSJN, 07/08/1935, “Puerto de Rosario S.A.”, Fallos, 173: 221.

<sup>114</sup> CSJN, 8/11/1967, “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal c. Provincia de Salta”, Fallos, 269: 243; CSJN, 13/08/1996, “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación c. Ministerio de Trabajo”, Fallos, 319: 1420.

<sup>115</sup> En “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal”, se dejó sin efecto un decreto del Poder Ejecutivo de la provincia de Salta que había revocado una exención impositiva consagrada por ley, invocando su inconstitucionalidad. En “Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación”, se acogió un planteo de inconstitucionalidad efectuado por una parte contra una ley, que había sido desestimado en instancias anteriores por extemporáneo al no haberlo deducido en las actuaciones administrativas llevadas a cabo ante el Ministerio de Trabajo.

<sup>116</sup> El tema puede estudiarse en BIANCHI, Alberto B.: “La legitimidad en el ejercicio del control de constitucionalidad (apuntes en relación a los magistrados judiciales y a los tribunales administrativos)”, *Revista de Derecho Administrativo*, ed. Depalma, 2001-127, AP *on line*, 0027/000010.

Nuestra conclusión sobre este punto es compartida uniformemente por la doctrina: se han pronunciado por reconocer esta atribución a los árbitros Aguilar,<sup>117</sup> Anaya,<sup>118</sup> Arazi,<sup>119</sup> Bianchi,<sup>120</sup> Caputo,<sup>121</sup> Morello,<sup>122</sup> Palacio,<sup>123</sup> Rivera,<sup>124</sup> y Rojas.<sup>125</sup>

Además de los casos reseñados en el párrafo 2.2 precedente, encontramos apoyo a la conclusión expresada en varias sentencias expedidas por distintos tribunales.

En el caso “*KCK Tissue*”,<sup>126</sup> la cuestión no fue abordada directamente, pero resulta significativo porque no se analizaba, en abstracto, la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre una cuestión constitucional, sino directamente la validez de un laudo arbitral en el cual, efectivamente, el tribunal había hecho uso de esa atribución y había declarado la inconstitucionalidad de una ley. Deducido contra el laudo el recurso de nulidad, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial lo rechazó, señalando –escueta pero contundentemente– que “no se evidencian omisiones o defectos que lo invaliden o permitan abrir la vía de la nulidad”.

Aunque no se trata, en rigor, de una sentencia, es importante destacar el voto del ministro de la Corte Suprema Belluscio en el caso “*Di Mascio*”,<sup>127</sup> que indirectamente confirma que no hay impedimento para que los árbitros efectúen el control de constitucionalidad de las normas legales. Luego de ratificar la regla según la cual todos los jueces del Poder Judicial pueden y deben efectuar el control de constitucionalidad de las normas, Belluscio afirma que ese ‘poder-deber’ de aplicar con preeminencia la Constitución “constituye no sólo *el fin supremo y fundamental de la actividad*

---

<sup>117</sup> AGUILAR, Fernando: “Arbitraje Internacional: algunas cuestiones prácticas”, conferencia pronunciada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 29/05/2003. La versión corregida por el autor puede verse en [http://www.cpacf.org.ar/verde/vAA\\_Doctr/archDoctri/Aguilar.htm](http://www.cpacf.org.ar/verde/vAA_Doctr/archDoctri/Aguilar.htm)

<sup>118</sup> ANAYA, Jaime L.: “Control judicial del arbitraje”, *Rev. La Ley* 2004-B-312.

<sup>119</sup> ARAZI, Roland: “Arbitraje nacional e internacional”, *Rev. La Ley*, 19/08/2005.

<sup>120</sup> BIANCHI, Roberto A.: “Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2003-IV-75.

<sup>121</sup> CAPUTO, Leandro J.: “Reflexiones en torno a la competencia arbitral para resolver cuestiones constitucionales”, *Revista de Jurisprudencia Argentina*, 2003-II-954.

<sup>122</sup> MORELLO, Augusto M.: “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?”, *Rev. El Derecho* 198-467.

<sup>123</sup> PALACIO, Lino E.: “Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad”, *Rev. La Ley* 2004-D-19.

<sup>124</sup> RIVERA, Julio César: “Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje”, *Revista Internacional de Arbitraje*, nro. 5, julio-diciembre de 2006, ed. Legis, Bogotá, ps. 193 y siguientes, nota 50.

<sup>125</sup> ROJAS, Jorge A.: “El control de constitucionalidad en el arbitraje”, *Rev. La Ley*, 2009-A-305.

<sup>126</sup> CNCom., sala A, 28/07/2005, “*KCK Tissue S.A. c. Citibank N.A. Nassau*”.

<sup>127</sup> CSJN, 01/12/1988, “*Di Mascio, Juan Roque*”, Fallos, 311: 2478.



*jurisdiccional* sino, más aún, un elemento integrante del contenido mismo de esa función estatal (provincial o nacional) al punto que pueda sostenerse que en nuestra organización institucional *la jurisdicción es una actividad en la que siempre es posible introducir una cuestión constitucional y que no es jurisdiccional toda aquella actividad que impide efectuar el examen aludido*". Aunque en el voto referido el ministro se alude a la actividad jurisdiccional del Estado, la opinión parece poder extenderse sin esfuerzo a los árbitros, porque el mismo Belluscio ha dicho reiteradamente que los árbitros cumplen una función de estricta naturaleza jurisdiccional.<sup>128</sup> De donde deducimos que, si la posibilidad de plantear cuestiones de constitucionalidad es a tal punto inherente a la naturaleza de los procesos jurisdiccionales, y el arbitraje es un proceso que reviste esa condición, no puede impedirse a los árbitros que se pronuncien sobre la cuestión.

#### IV. ARBITRAJE Y ACCIÓN DE AMPARO

##### A. LA ACCIÓN DE AMPARO EN EL DERECHO ARGENTINO

En el derecho argentino la acción de amparo reconoce origen pretoriano a partir de los conocidos precedentes de la Corte Suprema de la Nación "Siri" y "Kot", de mediados del siglo XX. En ellos la Corte concibió esta acción como una herramienta para lograr –aún en ausencia de una vía procesal reglamentada por ley– el restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales conculcados o amenazados, en forma manifiestamente ilegal o arbitraria, por actos de la autoridad (caso "Siri")<sup>129</sup> o de los particulares (caso "Kot").<sup>130</sup>

La acción de amparo individual contra actos de la autoridad fue reglamentada a nivel federal casi diez años después por la Ley (decreto ley) 16.986 del año 1966. Esta ley – que se encuentra vigente– estableció en su artículo 1º que el amparo procede "contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus".

<sup>128</sup> Ver los votos del ministro Belluscio en los casos "Fibraca" (CSJN, 7/07/1993, "Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", Fallos, 316:1669, considerando 4º, párrafo 2º); "Energomachexport" (CSJN, 11/07/1996, "S.A. Energomachexport c. Establecimientos Mirón SAICIFA", Fallos, 319: 1287, considerando 5º); "Meller" (CSJN, 5/11/2002, "Meller Comunicaciones S.A. UTE c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones", Rev. La Ley 2003-B-906, Rev. El Derecho, 204-314, voto particular, considerando 7º); "Rocca" (CSJN, 31/05/1999, "Rocca, J. C. c. Consultara S.A.", Rev. Fallos 322:1100, voto particular, considerandos 2º y 5º); y "Yacimientos Carboníferos Fiscales" (CSJN, 11/11/1997, "Yacimientos Carboníferos Fiscales", Revista de Jurisprudencia Argentina, 1999-I-51, voto particular, considerando 16).

<sup>129</sup> CSJN, 27/12/1957, "Ángel Siri", Fallos, 239:459, cons. 9 y 10 del voto de la mayoría.

<sup>130</sup> CSJN, 05/09/1958, "Samuel Kot S.R.L." Fallos, 241:291. Ver CORRÁ, María Inés: "La acción de amparo hoy", en *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, ed. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, 2013, ps. 503 y siguientes.

Por su parte, el amparo contra actos particulares fue reglamentado, en el ámbito nacional, en el artículo 321, inciso 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, previéndose para él el procedimiento sumarísimo.<sup>131</sup>

Una característica saliente de la Ley 16.986 fue el establecimiento de determinadas condiciones negativas de admisibilidad de la acción de amparo contra la autoridad. Así, la ley estableció que esta vía procesal no será admisible (i) cuando existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o la garantía constitucional de que se trate, (ii) cuando el acto emane de un órgano del Poder Judicial, (iii) cuando la intervención judicial pueda comprometer directa o indirectamente un servicio público o el desenvolvimiento de las funciones esenciales del Estado, (iv) cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiera de mayor debate y prueba o cuando requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas, y (v) cuando la demanda no hubiese sido presentada dentro de los quince días hábiles de ejecutado el acto o del momento en que debió producirse.<sup>132</sup> Estos requisitos negativos de admisibilidad no fueron previstos para el amparo contra actos particulares.

Casi tres décadas después de la Ley 16.986, el instituto del amparo fue incorporado expresamente en el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994, cobrando fuerza la faz garantística del instituto por sobre el concepto de proceso.

La Constitución tomó así el núcleo básico de la acción de amparo creada en forma pretoriana por la Corte, estableciendo que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. En el caso el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".

El artículo 43 de la Constitución consagra el amparo como una vía de tutela "expedita y rápida".<sup>133</sup> La norma fundamental amplió los derechos susceptibles de

<sup>131</sup> El artículo 321, inc. 2º del CPCCN establece: "Procedimiento sumarísimo. Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: ... 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección." (el texto destacado con cursiva fue incluido por la Ley 25.488, vigente desde el 22/05/2002).

<sup>132</sup> Artículo 2, Ley 16.986.

<sup>133</sup> La Constitución se hizo eco de la previsión consagrada en los tratados internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 25 establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes o la Convención. SAGÜÉS, Néstor P.: "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional", *Rev. La Ley* 1994-D-1155.

protección por la vía del amparo, extendiendo la garantía no solo a los derechos constitucionales sino también a los reconocidos en un tratado o en la ley.

Entre los cambios relevantes, la Constitución estableció que el amparo procede “siempre que no exista otra vía judicial más idónea”. De ese modo, la Constitución no condicionó la acción a la existencia de vías administrativas, como las mencionadas el artículo 2 inc. a) de la Ley 16.986 como condición negativa de admisibilidad. También habilitó expresamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivas, declaración que hasta entonces –de ser requerida– condicionaba la viabilidad del amparo contra los actos de autoridad de conformidad con lo previsto en el artículo 2 inc. d) de la mencionada Ley 16.986.<sup>134</sup>

Por otro lado, la Constitución incorporó la figura del amparo colectivo en el segundo párrafo del artículo 43, habilitando la interposición de la acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, a los usuarios y consumidores, y a los de los derechos de incidencia colectiva en general.<sup>135</sup>

Más allá de mantener el núcleo sustancial del amparo individual, la reforma constitucional suscitó diversos debates y planteos, entre los que se destacan: (i) si el constituyente consagró al amparo como una vía directa y principal de tutela frente a las acciones u omisiones mencionadas en el texto constitucional o si mantuvo su carácter excepcional y (ii) en qué medida podían considerarse subsistentes los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos por la Ley 16.986 frente a la regulación constitucional de la figura.

Sobre lo segundo nos hemos referido precedentemente. En relación con la primera cuestión, mientras la doctrina adoptó posiciones contrapuestas,<sup>136</sup> la Corte Suprema y el

<sup>134</sup> La prohibición legal de declarar la inconstitucionalidad de la norma en el ámbito del amparo fue criticada antes de la reforma constitucional por destacada doctrina (ver, entre otros, SAGÜÉS, Néstor P.: “El amparo constitucional a diez años de la reforma de 1994”, *Suplemento de la Revista de Jurisprudencia Argentina* 25/8/2004; *Revista de Jurisprudencia Argentina* 2004-III 981 y EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo IV, Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 62 y 63).

<sup>135</sup> Sobre el amparo colectivo y su problemática, ver CORRA, María Inés, ob. cit., ps. 522-525.

<sup>136</sup> A favor de considerar al amparo como vía principal se han enrolado, entre otros, autores como Morello, sosteniendo que el amparo era una vía principal y directa; la mejor y más común de las alternativas para comunicarse con los jueces –y, en los supuestos de procedencia– obtener la protección que demandan los derechos y garantías constitucionales menoscabados o amenazados (MORELLO, Augusto M.: “El derrumbe del amparo”, *Rev. El Derecho*, 167:1996, p. 933). Para Palacio, conforme al texto constitucional vigente, la pretensión de amparo comporta una alternativa principal, siempre que concurren los presupuestos que la condicionan, siendo sólo susceptible de desplazamiento por otras vías más expeditas y rápidas (PALACIO, Lino Enrique: “La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994”, *Rev. La Ley* 1995-D, 1237). En la posición contraria –que sostiene que la reforma constitucional no modificó el carácter excepcional de la vía del amparo– se ha manifestado Sagüés, quien –con fundamento en los debates parlamentarios– sostiene que sólo por excepción (v.gr. en función del tiempo, de la inexistencia de medidas cautelares en el

fuero federal confirmaron el carácter excepcional del amparo con posterioridad a la reforma constitucional, calificándolo como “una vía utilizable solo en delicadas y extremas situaciones, en las que, por la carencia de otras vías legales aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, solo eventualmente reparable por la vía urgente y expedita del amparo”.<sup>137</sup>

Desde esta óptica, la Corte ha reafirmado que el amparo no tiene por finalidad alterar las instituciones vigentes<sup>138</sup> y los tribunales federales han reiterado en forma consistente que el amparo no es un mecanismo para evitar las posibles demoras de los procedimientos ordinarios, los que -en principio- deben considerarse más idóneos al permitir la amplitud de debate y prueba y el ejercicio pleno de las defensas.<sup>139</sup>

#### B. LA APLICACIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO AL ARBITRAJE. ALGUNOS EJEMPLOS DEL DERECHO LATINOAMERICANO

Como es sabido, en algunos países de Latinoamérica se ha admitido el uso de la acción de amparo o tutela constitucional como vía de protección excepcional contra los laudos arbitrales cuando éstos vulneran un derecho constitucional. La línea que subyace en el reconocimiento de la procedencia de la acción de tutela constitucional contra los laudos arbitrales es la asimilación de los árbitros a los jueces estatales. Se sostiene que de igual modo que una sentencia judicial puede ser objeto de acción de amparo, también puede serlo el laudo arbitral, aun cuando haya sido objeto de un recurso de anulación<sup>140</sup>.

---

procedimiento común, o de su producción improbable, etc.) podrá el amparo presentarse como el proceso “más idóneo” o “tan idóneo” como el ordinario, resultando por ello admisible. Pero tal extremo tendrá que ser alegado y demostrado siquiera prima facie por el promotor del amparo, ya que es un hecho notorio que los trámites ordinarios son más generosos, en plazos, radio de conocimiento y material probatorio, que la acción de amparo (SAGÜES, Néstor P.: “Amparo, habeas data y habeas corpus en la reforma constitucional.”, *Rev. La Ley* 1994-D, p. 1155). En similar sentido, pero admitiendo el carácter controvertido de la cuestión, Gelli sostiene que a partir de la norma constitucional “iluminada” por los antecedentes registrados en los debates puede concluirse que la existencia de otros medios judiciales idóneos descarta, en principio, la acción de amparo (GELLI, María Angélica: “La silueta del amparo después de la reforma constitucional”, *Rev. La Ley* 1995-E, 982).

<sup>137</sup> CSJN, Fallos, 310:576 y 2740; 311:612, 1974 y 2319; 314:1686; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396; 327: 5246, entre muchos otros, y CNACont. Adm. Fed., Sala III, 26/06/2012, “B.N.S. y otros c. E.N.-dto. 936/11”; CNACont. Adm. Fed., Sala IV, 01/03/2011, “Rizzi Luis Alejandro c. E.N. SC Resol. 100/10”.

<sup>138</sup> CSJN, Fallos: 310:1542, 1927 y 2076; 315:1485; 317:1755; 322:2247; 325:396, entre muchos otros.

<sup>139</sup> “La hipotética lentitud que puede demandar el trámite ordinario no constituye, sin más, un argumento que justifique la procedencia de la vía sumarísima del amparo” CSJN, Fallos, 64:221; 73:107; 83:173; 103:169; 308: 2068 y CNACont. Adm. Fed., Sala IV, 5/07/2011, “Gómez González, Diego Germán c. EN- Mº Defensa – Ejército- Dto. 1104/05, 751/09 s. amparo ley 16.986”.

<sup>140</sup> Ver algunos ejemplos de la experiencia comparada más abajo.

Si bien el tratamiento del tema en otros países de la región excede el alcance del presente trabajo, es conveniente mencionar sucintamente algunos ejemplos a efectos comparativos.

Colombia resulta un ejemplo de país que mantiene el uso de este instituto con el alcance mencionado. En un pronunciamiento del año 2019, la Corte Constitucional de ese país sistematizó la doctrina que admite la acción de tutela constitucional contra los laudos arbitrales, afirmando que: (i) el fundamento de dicha admisión es la equiparación material de los laudos a las providencias judiciales, “por cuanto ambos son producto del ejercicio de una función jurisdiccional y tienen efectos de cosa juzgada”;<sup>141</sup> (ii) la procedencia de este tipo de acciones está sometida, *prima facie*, a los mismos requisitos de procedencia, tanto generales como específicos,<sup>142</sup> que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado respecto de las providencias judiciales;<sup>143</sup> y (iii) sin embargo, el examen de procedencia debe ser más estricto y riguroso frente a laudos arbitrales que frente a sentencias judiciales.<sup>144</sup>

En el caso de laudos internacionales, la procedencia de la tutela constitucional es, según la misma corte, *excepcionalísima*<sup>145</sup> en atención a la prohibición expresa de intervención judicial; la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables y la limitación de las causales de anulación a las admitidas en el orden internacional.<sup>146</sup> En esa línea, la Corte Constitucional afirmó que, al estar la violación del orden público internacional contemplada como una causal de anulación, se hacía indispensable agotar previamente dicho recurso” antes de intentar la acción de tutela”.<sup>147</sup>

Si bien la posición de la Corte Constitucional colombiana comentada ha merecido apoyo de la comunidad de ese país –por reforzar el carácter excepcionalísimo de la acción

<sup>141</sup> Sentencia T-354/19, punto II.2.

<sup>142</sup> Sentencia T-354/19, punto II.2.

<sup>143</sup> Los requisitos generales comprenden la “relevancia constitucional”, la “subsidiariedad” que caracteriza a la tutela, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que estos carezcan de idoneidad o que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable; el requisito de “inmediatez”; que la “irregularidad procesal con efecto decisivo” en la providencia que se impugna; que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración, como los derechos vulnerados; y que no se trate de sentencias de tutela. Los requisitos generales y especiales (referidos a una serie de defectos: orgánico, procedimental, fáctico, sustantivo, o error inducido, entre otros) son descriptos en la Sentencia T-354/19, punto II.2. Los requisitos de procedencia especiales no son aplicables a los laudos internacionales cuando las partes han escogido un derecho sustantivo extranjero, debido a que el único parámetro de control al cual el juez constitucional puede sujetar su análisis es el orden público internacional de Colombia, según lo expresado en la misma sentencia. Sentencia T-354/19, punto II.3.2.

<sup>144</sup> Sentencia T-354/19, punto II.2.1.

<sup>145</sup> Sentencia T-354/19, punto II.3.3.

<sup>146</sup> Sentencia T-354/19, punto II.3.2 y 3.4.

<sup>147</sup> Sentencia T-354/19, punto II.3.2.

de tutela constitucional contra los laudos internacionales- la doctrina más destacada mantiene su oposición a la aplicación del instituto a los laudos internacionales. Ello por considerar que (i) la Ley 1563 de 2012 limita la intervención de las autoridades judiciales en arbitrajes internacionales con sede en ese país; (ii) los poderes de los árbitros no derivan de la ley de la sede sino del pacto arbitral, ni los árbitros ejercen funciones judiciales o funciones públicas en la sede y (iii) ley Modelo CNUDMI –adoptada por la ley colombiana– consagra como único recurso contra el laudo arbitral el recurso de anulación y dentro de las causales de anulación dispone que se podrá anular el laudo cuando el laudo es contrario al orden público de este Estado. Por lo tanto, el recurso de anulación permite preservar el derecho fundamental al debido proceso sin tener que acudir a acciones subsidiarias o diferentes a las establecidas en la ley.<sup>148</sup>

En el Perú, el Tribunal Constitucional había interpretado que la jurisdicción arbitral forma parte esencial del orden público constitucional porque constituye una “sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada” y, aunque goza de autonomía, está obligada a respetar los derechos fundamentales pues, “en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”.<sup>149</sup> Si bien ha reconocido, en general, que la institución del arbitraje goza de la denominada inmunidad procesal y los tribunales judiciales no pueden interferir durante el proceso arbitral,<sup>150</sup> el Tribunal Constitucional resolvió, también, que un laudo arbitral, aunque fuese definitivo, podía ser cuestionado en sede constitucional por vía de una acción de amparo, cumplidas dos condiciones: haber agotado la instancia judicial de revisión del recurso de anulación previsto por la ley de arbitraje y haberse vulnerado algún derecho fundamental protegido por la Constitución.<sup>151</sup> Conforme este razonamiento, la jurisdicción arbitral estaba protegida, garantizándose que el procedimiento no fuese obstaculizado o interferido durante el trámite, pero una vez concluido el arbitraje y dictado el laudo, procedía la revisión de lo actuado en sede judicial, por vía de amparo, si se alegaba la violación de alguna garantía fundamental.

<sup>148</sup> Ver concepto presentado, a pedido de la Corte Constitucional, por la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALArb) que nuclea a referentes del arbitraje en la región, sintetizado en el cap. I, párrafo 9.2 de la Sentencia T-354/19. Con una posición crítica a la procedencia de la acción de tutela constitucional en Colombia contra los laudos internacionales, ver RIACHI SANABRIA, Juan Felipe: “La acción de tutela en el arbitraje comercial internacional: una aproximación metodológica frente a su procedencia”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 56, enero-junio, 2016, Universidad de Los Andes, Bogotá, ps. 1-33.

<sup>149</sup> Tribunal Constitucional, 28/02/2006, caso “Cantuarias Salaverry, Fernando”, Expte. 6167-2005-PHC/TC. Entre otras consideraciones, el Tribunal señaló: “Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso”.

<sup>150</sup> Tribunal Constitucional, 14/03/2007, caso “Sulliden-Algamarca”, Expte. 10575-2006-PA/TC.

<sup>151</sup> Tribunal Constitucional, Expedientes nros. 06167-2005-HC y 06149-2006-AA.

Consciente del problema que se estaba gestando, el Tribunal Constitucional intentó ponerle algunos límites.<sup>152</sup> Pero esos límites se revelaron insuficientes, y el problema persistió hasta 2011, cuando el propio Tribunal Constitucional cerró la puerta que había abierto inicialmente.<sup>153</sup> En la sentencia recaída en el caso “Minera María Julia”,<sup>154</sup> el tribunal realizó una nueva valoración constitucional del arbitraje: reexaminó sus precedentes en materia de control constitucional del arbitraje reconociendo que algunos de ellos eran contradictorios, y determinó que el recurso de anulación es un medio idóneo y eficiente para revertir los efectos de un laudo arbitral que afecte derechos constitucionales, siendo una vía procedimental tan satisfactoria como la acción de amparo.<sup>155</sup> De este modo, aunque no se la cercena completamente, se limita fuertemente la posibilidad de prolongar por vía del amparo la discusión sobre los derechos supuestamente no protegidos por la resolución que desestima la anulación.

En Panamá, durante la vigencia del Decreto-Ley 5 de 1999, el pleno de la Corte Suprema de Justicia había admitido amparos de garantías constitucionales contra diversas actuaciones de los tribunales arbitrales. Si bien en la mayoría de esos casos los amparos no fueron finalmente acogidos en el fondo, su admisión tuvo como efecto paralizar los arbitrajes, o la ejecución de los laudos. Sin embargo, el problema parece estar en vías de solución a partir de la expedición de la Ley de Arbitraje 131 de 2013. Por un lado, porque según el artículo 54 de la Constitución el amparo es la vía para protegerse de actos u omisiones de servidores públicos, y la Ley 131 establece que ni los árbitros ni los funcionarios de las instituciones arbitrales revisten esa condición (artículo 20, *in fine*). Por el otro, porque el amparo es una vía excepcional que procede cuando no existen remedios

---

<sup>152</sup> Por ejemplo, declarando su improcedencia para cuestionar actuaciones previas al laudo o la interpretación de las normas legales o la valoración de los hechos y la prueba salvo que se hubiese vulnerado manifiestamente el debido proceso, o exigiendo el agotamiento de los recursos consagrados en la Ley de Arbitraje (Tribunal Constitucional, 16/11/2007, caso “PROIME Contratistas Generales S.A.”, STC 4195-2006-PA/TC).

<sup>153</sup> En opinión de algunos autores, “el Tribunal Constitucional simplemente se ha enredado en su propia telaraña para tratar de solucionar un problema (el amparo contra un laudo) que él mismo creó al abrazar sin mayor análisis y reflexión la teoría jurisdiccional” (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO DEVILLE, José Luis: “La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino”, *Revista FORSETI*, nro. 1, año 2013, p. 4).

<sup>154</sup> Tribunal Constitucional, 21/09/2011, caso “Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia”, Expte. 00142-2011-PA/TC (Sentencia No. 00142-2011-AA/TC).

<sup>155</sup> Aunque en este precedente el Tribunal Constitucional no descarta de plano la admisibilidad de acciones de amparo en temas sometidos a arbitraje, la excepcionalidad del amparo hace que su procedencia en materia arbitral quede circunscripta a supuestos específicos de vulneración de derechos fundamentales, y bajo ciertas condiciones, específicamente: (i) cuando se invoca una vulneración directa y frontal de los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal Constitucional; (ii) cuando el laudo hace un indebido ejercicio del control difuso de constitucionalidad de una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda; y (iii) cuando el amparo es interpuesto por un tercero que no es parte del convenio arbitral y se sustenta en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales como consecuencia del laudo arbitral (salvo que el demandante haya sido incorporado al arbitraje como parte no signataria; Sentencia No. 00142-2011-AA/TC, punto 21).

específicos a través de acciones judiciales ordinarias o los existentes no son idóneos para dar efectiva tutela a los derechos constitucionales, y la Ley 131 declara que el recurso de anulación reúne ambas condiciones (artículo 66 *in fine*).

### C. LA EXPERIENCIA ARGENTINA. NUESTRA POSICIÓN

La experiencia argentina difiere de lo sucedido en otros países de la región. Los casos registrados en los que se ha acudido a la vía del amparo para cuestionar actuaciones relacionadas con el arbitraje han sido escasos y han recibido con acierto la crítica de la doctrina más autorizada.

En este sentido, en el caso “*Akzo Nobel Coating*”<sup>156</sup>, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, declaró admisible una acción de amparo dirigida a dejar sin efectos dos decisiones preparatorias adoptadas por la Cámara Argentina de Comercio relacionadas con la conformación del tribunal arbitral y en ese marco ordenó una medida cautelar dirigida a suspender el proceso arbitral hasta tanto se adoptara una decisión sobre el fondo del amparo.<sup>156</sup>

La decisión importó admitir la interferencia judicial en una etapa inicial del arbitraje con fundamento en cuestiones que eran susceptibles de ser revisadas por el tribunal arbitral o eventualmente ser objeto de una acción de nulidad prevista en el código procesal. Por ese motivo, recibió una fuerte y fundada crítica de la doctrina.<sup>157</sup>

Del lado opuesto, la Fiscal de la Cámara de Apelaciones sostuvo el criterio acertado al dictaminar a favor del rechazo de la acción de amparo, por entender que “La acción de amparo no es, en el caso, la única vía idónea para cuestionar los actos de los que aquí se trata. Estas cuestiones pueden y deben ser dirimidas por la entidad designada como árbitro, en el marco del proceso arbitral, máxime cuando no está en cuestión que quien aquí acciona, al suscribir la cláusula compromisoria de arbitraje, determinó que los conflictos que pudiesen suscitarse con la empresa que la demanda en dicha sede, quedasen, en principio, excluidos de la órbita jurisdiccional de los tribunales ordinarios.” A lo que

<sup>156</sup> CNCCom., Sala C, “*Akzo Nobel Coating S.A. y otro c/ Cámara Argentina de Comercio s/ amparo*”, resolución del 11 de marzo de 2003, Rev. *El Derecho*, 205, 162, cita Digital: ED-DCCLXXXIII-722. En su decisión, el tribunal sostuvo que “[si bien] el amparo es un instituto de carácter excepcional y residual que debe funcionar ante la inoperancia de los restantes trámites procesales y por lo tanto sólo queda reservado para aquellos supuestos en que no hay otros recursos o remedios –sean judiciales o administrativos– que protejan el derecho o garantía constitucional vulnerado, no puede válidamente interpretarse que el recurso de nulidad que prevé el art. 760 del cód. procesal resulte, en la especie, una vía alternativa eficaz pues no es susceptible de evitar el perjuicio que podría derivarse en el caso de no obtener un procedimiento emanado de un tribunal debidamente integrado ya que ello podría incluso comprometer la intangibilidad del derecho de defensa ante el propio tribunal arbitral, sobre todo al no haberse acordado los términos del compromiso con la firma del instrumento respectivo.”

<sup>157</sup> ROJAS, Jorge A.: “Amparo al arbitraje”, en *Rev. El Derecho*, 205, 87, 30/10/2003. Cita Online ED, DCCLXV, 822 y RIVERA, Julio César: “Interferencias judiciales en el arbitraje”, 06/12/2006, Rev. *La Ley* 2006-F, 1462, Cita Online: AR/DOC/3909/2006.



agregó que los hechos denunciados no producían amenaza o afectación de garantías contempladas en la Carta Magna y que además de poder plantear estas cuestiones frente al tribunal arbitral, el recurrente tendría a su alcance la acción relacionada con la nulidad de laudos arbitrales.<sup>158</sup>

En nuestra opinión, la renuncia a la jurisdicción judicial que implica el acuerdo de arbitraje, la autonomía de este último y del procedimiento instituido en sustento de él, así como el principio de eficacia de las previsiones a las que las partes se sometieron (reconocido expresamente en el artículo 1656, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación) impiden admitir la aplicación de la acción de amparo para interferir en procedimientos arbitrales.

La reciente Ley 27.449 de arbitraje comercial internacional refuerza esta conclusión, en tanto –en línea con las legislaciones modernas que siguen los lineamientos de la Ley Modelo CNUDMI– la ley establece la prohibición de intervención judicial con excepción a lo dispuesto en la propia ley<sup>159</sup> y regula como único recurso contra los laudos emitidos en arbitrajes comerciales internacionales la petición de nulidad por las causales taxativas previstas en su articulado (las cuales son consistentes con los estándares de anulación internacionales).<sup>160</sup>

En definitiva, el sistema arbitral permite corregir eventuales vulneraciones a los derechos fundamentales sin tener que acudir a remedios excepcionales ajenos a él y contrarios a su esencia.

<sup>158</sup> Id., CNCom., “Akzo Nobel Coating S.A.”, Dictamen de la Fiscal General Subrogante ante la Cámara del 24 de junio de 2002, puntos 3 a. y b.1. Similar finalidad dirigida a suspender procedimientos arbitrales se obtenido mediante la solicitud de medidas cautelares en procesos de conocimiento, como las emitidas en los conocidos casos: (i) “Entidad Binacional Vacaretá c. Eriday UTE y otros s. proceso de conocimiento” (Expediente: N° 202/2013) y “Entidad Binacional Yacretá c. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y otros s/proceso de conocimiento” (Expediente N° 53721/2015), ambos en trámite ante el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 11, Secretaría N° 22, ver resolución del 15/11/2013, ratificada por la Cámara de Apelaciones del fuero el 21/03/2017 y luego sucesivamente prorrogada hasta la actualidad e (ii) “Incidente de recurso de queja de YPF S.A. en autos ‘YPF S.A. c. AES Uruguaiiana Emprendimientos S.A. y otros s. recurso directo de organismo externo’ (Expte. 41.255/2013/1/RH1) y “YPF S.A. c. AES Uruguaiiana Emprendimientos S.A. y otros s. recurso directo de organismo externo” (Expte. 41.255/2013/CA1) de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, resolución del 7 de octubre de 2014.

<sup>159</sup> Artículo 12, Ley 27.449 (“En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”). Nótese que el sistema de la Ley 27.449 no deja resquicio para acciones que tengan por objeto interferir en el procedimiento arbitral, al prever expresamente la posibilidad de solicitar al tribunal arbitral que “[a]dopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral” (artículo 39 inciso b), confirmando de ese modo el principio de autonomía del procedimiento arbitral.

<sup>160</sup> Artículos 98 y 99, Ley 27.449.

Adicionalmente, si bien los árbitros no se confunden con los jueces ni pertenecen formal ni materialmente al Poder Judicial, el razonamiento que ha conducido a la admisión de la acción de tutela constitucional contra los laudos arbitrales en los países latinoamericanos (esto es, la asimilación material de la actividad de los árbitros a la de los jueces, contra la cuales procede la acción de amparo constitucional) no encuentra cabida en el derecho argentino que, contrariamente a lo que sucede en esos otros ordenamientos, consagra expresamente la inadmisibilidad de la acción de amparo cuando “[e]l acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial”.<sup>161</sup> De ello se deriva que no es posible cuestionar a través del amparo la sentencia judicial que decidió sobre la anulación de un laudo arbitral.

Asimismo, resulta razonable interpretar que la limitación establecida en el artículo 2 inciso b) de la Ley 16.986 tiene por objeto impedir las interferencias de unos órganos jurisdiccionales sobre otros y brindar seguridad jurídica.

En cuanto al laudo arbitral, sin incurrir en el error de considerar a los árbitros como jueces o funcionarios públicos o funcionarios que ejercen función pública, cuando no lo son, tampoco es adecuado ignorar la naturaleza jurisdiccional de la función cumplida por los árbitros por mandato de las partes y la equiparación legal del laudo arbitral con la sentencia judicial. En razón de ello, además de los principios propios del sistema arbitral que obstan a la admisión de la acción de amparo contra las decisiones de los árbitros, es posible extender el *rationale* que subyace en la norma comentada a los actos emitidos por los árbitros con el objetivo de administrar justicia en el caso concreto.

## V. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN

### A. LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL CONTROL JUDICIAL DE LOS LAUDOS

En la Argentina, la existencia de algún grado de control judicial es un imperativo constitucional. Hemos explicado en los párrafos 1.2 y 2.3 que el sometimiento a arbitraje no es contrario a la Constitución, aunque implique excluir la potestad de los órganos judiciales para conocer y decidir de las cuestiones que han sido puestas a decisión de los árbitros.

Tampoco contraviene la Constitución que los laudos no sean revisables plenamente a través de una segunda instancia judicial. Interpretando el carácter expresamente renunciado del recurso de apelación consagrado, respecto de laudos de derecho dictados en arbitrajes domésticos,<sup>162</sup> la Corte ha dicho que la irrevisabilidad de los méritos de las

<sup>161</sup> Artículo 2 inciso b), Ley 16.986.

<sup>162</sup> Según el artículo 758 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, “Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados”. Aunque de todas maneras subsiste un recurso de nulidad, de carácter irrenunciado (artículo 760).

decisiones arbitrales no viola la garantía del debido proceso, pues “no pueden invocarse agravios de carácter constitucional cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional del recurrente [tal como] cuando se invoca violación del derecho de defensa por ser inapelable ante la justicia el laudo dictado en la jurisdicción arbitral libremente pactada por el interesado”.<sup>163</sup>

Si bien la necesidad de un acto expreso de renuncia hace todavía más evidente la regla establecida por la Corte, entendemos que lo mismo razonaría si debiera interpretar la validez constitucional de la Ley 27.449 (de arbitraje comercial internacional) que no prevé siquiera la posibilidad de convenir una segunda instancia judicial. Los laudos dictados en arbitrajes domésticos de equidad son legalmente inapelables (artículo 771, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Y la misma Corte nunca ha puesto en tela de juicio su constitucionalidad. Es que las partes tienen la libertad de someterse o no a arbitraje. Y si, conociendo que al hacerlo están resignando la posibilidad de una amplia revisión judicial del laudo, de todas maneras pactan el arbitraje, el criterio de la Corte es igualmente válido, porque la doble instancia, excepto en causas penales, es una garantía constitucional que puede ser voluntariamente renunciada.<sup>164</sup>

Sin embargo, la Corte Suprema también ha dicho que “sin negar el respeto que merece la voluntad de las partes, esta administración privada de justicia no es ajena a cierto control judicial, el cual no es susceptible de ser suprimido totalmente”. Ello así “en razón de una exigencia que surge de objetivos constitucionalmente asumidos, como el de “promover la justicia”, y también de las garantías de la defensa en juicio y de la propiedad y de la ejecutoriedad equivalente a la de una sentencia judicial que el Estado dispensa - cumplidos ciertos recaudos- a los laudos arbitrales”. En este marco, “al juez le corresponde respetar esas renunciaciones -a la jurisdicción judicial natural, en general, y a la posterior revisión por los jueces del Estado, en particular- sin atender a las posteriores retractaciones que solapadamente puedan intentar las partes como consecuencia de una resolución adversa, so pena de desnaturalizar el instituto del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios”.<sup>165</sup>

En vista de ello, la Corte advirtió que “Si las partes libremente y en materias

<sup>163</sup> CSJN, 30/07/1974, “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina”, *Rev. Fallos*, 289: 158.

<sup>164</sup> La Cámara de Apelaciones en lo Comercial interpretó que el sometimiento de las partes a un reglamento, como el de la CCI, que establece la renuncia a cualquier recurso renunciante, equivale a una renuncia directa al recurso de apelación contra los laudos de derecho. Y, con cita del precedente de la Corte en “Color c. Max Factor”, juzgó que esa renuncia no puede considerarse contraria al orden público, ya que no involucra la resignación de ningún derecho constitucionalmente amparado, sino a uno de base legal como es el de la posibilidad de revisión por una instancia superior, recordando que la garantía de la doble instancia no tiene jerarquía constitucional en juicios civiles (CNCom., sala D, 8/08/2007, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”). Ver, en igual sentido, CNCom., sala D, 19/12/2017, “Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A. (Chile)”, expte. 7893/2016.

<sup>165</sup> CSJN, 17/11/1994, “Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina”, *Fallos*: 317: 1527, cons. 6.

disponibles se sustrajeron a la autoridad decisoria de los jueces estatales, no es competencia de esta Corte suplir mediante la vía indirecta de la revisión amplia de la sentencia del *a quo* –comprensiva en definitiva del laudo mismo- las deficiencias de juicio o de criterio de los árbitros, la mayor o menor equidad de su pronunciamiento o su acierto o error”.<sup>166</sup>

El alcance de la revisión dependerá de la voluntad de las partes, siendo la petición de nulidad la única irrenunciable. En el caso de los arbitrajes comerciales internacionales con sede en el país, la petición de nulidad es además el único disponible medio de revisión disponible.<sup>167</sup>

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha seguido una doctrina similar, sin perjuicio de confirmar el control judicial a través del recurso de nulidad con fundamento necesidad de asegurar la garantía de defensa en juicio y el control judicial que debe imperar en toda controversia, aunque sea sometida a decisión de árbitros y las partes hubiesen renunciado a la posibilidad de apelar el laudo.<sup>168</sup>

De este modo, la Corte Suprema, en términos generales, ha sido respetuosa de la libertad de las partes para someterse a arbitraje, aun cuando ello importe un sistema de juzgamiento privado, y de única instancia.<sup>169</sup> La síntesis de su pensamiento es el voto de los ministros Nazareno y Boggiano en caso “Meller”, donde se pudo de manifiesto lo siguiente: “Nada obsta a que, tratándose de asuntos disponibles para las partes, éstas puedan excluir la revisión judicial, tanto más cuanto que en esos asuntos las partes son dueñas de someter la suerte de sus derechos al juego, la apuesta o la suerte o, incluso, renunciar a ellos. Es claro pues, que, *a fortiori*, las partes puedan pactar la exclusión de la jurisdicción judicial de revisión si les conviene. Tales alternativas son propias al arbitraje mismo, al que pueden quedar sujetas materias susceptibles de transacción en la que hay concesiones recíprocas guiadas por la equidad de los árbitros. Las partes pueden siempre, en asuntos disponibles para ellas, llegar hasta la renuncia de un derecho si esta alternativa conviene a sus intereses. Y si pueden abdicar de un derecho de modo directo, nada impide que lo sometan al azar acudiendo al vestido arbitral, que puede ser de un juego, apuesta o un echar suertes de modo que las partes disponen también renunciar a los recursos judiciales aun pactando duras penas de multa para quien quisiera abandonar aquel camino. Y no es dable afirmar con arrogancia que un proceso judicial pueda hacer más equidad que aquellos métodos, pues la crisis actual de la seguridad jurídica conduce a las partes a elegir alternativas de

<sup>166</sup> CSJN, 17/11/1994, “Color S.A. c. Max Factor Sucursal Argentina”, Fallos: 317: 1527, cons. 7.

<sup>167</sup> Artículo 98, Ley 27.449.

<sup>168</sup> CNCom., sala C, 21/12/2001, “Cortefilms S.A. c. Seb Argentina S.A.”, *Rev. El Derecho*, 196-620; CNCom., sala C, 3/06/2003, “Calles, Ricardo y otros c. General Motors Corporation”, *Rev. El Derecho*, 203-491. Ello, empero, no implicó pronunciarse sobre la procedencia de los planteos de nulidad: concedido el recurso, al conocer de él, la Cámara rechazó esos planteos, totalmente en el primer caso y parcialmente en el segundo.

<sup>169</sup> Ver, en general, CAIVANO, Roque J.: “El arbitraje y el Poder Judicial, en la visión de la CJSN”, en HEREDIA, Pablo D.: *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes*. Derecho Comercial, ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo IV, ps. 633 y siguientes.

solución de controversias prescindentes de la jurisdicción estatal cuando el ordenamiento les permite hacer tal elección. Si el laudo al fin afectase el orden público estatal sus jueces no podrían reconocerlo, pero en este caso nadie ha invocado la gravedad del orden público ni aparece manifiesta a los ojos de esta Corte. Si las partes quisieron excluir apelaciones judiciales y tal exclusión es válida, no han de llamar a las puertas de los tribunales estatales. No ha de permitírseles venir contra sus propios actos de ayer. ‘Tú lo quisiste tú te lo ten’. Esta vieja regla hispana es esencial para la vida del arbitraje como método alternativo de solución de controversias allende los estrados judiciales”.<sup>170</sup>

Más recientemente, en el caso “EN- Procuración del Tesoro” (2018),<sup>171</sup> la Corte Suprema confirmó su doctrina de respeto de la decisión de sometimiento de las partes a arbitraje, reafirmando el carácter restrictivo de la revisión de nulidad, al sostener que contra decisiones adoptadas por tribunales arbitrales cuya jurisdicción ha sido libremente convenida por las partes -quienes además han renunciado a interponer recursos judiciales- solo resulta legalmente admisible la intervención de los jueces mediante la vía prevista en el artículo 760, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (recurso de nulidad),<sup>172</sup> doctrina que tiene por antecedente la jurisprudencia más general según la cual la jurisdicción arbitral libremente pactada es excluyente de la jurisdicción judicial y no admite otros recursos que los consagrados por las leyes procesales.<sup>173</sup>

La Corte Suprema agregó que: “en lo que concierne al alcance de la revisión judicial de un laudo arbitral en el contexto de un recurso de nulidad, desde antaño esta Corte ha adoptado un criterio restrictivo, negando la posibilidad de que se revisaran los méritos de dicho laudo”<sup>174</sup> -doctrina confirmada también en jurisprudencia reciente del alto tribunal-<sup>175</sup> y que –sostuvo la Corte- resulta igualmente aplicable cuando una de las partes es el Estado.<sup>176</sup>

<sup>170</sup> CSJN, 5/11/2002, “Meller Comunicaciones S.A. UTE c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, Rev. Fallos, 325: 2888 (voto de los ministros Nazareno y Boggiano, considerando 12).

<sup>171</sup> CSJN, 6/11/2018, “EN - Procuración del Tesoro Nacional”, Fallos: 341:1485. El asunto llevado a la Corte fue la revisión judicial de un laudo dictado en el marco de un arbitraje con sede en el país, entre el Estado Nacional y una Unión Transitoria de Empresas argentina, luego de la rescisión unilateral por acto administrativo del contrato de gerenciamiento que los unía (cons. 6).

<sup>172</sup> CSJN, 6/11/2018, “EN - Procuración del Tesoro Nacional”, Fallos: 341:1485. con cita de los casos "Cacchione" (Fallos: 329:3399), y causa CSJN 24/08/2006 "Pestarino de Alfani, Mónica Amalia c. Urbaser Argentina S.A." 694/2003 (39-P)/CS1, cons. 8.

<sup>173</sup> CSJN, 6/11/2018, “EN - Procuración del Tesoro Nacional”, Fallos: 341:1485, con cita de los casos "Gutiérrez, Rafael" (Fallos: 237:392); "De Caro, Antonio" (Fallos: 274:323) y "Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina — Secc. Formosa" (Fallos: 289:158), cons. 8.

<sup>174</sup> CSJN, 6/11/2018, “EN - Procuración del Tesoro Nacional”, Fallos: 341:1485, cons. 9.

<sup>175</sup> CSJN, 5/09/2017, "Ricardo Agustín López", Fallos: 340:1226.

<sup>176</sup> CSJN, 6/11/2018, “EN - Procuración del Tesoro Nacional”, Fallos: 341:1485, cons. 10. Al respecto, la Corte reforzó la idea sosteniendo que la pretensión de desconocer lo acordado en cuanto al alcance de la revisión era contrario al principio de la buena fe: “la pretensión del Estado de desconocer lo pactado en cuanto al alcance de la revisión judicial de lo decidido por el árbitro no puede prosperar.

En síntesis, lo que la Corte ha sostenido históricamente es que la inapelabilidad de los laudos no vulnera ninguna garantía constitucional,<sup>177</sup> porque la exigencia se satisface con un control judicial resultante del recurso irrenunciable de nulidad, considerado suficiente para cumplir con esa garantía.<sup>178</sup>

#### B. EL FALLO “CARTELLONE” Y LA RECIENTE RE-INTERPRETACIÓN DE SU ALCANCE POR LA MISMA CORTE SUPREMA

Esta conclusión no se ve empañada por el conocido fallo de la Corte en el caso “Cartellone”.<sup>179</sup> Este fallo es criticable por otros aspectos,<sup>180</sup> pero mantiene el criterio básico de que el control judicial sólo procede en casos de excepción, cuando se haya vulnerado el orden público.<sup>181</sup> La Corte sostuvo que “no puede lícitamente interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte contraríen el orden público, pues no es lógico prever, al formular una renuncia con ese contenido, que los árbitros adoptarán una decisión que incurra en aquel vicio. Cabe recordar al respecto que la apreciación de los hechos y la aplicación regular del derecho son funciones de los árbitros y, en consecuencia, el laudo que dicten será inapelable en esas condiciones, pero, en cambio, su decisión podrá impugnarse judicialmente cuando sea inconstitucional, ilegal o irrazonable. [P]or aplicación de los principios expuestos, la renuncia formulada por las partes en el contrato y el compromiso

---

En todo caso, el agravio causado por la falta de revisión de la sustancia del laudo, de existir, es fruto de su propia conducta discrecional (conf. Fallos: 289:158, citado, considerando 40, donde se trató un caso de arbitraje laboral libremente convenido por las partes). Hacer lugar a lo solicitado por el recurrente implicaría validar un comportamiento contrario al principio de buena fe, que requiere comportarse de acuerdo con los compromisos previos asumidos voluntariamente y que se encuentran enraizados en normas dictadas por el propio Estado Nacional, que fijan al arbitraje como mecanismo de solución de controversias (conf. inciso 1° del artículo XII del convenio aprobado por ley 23.396”).

<sup>177</sup> CCiv. y Com. San Isidro, sala 2ª, 29/10/1991, “Rodríguez Palacios c. Peña Fernández”, AP *on line*, 14/11107.

<sup>178</sup> “Por vía del recurso de nulidad en el universo del arbitraje, queda resguardada la garantía constitucional de la defensa en juicio lo cual preserva al debido proceso legal” CNCom., sala D, 19/12/2017, “Pan American Energy LLC (Sucursal Argentina) c. Metrogas S.A.”, expte. 7893/2016.

<sup>179</sup> CSJN, 01/06/2004, “José Cartellone Construcciones Civiles S.A. c. Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. o Hidronor S.A.”, Rev. Fallos, 327: 1881.

<sup>180</sup> Ver, CAIVANO, Roque J.: “Alcances de la revisión judicial en el arbitraje (Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina *in re* ‘Cartellone’)”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, año II, nro. 5, 2005, ps. 159 y siguientes; CAIVANO, Roque J.: “El arbitraje y el Poder Judicial, en la visión de la CJSN”, en HEREDIA, Pablo D.: *Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos Precedentes. Derecho Comercial*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo IV, ps. 633 y siguientes.

<sup>181</sup> CAIVANO, Roque J.: *Control judicial en el arbitraje*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 104.

no constituye óbice para que esta Corte revoque lo dispuesto en el laudo en cuanto a la aplicación de los intereses”.<sup>182</sup>

El fallo recibió críticas fundadas por la vaguedad de su terminología y las consecuencias que ello podía traer aparejado sobre el sistema de revisión de los laudos arbitrales.<sup>183</sup> En todo caso, la propia Corte se ocupó, recientemente, de precisar la ambigua terminología que utilizó en esa sentencia, señalando que la razón subyacente en su decisión en “Cartellone” era que consideró vulnerado el *orden público*. En el caso “EN-Procuración del Tesoro Nacional”,<sup>184</sup> el tribunal hizo notar lo siguiente: “El Estado Nacional también pretende una revisión amplia del laudo arbitral cuestionado en autos mediante la invocación de la doctrina sentada por esta Corte en la causa ‘Cartellone’, dado que, sostiene, se ha vulnerado el orden público. El citado precedente trataba sobre un arbitraje voluntario en el que se había dispuesto tanto en el pliego de condiciones del contrato como en el compromiso arbitral que la decisión de los árbitros era inapelable y definitiva. *En lo que respecta a los intereses fijados por el tribunal arbitral, la Corte estimó procedente la revisión judicial por considerar que lo decidido por los árbitros afectaba el orden público.* Por tal motivo, consideró que la renuncia formulada por las partes a interponer recurso de apelación contra el laudo no constituía óbice para revocar lo dispuesto en el laudo en cuanto al cálculo de intereses (ver considerandos 1º, 2º, 13, 14 y 15). En el caso, excluidas las cuestiones vinculadas con la moneda y forma de pago sobre las cuales no hay agravio en esta instancia, el recurrente no ha probado de qué modo lo resuelto por el árbitro en torno a la interpretación de las normas aplicables a la disputa y la valoración de la prueba resulta violatorio del orden público, cualquiera sea el alcance que pueda darse a este concepto” (considerando 13).<sup>185</sup>

<sup>182</sup> En el caso, la Corte dejó sin efecto el laudo arbitral, en cuanto aplicó intereses sobre la suma adeudada, remitiendo a la aplicación de una pauta razonable de actualización e intereses, consistente en ajustar el monto sobre la base del índice de precios al por mayor no agropecuarios total, más un 5% anual en concepto de intereses.

<sup>183</sup> CAIVANO, Roque J.: *Control judicial en el arbitraje*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 104. También: MARTÍNEZ DE HOZ, José A. (h.) y MACCHIA, Valeria: “La reciente doctrina de la Corte Suprema en los fallos Cartellone y Bear Services y los Laudos del CIADI”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, 12 de diciembre de 2005, IJ-XXV-919.2/2005, cita: IJ-XXV-919.

<sup>184</sup> CSJN, 6/11/2018, “EN - Procuración del Tesoro Nacional”. Ver, asimismo CAPUTO, Leandro J.: “La nulidad es el único remedio procesal contra un laudo arbitral. Su alcance restrictivo también alcanza al Estado (clarificaciones de un caso argentino)”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, nro. 3, 2018, ps. 847 y siguientes.

<sup>185</sup> El énfasis nos pertenece. Este mismo criterio ya había sido establecido por la Cámara Comercial en el caso “Gasnor”, al señalar que no puede invocarse arbitrariedad por falta de ponderación de determinada prueba si no existe una hipótesis de deficiencia probatoria tal que afecte la estructura de la causa evidenciando una verdadera inexistencia del debido proceso: la selección del material probatorio efectuada por los árbitros, dando preferencia a determinado elemento probatorio en desmedro de otros no constituye arbitrariedad, pues no estaban obligados a ello, sino sólo a examinar los elementos de juicio que estimaban suficientes para la solución del asunto (CNCom., sala D, 8/08/2007, “Mobil Argentina S.A. c. Gasnor S.A.”).

La interpretación postulada por la Corte Suprema en este precedente se acerca a los criterios de revisión admitidos bajo el esquema de las leyes que han adoptado la Ley Modelo CNUDMI -como la Ley 27.449- que recogen la causal de anulación fundada en que el laudo sea contrario al orden público de ese país.

Al respecto, tratándose de laudos emitidos en arbitrajes internacionales, es razonable sostener que la expresión debe considerarse referida al “Orden Público Internacional” del país (por contraposición al orden público interno), postura ésta que resulta la más consistente con el objetivo de lograr una mayor armonización del régimen de revisión de los laudos internacionales y han recogido expresamente en sus legislaciones varios países de la región.<sup>186</sup>

### C. EL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL Y EL ARBITRAJE

Como cuestión de principio, el recurso extraordinario es inadmisibles en casos relacionados con decisiones arbitrales.<sup>187</sup> Sin embargo, el artículo 14 de la ley 48, que establece las causales por las cuales procede el recurso extraordinario federal, en su inciso 1° prescribe que la Corte podrá intervenir por esta vía “cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez”.

Por aplicación de esta norma, la Corte podría conocer de un recurso extraordinario deducido con relación a un laudo que ha declarado la inconstitucionalidad de una norma legal, toda vez que aquella es el intérprete final de la Constitución,<sup>188</sup> y siempre que se haya

<sup>186</sup> En ese sentido, Ley 131 de 2013 de Panamá (artículo 67 inc. 6), Ley 1563 de Colombia (artículo 108.2.b), Decreto Legislativo 1071 del Perú (artículo 63.1.f) entre otras.

<sup>187</sup> La Corte ha dicho reiteradamente que el voluntario sometimiento de las partes a arbitraje importa una renuncia del proceso judicial, incluyendo el recurso extraordinario, y que, si las partes resignaron la vía judicial, esa renuncia proyecta consecuencias en todas las instancias, de las cuales la Corte es la última (CSJN, 1986, “Di Nitto, Juan”, Rev. Fallos 308: 116). En igual sentido, CSJN, 1957, “Gutiérrez, Rafael c. Editorial Kapelusz S.R.L.”, Rev. Fallos 237: 392; CSJN, 1961, “Genisetto de Giacomone, Dominga c. Giacomone, Aldo Juan”, Rev. Fallos 250: 408; CSJN, 1962, “Servente y Magliola”, Rev. Fallos 252: 109; CSJN, 1963, “Pedraza, Fausto René c. Pedraza de Molina, Fanny Esther”, Rev. Fallos 255: 13; CSJN, 1963, “Asociación de Viajantes de Comercio de la República Argentina c. Bromberg y Cía. S.A.”, Rev. Fallos 257: 136; CSJN, 1965, “Kinbaum Ferrobeton S.A. c. Administración General de Obras Sanitarias de la Nación”, Rev. Fallos 261: 27; CSJN, 28/08/1969, “De Caro, Antonio c. R.J.R. Caputo S.A.”, Rev. Fallos 274: 323; CSJN, 4/11/1980, “Moral, César Ricardo c. Cotax Cooperativa de Provisión”, Rev. Fallos 302: 1280; CSJN, 30/07/1974, “Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina -Sección Formosa”, Rev. Fallos 289: 158; CSJN, 26/10/1976, “Icer S.A. c. Molinos Florencia S.A.”, Rev. Fallos 296: 230; CSJN, 24/07/1979, “Boncaglia, Francisco c. Empresaria S.C.A.”, Rev. Fallos 301: 594; CSJN, 1984, “Echenique y Sánchez Galarce S.A. c. Tietar S.A.”, Rev. Fallos 306: 455; CSJN, 9/03/1999, “Pirelli Cables c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones”, Rev. Fallos 322: 298.

<sup>188</sup> En cuyo caso corresponde a la Corte ejercer su rol de “intérprete final” de la Constitución (CSJN, 18/04/1977, “Pérez de Smith, Ana María”, Rev. Fallos 297: 338; CSJN, 27/11/1986, “Sejean, Juan Bautista c. Ana María Zaks de Sejean”, Rev. Fallos 308: 2268; CSJN, 23/12/2004, “Espósito, Miguel Angel”, Rev. Fallos 327: 5668, entre muchísimos otros).



puesto en duda la inteligencia de alguna de sus cláusulas y la decisión sea contra el derecho que en ellas se funda, la sentencia está sujeta a la revisión del máximo tribunal.<sup>189</sup>

De cualquier manera, dados los requisitos que la misma Corte ha establecido para la procedencia del recurso extraordinario (en particular, que se interponga contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa), se ha resuelto que el recurso no es admisible directamente contra el laudo, siendo necesario agotar los recursos judiciales, así sea el de nulidad, pues “sólo resulta legalmente admisible la intervención de los jueces mediante la vía prevista en el artículo 760, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuyo marco y si se configurasen los extremos previstos en el artículo 14 de la ley 48, cabría admitir la intervención de esta Corte”.<sup>190</sup>

## VI. CONCLUSIONES

A primera vista pareciera que el arbitraje, una forma de justicia privada nacida de un acuerdo de voluntad entre las partes, no tiene demasiada relación con el derecho constitucional, de carácter eminentemente público. Sin embargo, son varios los aspectos en los cuales entran en contacto.

Desde que la celebración de un acuerdo arbitral implica la exclusión de la vía judicial, y el derecho de acceso a los tribunales es una garantía de rango constitucional, es posible, al menos teóricamente, imaginar que el arbitraje podría suponer una afectación a esa garantía. Sin embargo, muchos ordenamientos constitucionales consagran de manera expresa el derecho de sus ciudadanos a pactar el sometimiento a arbitraje, y otros reconocen la función arbitral. Bajo el derecho argentino, aunque la Constitución no se refiere al arbitraje de manera expresa, no es discutible que el voluntario sometimiento al arbitraje es perfectamente compatible con la Carta Magna. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto reiteradamente que el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia es un derecho renunciable. Más aún, el derecho a pactar el arbitraje en cuestiones que involucren derechos disponibles integra la libertad negocial y como tal goza de protección constitucional y, si bien puede ser reglamentado por el legislador, no puede ser enteramente suprimido sin afectar dicha garantía y la de razonabilidad.

En otro aspecto de la vinculación entre el arbitraje y la Constitución, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales han concluido que la jurisdicción de un tribunal arbitral no se ve perjudicada porque en un proceso se haya cuestionado la validez constitucional de una norma legal. En tanto deben interpretar y aplicar el derecho, y la Constitución forma parte del derecho que deben aplicar, los árbitros están igualmente

<sup>189</sup> CSJN, 17/10/1864, “Ministerio Fiscal c. Calvete, Benjamín”, Rev. Fallos 1: 340; CSJN, 9/12/1993, “Nicosia, Alberto Oscar”, Rev. Fallos 316: 2940.

<sup>190</sup> CSJN, 24/08/2006, “Cacchione, Ricardo Constantino c. Urbaser Argentina S.A.”, C. 804. XXXIX – Recurso de Hecho. Sobre el tema, ver CAIVANO, Roque J.: “Arbitraje y recurso extraordinario”, Revista de Jurisprudencia Argentina, 2007-IV-15.

habilitados a pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, con miras a respetar la supremacía de aquella.

La profusión de acciones de amparo destinadas a cuestionar decisiones arbitrales (o aun decisiones judiciales vinculadas al arbitraje), un tema que ha desvelado a la doctrina especializada en varios países de la región, no aparece particularmente problemático en la Argentina. Por un lado, porque son escasas las situaciones en que se utilizó esta vía. Por el otro, el principio de no-intervención judicial en el arbitraje (ahora expresamente consagrado por la Ley 27.449 que rige el arbitraje comercial internacional), limita la posibilidad de admitir la acción de amparo para interferir en procedimientos arbitrales. Y, en tercer lugar, la Ley 16.986 de Amparo declara expresamente inadmisibles esta vía cuando el acto alegadamente lesivo de los derechos constitucionales ha emanado de un órgano del Poder Judicial, lo que evita el riesgo de que se constitucionalice a través del amparo la sentencia judicial que decidió sobre la anulación del laudo, tanto como el propio laudo arbitral que, aunque no es un acto emanado del Poder Judicial, está legalmente asimilado a una sentencia judicial.

Finalmente, la pacífica doctrina de la Corte Suprema según la cual la inapelabilidad de los laudos no causa agravio a ningún derecho constitucional —esgrimida para legitimar la renuncia al recurso de apelación que admite la legislación sobre arbitraje doméstico— permite adelantar que no habrá posibilidad de cuestionar la constitucionalidad del esquema de control judicial contra los laudos dictados en arbitrajes comerciales internacionales, que sólo reconoce una petición de nulidad como vía para recurrir judicialmente un laudo. Ello en el entendido de que este remedio satisface la exigencia, pretorianamente derivada por la Corte del texto constitucional, de que toda decisión jurisdiccional de un órgano no-judicial debe estar sujeta a “control judicial suficiente”: la existencia de un recurso judicial para revisar la validez de los laudos por la vía de la petición de nulidad alcanza para cumplir con el estándar de control que la Constitución requiere.

## BOLIVIA

### ARBITRAJE Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA

*Bernardo A. Wayar Ocampo\**

#### I. INTRODUCCIÓN\*\*

El desarrollo del arbitraje en Bolivia ha respondido, sin duda, al impulso y esfuerzo de varios actores, entre ellos, el Tribunal Constitucional Plurinacional que ha tenido un rol fundamental en su consolidación. En efecto, la doctrina del máximo órgano de control de constitucionalidad que constituye jurisprudencia vinculante<sup>191</sup>, ha establecido bases importantes en la determinación de los efectos de cláusula arbitral, el alcance de las causales de nulidad de laudos arbitrales previstas por ley y los límites para acudir a la jurisdicción ordinaria o constitucional para impugnar las decisiones emitidas por los tribunales arbitrales.

No obstante, el arbitraje también ha sido víctima del abuso en el uso de la jurisdicción constitucional no sólo por acudir a ella como si el amparo constitucional fuera un recurso ordinario más, sino por aquellas decisiones erróneas proferidas “por conveniencia”, que, aunque aisladas, podrían afectar la efectividad material del arbitraje como un medio de solución de controversias.

A fin de identificar los beneficios y riesgos de las acciones y recursos constitucionales respecto del arbitraje en Bolivia, el presente ensayo contiene, inicialmente,

---

\* El autor agradece la importante colaboración de Diego Azero y Joaquín Vásquez en la redacción del presente artículo.

\*\* Tabla de Siglas

Nombre	Sigla
<b>Tribunal Constitucional</b>	TC
<b>Tribunal Constitucional Plurinacional</b>	TCP
<b>Sentencia Constitucional</b>	SC
<b>Sentencia Constitucional Plurinacional</b>	SCP
<b>Ley de Arbitraje y Conciliación</b>	LAC
<b>Ley de Conciliación y Arbitraje</b>	LCA
<b>Código Civil</b>	CC
<b>Código Procesal Constitucional</b>	CPC

<sup>191</sup> CPC. “Artículo 15. (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las sentencias) II. Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares.”

una breve explicación del régimen del control constitucional del arbitraje, luego un análisis de algunos casos relevantes resueltos por el TC que han servido de aporte al arbitraje, la ilustración del mal uso de los procesos constitucionales y, para concluir, algunas reflexiones finales.

## II. CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

### A. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

La legislación boliviana reconoce al arbitraje como un medio de solución de conflictos bajo el principio de pluralismo jurídico, y le otorga autonomía e independencia respecto del órgano (poder) judicial. La abrogada Ley 1770 de 10 de marzo de 1997 (“LAC o Ley 1770”) ya definía que *“en las controversias que se resuelvan con sujeción a la presente ley, solo tendrá competencia el tribunal arbitral correspondiente. Ningún otro tribunal o instancia podrá intervenir, salvo que sea para cumplir tareas de auxilio judicial”*<sup>192</sup>. Por su parte, la vigente Ley 708 de 25 de junio de 2015 de Conciliación y Arbitraje (“LCA o Ley 708”) dispone que la cláusula arbitral importa *“la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre controversias sometidas a arbitraje”*<sup>193</sup>; por lo que la autoridad judicial que tome conocimiento de una controversia sujeta a cláusula arbitral tiene el deber de inhibirse.

Para el derecho boliviano, la base y fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, pero entiende que el proceso arbitral debe tramitarse ante un tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias dispuestas por las partes, por el reglamento institucional o por el legislador que configura el marco general y las directrices de la actuación arbitral, desde y con la Constitución, sobre todo si el Laudo Arbitral tiene el valor de sentencia con calidad de cosa juzgada.

Así, la justicia arbitral en Bolivia se caracteriza por su naturaleza procesal en tanto se sujeta a las reglas básicas de todo proceso, como el respeto por los derechos fundamentales de las partes, en especial el acceso a la justicia, el debido proceso, el derecho de defensa, así como el cumplimiento de las normas de orden público que regulan la actuación de los árbitros y de las partes.

Al estar diseñado el arbitraje como un proceso de instancia única, el legislador limitó la intervención judicial al control de la regularidad formal del proceso arbitral. En este esquema, la Ley 708 ha previsto el *“recurso de nulidad”* como único medio de impugnación del Laudo, limitado a ciertas causales enunciadas por la Ley bajo el sistema de lista cerrada o *numerus clausus*. El objeto de la impugnación debe ser fijado por el recurrente, y el recurso de nulidad no revisa los errores *in iudicando* ni la existencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

<sup>192</sup> LAC 1770. Artículo 9.I

<sup>193</sup> LCA 708. Artículo 45

De esta manera, se buscó garantizar que la impugnación del Laudo no se convierta en una segunda instancia de revisión judicial, precautelando la autonomía de la voluntad de las partes que convinieron resolver sus conflictos mediante el arbitraje, en lugar de la vía judicial.

Las causales de nulidad del Laudo Arbitral, que admite la ley arbitral boliviana<sup>194</sup>, se concretan a:

- Materia no arbitrable.
- Laudo Arbitral contrario al orden público.
- Cuando la parte recurrente pruebe cualquiera de las siguientes causales:
  - Que exista nulidad o anulabilidad de la cláusula arbitral o convenio arbitral, conforme la Ley Civil.
  - Que se hubiera afectado al derecho a la defensa de una de las partes durante el procedimiento arbitral.
  - Que el Tribunal Arbitral se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades en el Laudo Arbitral, con referencia a una controversia no prevista en la cláusula arbitral o en el convenio arbitral.
  - Que el Tribunal Arbitral se hubiera compuesto irregularmente<sup>195</sup>.

Según prevén los artículos 113 y 114 de la Ley 708, de verificarse una de las causales previstas, el recurso de nulidad del laudo arbitral debe ser interpuesto ante el árbitro o tribunal arbitral que pronunció el Laudo en el plazo de diez días computables a partir de que el Laudo, o la resolución de complementación, se notifique a las partes. Además, se prevé que este recurso pase en traslado a la contraparte para que, en el mismo plazo, formule una respuesta.

---

<sup>194</sup> Id. Artículo 112

<sup>195</sup> El artículo 63 de la abrogada LAC 1770, igualmente, disponía como causales del entonces “recurso de anulación”, tanto la materia no arbitrable como el Laudo arbitral contrario al orden público. Adicionalmente, establecía las mismas causales presentes en el inciso 3 del artículo 112.I de la LCA 708, y otras consideradas esenciales que no se encuentran en la actual legislación, como la falta de notificación con la designación de un árbitro o con las actuaciones arbitrales y el desarrollo viciado del procedimiento, que vulneren lo pactado y la emisión del laudo fuera del plazo previsto.

La autoridad judicial que conoce el recurso de nulidad debe dictar resolución final en el plazo de treinta días desde la fecha de ingreso del expediente, pudiendo abrir un término probatorio de ocho días. Es importante resaltar que, según establece el artículo 115 de la Ley 708, la resolución que resuelve el recurso de nulidad del Laudo no admite impugnación alguna. En ese sentido, se constituye en un agotamiento de instancias, no pudiéndose interponer ningún otro recurso ulterior.

## B. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Para una mejor comprensión sobre el contenido de este trabajo vamos a referirnos a algunas características de las acciones de inconstitucionalidad y de amparo constitucional, así como del recurso directo de nulidad, que formulados ante la jurisdicción constitucional han sido relevantes para el arbitraje.

### 1. Control de constitucionalidad normativo

En el ámbito del control de constitucionalidad normativo bajo el sistema concentrado (kelseniano), el TCP como máximo intérprete de la Constitución, tiene el monopolio para anular y expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones normativas que sean incompatibles con la Constitución.<sup>196</sup> No actúa *ex officio* y abre su competencia cuando se le plantean las denominadas acciones abstracta<sup>197</sup> y concreta.<sup>198</sup> La primera “(...) es una acción jurisdiccional extraordinaria que tiene por objeto el control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto(...)”<sup>199</sup>; y la segunda, “(...) tiene por objeto el control de Constitucionalidad de la norma para dar respuesta a la exigencia de que se administre justicia sobre la base de normas inequívocamente constitucionales de aplicación a un caso concreto.”<sup>200</sup>

### 2. Control de constitucionalidad tutelar

En Bolivia la acción de amparo constitucional, es un proceso de naturaleza tutelar, de tramitación especial y sumarísima que tiene por objeto restablecer en forma inmediata la

<sup>196</sup> Rivera Santivañez, José Antonio, *Jurisdicción Constitucional*, Tercera Edición, Kipus, 2011, pp.127-132, 140-141.

<sup>197</sup> El Artículo 202-1 Constitucional, otorga legitimación para plantear la acción, al Presidente del Estado, a cualquier senador o diputado, legisladores y máximas autoridades de las entidades territoriales autónomas, y al Defensor del Pueblo.

<sup>198</sup> El Artículo 79 del Código Procesal Constitucional, otorga legitimación para plantear la acción (de oficio o a petición de parte) al órgano jurisdiccional (Juez o Tribunal) y al órgano administrativo (autoridad administrativa).

<sup>199</sup> Perez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Octava Edición, Madrid, 2002, Marcial Pons, pp 950-954

<sup>200</sup> id.

situación jurídica perturbada frente a un agravio concreto a un derecho fundamental o una garantía constitucional, por actos ilegales u omisiones indebidas de autoridades públicas o particulares.<sup>201</sup>

Se plantea entonces la cuestión sobre la que, al no gozar los árbitros de autoridad pública, y por el contrario, al ser personas particulares, podría activarse la acción de amparo constitucional en forma directa contra los laudos que profieran.

Sin embargo, su naturaleza subsidiaria importa que para el planteamiento de esta acción deban agotarse los recursos o las vías que pudieran reparar las lesiones a los derechos o garantías fundamentales. En el arbitraje ese medio o vía útil es el recurso de nulidad del laudo arbitral, de conocimiento judicial. Entonces... ¿Por qué plantear una acción tutelar en contra de los actos ilegales u omisiones indebidas de los árbitros?

Al presente, la respuesta no es compleja. El proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, y el laudo arbitral es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y resuelve de manera definitiva la cuestión examinada. Adicionalmente, los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la que además ha sido calificada legalmente como un servicio público. Por tal razón, no cabe duda que las actuaciones y decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculadas por los derechos y garantías fundamentales, y que la tutela es procedente cuando estos son vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral.

Pero, aun así, la acción de amparo constitucional no se plantea en contra de los árbitros porque no son ellos los que están facultados para resolver el recurso de nulidad ni pueden ser jueces de su propia decisión. Esto se debe a que, en el sistema arbitral boliviano, es el juez de nulidad el llamado a ejercer un control de la regularidad formal del laudo y, de concurrir una causal de nulidad vinculada con un derecho fundamental procesal o de contenido sustantivo siempre que la violación tuviera su origen directo e inmediato en un acto ilegal u omisión indebida del tribunal arbitral, debe declararla y anular la decisión arbitral.

La doctrina del TCP, desarrollada por su jurisprudencia, establece estrictos parámetros y límites para que la justicia constitucional pueda realizar la labor de “revisión de la interpretación de la legalidad ordinaria” por la incorrecta interpretación de la ley realizada por una autoridad judicial. Conforme establece la uniforme jurisprudencia constitucional: *“resulta exigible que la parte accionante muestre por qué la interpretación desarrollada por las autoridades, vulneró sus derechos y garantías previstos por la*

---

<sup>201</sup> El Artículo 129 Constitucional establece un plazo de seis meses para la interposición de la acción de amparo constitucional a partir de la vulneración o notificación con la resolución lesiva, la que, admitida, se resuelve en audiencia dentro de las siguientes 48 horas. Si la Sala Constitucional, concede la tutela, declarará la nulidad del acto lesivo y la retroacción del procedimiento. El fallo del Tribunal de Garantías se envía de oficio al TCP para su revisión y emisión de la Sentencia Constitucional.

*Constitución Política del Estado, estableciendo o permitiendo inferir la dimensión en la que se produjo la vulneración, a saber por incorrecta aplicación del ordenamiento jurídico, falta de motivación y congruencia o valoración probatoria apartada del margen de razonabilidad y equidad”.*

*Asimismo, “para que la jurisdicción constitucional analice la actividad interpretativa realizada por los tribunales de justicia, los accionantes deben hacer una sucinta, pero precisa relación de vinculación entre los derechos fundamentales invocados y la actividad interpretativa-argumentativa desarrollada por la autoridad judicial. Demostrando ante esta justicia constitucional que se abre su competencia, en miras a revisar un actuado jurisdiccional, sin que ello involucre que la instancia constitucional asuma un rol casacional, impugnatio o supletorio de la actividad de los jueces.*

*De lo referido solo resulta exigible una precisa presentación, por parte de los accionantes, que muestre a la justicia constitucional porqué la interpretación desarrollada por las autoridades vulnera derechos y garantías previstos por la Constitución, a saber en tres dimensiones distintas: a) Por vulneración del derecho a una resolución congruente y motivada que afecta materialmente al derecho al debido proceso y a los derechos fundamentales que se comprometen en función de tal determinación; b) Por una valoración probatoria que se aparta de los marcos de razonabilidad y equidad; y, c) Por una incorrecta aplicación del ordenamiento jurídico, que más allá de las implicancias, dentro del proceso judicial o administrativo, lesiona derechos y garantías constitucionales”<sup>202</sup>*

La Acción de Amparo Constitucional debe ser interpuesta ante el Tribunal de Garantías de turno del distrito judicial donde se emitió el fallo, el cual, a tiempo de correr en traslado a la autoridad demandada, determina fecha y hora de audiencia, no posterior a las 48 horas de presentada la Acción. Habiendo escuchado los argumentos de las partes, el Tribunal de Garantías está obligado a emitir una Resolución Constitucional en la misma audiencia. Si dicha resolución concede la tutela y ordena la restitución de derechos y garantías restringidos, corresponde que se declare la nulidad del acto lesivo; lo que significa, en el caso del recurso de nulidad del Laudo, dejar sin efecto la resolución que rechaza o declara procedente el recurso de nulidad, ordenando que la autoridad judicial emita nueva resolución que no lesione los derechos constitucionales del accionante.

El fallo del Tribunal de Garantías es provisional, debiéndose elevar los antecedentes de la Acción de Amparo Constitucional al TCP para su revisión y posterior emisión de la Sentencia Constitucional Plurinacional que adquiere la calidad de jurisprudencia vinculante. No obstante, al tratarse de la restitución de derechos constitucionales, la Resolución Constitucional del Tribunal de Garantías es de ejecución inmediata y

---

<sup>202</sup> Sentencia Constitucional 1631/2013 de 4 de octubre, reiterada por las Sentencias Constitucionales 0259/2014 de 12 de febrero, SCP 0340/2016-S2 de 08 de abril y SCP 1481/2016-S3 de 16 de diciembre.



obligatoria, sin perjuicio de que quede pendiente la confirmación o revocación del fallo por parte del TCP.

El TCP, tras la recepción de la acción, tiene el plazo de diez días para remitir los antecedentes a la comisión de admisión, que es la encargada de realizar el sorteo para la asignación del Magistrado Relator para que conozca la Acción de Amparo Constitucional, en revisión. Según señala el Código Procesal Constitucional, el Magistrado Relator, en las Acciones de Amparo Constitucional, tiene el plazo de treinta días, siguientes al sorteo, para resolver la Acción y emitir la Sentencia Constitucional Plurinacional respectiva. Sin embargo, debido a la sobrecarga procesal, estos plazos no se cumplen y en la práctica, generalmente, una Sentencia Constitucional Plurinacional se emite después de transcurrido un año desde que la acción es recibida por el TCP.

### 3. Recurso directo de nulidad

El Artículo 122 de la Constitución boliviana, establece que “son nulos los actos de las personas que usurpen funciones que no les competen, así como los actos de los que ejercen jurisdicción o potestad que no emane de la ley”. La vía procesal por la que se declara esa nulidad constitucional es el recurso directo de nulidad.<sup>203</sup>

En principio, este recurso no debería ser analizado en relación al arbitraje, ya que, como vimos anteriormente, la ley de arbitraje boliviana contiene los mecanismos de impugnación –específicos- correspondientes. Adicionalmente, como claramente se establece por el artículo 143 del Código Procesal Constitucional está dirigido contra los actos de órganos u autoridades públicas.<sup>204</sup> Sin embargo, como se desarrolla más adelante, el recurso directo de nulidad fue utilizado por la Procuraduría General del Estado (PGE) para lograr la anulación por parte del TCP de un Laudo Arbitral con el valor de sentencia pasada en autoridad de juzgada proferido cuatro (4) años antes contra una empresa estatal, generando un precedente lamentable.

## III. APORTES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL AL ARBITRAJE EN BOLIVIA

Expuesto el panorama del ordenamiento jurídico boliviano respecto a la impugnación del Laudo Arbitral y el control de tutela por parte del TCP, corresponde analizar líneas jurisprudenciales y Sentencias Constitucionales que han contribuido con el desarrollo del arbitraje en Bolivia.

### A. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO *KOMPETENZ – KOMPETENZ*

<sup>203</sup> Artículo 143 de Código Procesal Constitucional: “El Recurso Directo de Nulidad tiene por objeto declarar la nulidad de los actos de Órganos o autoridades públicas que usurpen funciones que no les competen, así como ejercer jurisdicción o potestad que no emane de la Ley”.

<sup>204</sup> Id.

El principio *Kompetenz – Kompetenz*<sup>205</sup>, en virtud del cual el Tribunal Arbitral se encuentra facultado para decidir sobre su propia competencia,<sup>206</sup> fue reconocido por el TC en la SC N° 017/2001 que resolvió el recurso indirecto de inconstitucionalidad planteado contra el artículo 32<sup>207</sup> de la Ley 1770, con el argumento que dicha norma entraba en contradicción con el Artículo 116-II y III de la Constitución Política del Estado que dispone que no pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción y que la facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso-administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional,<sup>208</sup> así como con el artículo 30 de la Carta Fundamental que establece que los poderes públicos no podrán delegar las facultades que les confiere esta Constitución y con el artículo 546 del CC que señala que la nulidad y la anulabilidad de los contratos serán pronunciados judicialmente.

El órgano de control de constitucionalidad desestimó el recurso y entre otros razonamientos, expresó que *“el parágrafo II del Artículo 32 de la Ley N° 1770 ....así como el Artículo 12-II y III de la Ley N° 1770, al otorgar la posibilidad de que una decisión arbitral declare la nulidad de un contrato sin que ello determine necesariamente la nulidad del convenio arbitral, así como al ordenar que la autoridad judicial se inhiba de conocer el caso si está sujeto a convenio arbitral, ó que interpuesta la excepción de arbitraje pueda declararla probada o desestimarla...”* (subrayado propio) no conllevan delegación ni desconocimiento de las facultades propias del Poder Judicial ni atentan contra el principio de unidad jurisdiccional.<sup>209</sup>

<sup>205</sup> Ver: LAC 1770 Artículo 32 *supra*. Ver también: Ley de Conciliación y Arbitraje N° 708 de 25 de junio de 2015, Artículo 80 para. II: *“II. La o el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez de la cláusula arbitral o convenio arbitral.”*

<sup>206</sup> Rivera, Julio César. “Comentarios a la jurisprudencia argentina en materia de arbitraje comercial”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, (© Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN); IproLex 2010, Volumen 3 Nro. 3) pp. 899 - 932 *“Es sabido que, por principio, incumbe al propio tribunal arbitral resolver sobre su competencia; regla esencial en esta materia que se expresa bajo la fórmula “competencia – competencia” y cuyo efecto positivo se extiende en dos planos, legitimando al tribunal arbitral a resolver sobre la validez del acuerdo arbitral y si la causa está comprendida o no en el acuerdo arbitral.”*

<sup>207</sup> LAC 1770: Artículo 32 *“I. El Tribunal Arbitral tendrá facultad para decidir acerca de su propia competencia y de las excepciones relativas a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral. II. La decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato, no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral.”*

<sup>208</sup> Zavala Egas, J. (2000). La unidad jurisdiccional. *Iuris Dictio*, 1(1). <https://doi.org/10.18272/iu.v1i1.467>. *“- La unidad jurisdiccional es el principio aplicable al ejercicio de la potestad jurisdiccional por el cual le compete sólo a los órganos —jueces y tribunales-judiciales, en su función aplicativa, determinar lo que es Derecho en caso concreto y en forma irrevocable, esto es, con fuerza de cosa juzgada, a través del proceso y dentro del ámbito constitucionalmente demarcado.”*

<sup>209</sup> Sentencia Constitucional N° 017/2001, Sucre, 19 de marzo de 2001. CONSIDERANDO IV.4. *“Que el parágrafo I del Artículo 32 de la Ley N° 1770 no tiene ninguna relación con las normas constitucionales que supuestamente contradice. Por su parte, el parágrafo II de dicha disposición*

Posteriormente, en la Sentencia Constitucional Plurinacional N° 2471/2012 de fecha 22 de noviembre de 2012, el Tribunal Constitucional Plurinacional reconoció expresamente que es el propio tribunal arbitral, el ente llamado a determinar si el conflicto que se le pone en frente representa un tema de índole privado o si se trata de un conflicto que surge de “materia no arbitrable”: *“La identificación de la arbitrabilidad de una problemática pasa por realizar varias disquisiciones y consideraciones, las mismas que deben realizarse **en primer término** por el propio Tribunal Arbitral, que se encuentra plenamente habilitado a abrir su propia competencia (principio Kompetenz- Kompetenz), por instancias de auxilio judicial, por instancias que deben reconocer la validez del laudo, o llegado el caso a través de la jurisdicción constitucional cuando así corresponda, en el ejercicio de un control extraordinario competencial”*. (Subrayado añadido).

## B. LA AUTONOMÍA Y SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

La jurisprudencia constitucional ha mostrado las concepciones tradicionales por las que aun y pese a la legislación arbitral, se considera que el convenio arbitral es parte indivisible del contrato principal.

La doctrina actual tiende claramente a señalar que el convenio arbitral es un contrato independiente y separado de la relación contractual comercial como tal. Así González de Cossío y Rivera reconocen y defienden la separabilidad y la autonomía de la cláusula arbitral.<sup>210</sup>

Esta doctrina ha sido acogida en la legislación nacional con la aprobación de la Ley 1770,<sup>211</sup> actualmente contenida en el artículo 44 de la Ley 708 que reconoce de manera expresa la autonomía de la cláusula arbitral.<sup>212</sup> Sin embargo, la adición del párrafo

---

*legal así como el Artículo 12-II y III de la Ley N° 1770, al otorgar la posibilidad de que una decisión arbitral declare la nulidad de un contrato sin que ello determine necesariamente la nulidad del convenio arbitral, así como al ordenar que la autoridad judicial se inhiba de conocer el caso si está sujeto a convenio arbitral, ó que interpuesta la excepción de arbitraje pueda declararla probada o desestimarla, no conllevan delegación ni desconocimiento de las facultades propias del Poder Judicial ni atentan contra el principio de unidad jurisdiccional; por ende, no contradicen los arts. 30 y 116-III de la Constitución, ya que la Ley N° 1770 establece expresamente las atribuciones del tribunal arbitral, así como sus limitaciones, detallando en el Artículo 6 las materias excluidas de arbitraje, dentro de las que se encuentra la referente a la capacidad de las personas esgrimida en el proceso principal que origina el presente Recurso.”*

<sup>210</sup> Ver: González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, 2014. P.

433. *“El principio de separabilidad del acuerdo arbitral es uno de los dos cines clásicos del derecho arbitral. Junto con compétece de la compétece, constituye uno de sus principios más característicos. Esto es sabido y comúnmente repetido.”* Ver también Rivera, Julio César “Arbitraje Comercial”, *“(…) la cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro del contrato, por lo que se predica su autonomía o separabilidad.”*

<sup>211</sup> LAC 1770 Artículo 11. *“(Autonomía del convenio arbitral) Todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo.”*

<sup>212</sup> LCA 708 Artículo 44. *“(AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL O CONVENIO ARBITRAL). I. Toda cláusula arbitral o convenio arbitral que forme parte de un contrato, se considera como un*

segundo del artículo 44 de la Ley 708 surgió de un cúmulo de jurisprudencia que derivó en una regulación más ordenada sobre el alcance del principio de autonomía de la cláusula arbitral.

En el año 2003, el TC conoció un recurso que pretendía se imponga una renuncia al arbitraje *ex post facto*. El TC en su análisis referido al convenio arbitral contenido en el contrato, reafirmó el precepto legal contenido en el referido artículo 11 de la Ley 1770, en sentido que “[...] *todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo*”.<sup>213</sup>

En 2018, en vigencia de la Ley 708, una nueva acción tramitada ante el TCP pretendía se determine la cesación de los efectos del pacto arbitral debido a que el contrato principal fue resuelto de manera unilateral por una de las partes. El TCP desestimó la pretensión y reiteró su posición con relación a la naturaleza del pacto arbitral y su independencia del contrato principal al manifestar que: “[...] *se advierte que el acuerdo arbitral goza de autonomía respecto del contrato principal en el que se encuentra inserto, por lo que su eficacia no se ve afectada por las causas que podrían invalidar el contrato principal*”.<sup>214</sup>

El órgano de control de tutela, revirtió así un *sui generis* fallo judicial que interpretaba que, al ser la voluntad de una de las partes resolver el contrato principal, todo el acuerdo quedaría “*sin efecto*”; el TCP en la SCP 0613/2018-S1 de 11 de octubre de 2018,

---

*acuerdo independiente y autónomo con relación a las demás estipulaciones del mismo. II. La nulidad o anulabilidad, ineficacia o invalidez del contrato no afectará a la Cláusula Arbitral o al Convenio Arbitral.”*

<sup>213</sup> Sentencia Constitucional 1424/2003-R, Sucre, 29 de septiembre de 2003 “*III.1. El Artículo 10 LAC establece que el convenio arbitral se instrumenta por escrito, sea como cláusula de un contrato principal o por acuerdo separado del mismo. Su existencia deriva de la suscripción de un contrato principal o de un convenio arbitral específico o del intercambio de cartas, telex, facsímiles o de cualquier otro medio de comunicación, que deje constancia documental de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje. La referencia hecha en un contrato diferente a un documento que contenga el convenio arbitral constituye constancia del mismo, siempre que dicho contrato conste por escrito y que la referencia implique que el convenio arbitral forma parte del contrato. El Artículo 11 de dicha Ley determina que todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo.*”

<sup>214</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 0613/2018-S1, Sucre, 11 de octubre de 2018. “[...] *los Vocales ahora demandados, expresaron que como efecto de la resolución unilateral del contrato de iguala profesional, quedó sin efecto la cláusula relativa a la solución de controversias que podría suscitarse entre partes, por ser un efecto proveniente de los contratos bilaterales, donde las partes se obligan de manera recíproca y ante la voluntad de una de ellas, queda sin efecto todo lo pactado, incluida como se manifestó, la cláusula arbitral; no explicaron de manera clara y concisa, con fundamentos de hecho y derecho, ni con base a preceptos normativos, por qué no consideraron lo establecido en los arts. 11 de la Ley de Arbitraje y Conciliación, vigente a momento de la suscripción del contrato de iguala profesional y el Artículo 44 de la actual Ley de Conciliación y Arbitraje, que conforme se desarrolló en el Fundamento Jurídico III.2 de este fallo constitucional, de manera categórica determinan que todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal, se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo*”.

dijo que la Sala de apelaciones no había considerado la naturaleza autónoma de la cláusula arbitral cuando esta se encuentra inserta en un contrato principal y, por lo tanto, el Auto de Vista emitido por esta Sala, al esgrimir argumentos sin la debida fundamentación, vulneró el derecho al debido proceso del accionante.

### C. LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE EN EL PROCESO PENAL

Una decisión polémica ha sido la contenida en la Sentencia Constitucional 2634/2010-R que admitió la posibilidad de interponer una excepción de arbitraje en procesos penales que tengan como foco central un contrato suscrito entre las partes en conflicto. Tanto el régimen de la Ley 1770, como la regulación de la Ley 708 establecen que, ante la existencia de un convenio arbitral, se entiende que las partes que lo han suscrito han renunciado a interponer cualquier tipo de proceso judicial<sup>215</sup>.

En mayo de 2019, el TCP conoció una acción de amparo constitucional que surgió a raíz de una denuncia penal de falsedad material e ideológica<sup>216</sup>. En este caso, el acusado emitió boletas de garantía que, tras haber sido cotejadas con la institución supuestamente emisora, habrían resultado ser falsas. El acusado interpretó este conflicto como uno que derivaba de un contrato comercial que contenía una cláusula arbitral y, por lo tanto, interpuso una excepción de arbitraje dentro del proceso penal.

El TC recogió el criterio vertido por la SC 2634/2010-R y determinó que la aplicabilidad de la excepción de arbitraje se sustenta en la relación entre la naturaleza del conflicto y el delito que presuntamente se habría cometido<sup>217</sup>. Este criterio se entiende relevante porque no se basa en la inaplicabilidad del régimen arbitral en determinadas situaciones de naturaleza penal; al contrario, la decisión del TC se fundamenta en la separación que existe entre la comisión de un delito y el incumplimiento contractual, demostrando que no es suficiente la interposición de una denuncia para evitar el advenimiento de un arbitraje comercial.

<sup>215</sup> Ver: LCA Artículo 45. “(Excepción de Arbitraje). I. La existencia de una cláusula arbitral o convenio arbitral, importa la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre controversias sometidas a arbitraje.” Ver también: LAC Artículo 12 “(Excepción de arbitraje) I. El convenio arbitral importa la renuncia de las partes a iniciar proceso judicial sobre las materias o controversias sometidas al arbitraje.”

<sup>216</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 0310/2019-S2 Sucre, 29 de mayo de 2019.

<sup>217</sup> Id. “...la naturaleza de la excepción de incompetencia, que en este caso en particular fuera sustentada por el carácter civil de los hechos controvertidos y la obligatoria sujeción a la vía arbitral, no condice al contexto del juicio penal en el que fue planteada, que responde a la averiguación de la comisión de un delito de acción pública, sus autores o partícipes y su consecuente sanción, que no guarda relación alguna con el contenido del contrato en sí y las cuestiones que le atañen a éste; al contrario, sólo se supedita a investigar la presunta comisión de ilícitos de interés social, en el caso en cuestión, dentro de un proceso en el que intervendría el interés del Estado a través del Ministerio Público en defensa de la sociedad, entidad que está obligada a perseguir hechos con preeminencia penal... (las negrillas fueron añadidas).”

La excepción de arbitraje en materia penal ha sido interpretada de una manera amplia por el TCP, de tal manera que permite a las partes evitar el abuso de la jurisdicción penal, como sucede en numerosas ocasiones con delitos patrimoniales como la estafa.

En el año 2013, el TCP resolvió una acción de amparo constitucional, en la que, ante el incumplimiento de contrato, la parte querellante en el proceso penal acusó de estafa al representante legal de su contraparte y este último invocó la excepción de arbitraje alegando que el incumplimiento contractual no es una base suficiente para obviar la competencia del tribunal arbitral<sup>218</sup>.

En este caso el órgano de control de tutela afirmó que la facultad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral para resolver cualquier controversia relacionada con la ejecución de un contrato, es *privativa* de las partes suscribientes del convenio arbitral. Por lo tanto, se distingue a la persona jurídica titular del contrato, de su representante legal, el cual no puede acogerse a esta excepción para evitar una denuncia de estafa, debido a que, a pesar de que firmó el contrato en cuestión, lo hizo por interpósita persona<sup>219</sup>.

Finalmente, es posible apreciar que, con relación a la excepción de arbitraje en materia penal, el TCP ha sido un factor positivo que ha acompañado la adopción del arbitraje como medio de resolución de controversias, y la modulación de su jurisprudencia servirá para evitar el abuso del derecho, tanto para evadir la justicia penal como para forzar su aplicación cuando en realidad existe un acto lesivo meramente civil.

#### D. NATURALEZA DEL RECURSO DE NULIDAD

Respecto al recurso de nulidad del laudo arbitral, la jurisprudencia constitucional boliviana ha mantenido un criterio constante a partir de la Sentencia Constitucional 0646/2003-R de 13 de mayo. Si bien dicha sentencia fundadora, como muchas otras reiterativas, se emitieron cuando todavía estaba vigente la abrogada Ley 1770 y el recurso se denominaba

<sup>218</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 0245/2013-L, Sucre, 15 de abril de 2013 “(...) *deberá tomarse en cuenta, el fundamento principal expuesto por la Sala Penal Primera de la Corte Superior de Justicia de Oruro, en el Auto de Vista 13/2011, por el que determinaron confirmar el Auto 754/2010; fundamento legal que textualmente dice: “Es cierto, conforme expresa el apelante que la existencia de una cláusula arbitral implica un tratamiento especial, no solo en materia penal sino en todo proceso judicial, facultando inclusive a las partes formulen la excepción de arbitraje, por tratarse de un medio de solución alternativa de conflictos libre y voluntariamente consentida por los contratante”.*

<sup>219</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 0310/2019-S2, Sucre, 29 de mayo de 2019 “*Debe entenderse de manera precisa que la facultad de someterse a la jurisdicción arbitral en mérito de una cláusula arbitral corresponde de forma exclusiva o si se quiere es facultad privativa de las 'partes' que hubieran suscrito un acuerdo libre y voluntariamente. En el presente caso, de acuerdo al contrato de prestación de servicios acreditado por el propio imputado, se tiene que las partes constituyen los señores Ronald Raúl López Pérez, Pamela Ibarra Condarco y la Corporación Legal Bolivia, representada según el tenor de dicho contrato por el ahora imputado, por tanto éste como persona natural no se encuentra facultado a reclamar por sí mismo el sometimiento a la jurisdicción especial como es la de un tribunal arbitral, facultad que en todo caso corresponde ejercitarla a la Corporación Legal Bolivia...*” (sic).”

“de anulación”<sup>220</sup>, las posteriores sentencias, estando ya vigente la Ley 708, mantuvieron la misma línea jurisprudencial sobre la naturaleza del ahora denominado “recurso de nulidad del Laudo Arbitral”<sup>221</sup>. El criterio invariable consiste en que el recurso de nulidad del Laudo Arbitral, únicamente, faculta a la autoridad judicial a revisar la concurrencia o no de una de las causales de nulidad, enunciadas taxativamente por la ley; y no así con respecto al fondo o pertinencia legal de los fundamentos del Laudo<sup>222</sup>.

Este fundamento fue mantenido por sucesivas sentencias análogas, las cuales, a su vez, fueron añadiendo algunos argumentos para fortalecer el mismo razonamiento. Por ejemplo, la Sentencia Constitucional 0093/2006-R de 28 de noviembre reitera el criterio, según el cual, la potestad del juez “*se circunscribe a la labor de verificar si existe ciertamente alguna o algunas de las causales establecidas por ley que hagan procedente tal recurso*” (el de anulación); sin embargo, además del argumento concerniente a la legalidad<sup>223</sup>, añade el argumento contractual, por el que “*si se permitiera que el juez que dispone la anulación del laudo arbitral resuelva el fondo del diferendo, se estaría desconociendo la voluntad de las partes que suscribieron el compromiso arbitral para que sea un tribunal distinto al judicial el que resuelva su controversia [...]*”.

La vigencia de la Constitución Política del Estado de 2009, y la resistencia del gobierno al arbitraje, no afectaron la línea jurisprudencial del TC que mantuvo su doctrina. Un ejemplo de ello es la SCP 0616/2011-R de 3 de mayo, que es reiterativa al afirmar que al juez, únicamente, le corresponde “[...] *velar por el cumplimiento y la existencia de una causal legal de anulación a efecto de la validez de la misma, y por ende disponer la anulación del laudo sin que le sea posible ingresar, analizar y sustituir la función del Tribunal Arbitral que es el que tiene la facultad de resolver en el fondo la demanda arbitral [...]*”.

La Ley 708, en su artículo 48, “innovó y definió” que el proceso arbitral se dividiría en la etapa inicial, la etapa de méritos, la etapa de elaboración y emisión del Laudo Arbitral

<sup>220</sup> LAC 1770, Artículo 62. (Recurso de anulación). - “*Contra el laudo dictado por el Tribunal Arbitral sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo arbitral, debe fundamentarse y basarse exclusivamente en las causales señaladas en el siguiente artículo*”.

<sup>221</sup> LCA 708, Artículo 111°.- (Recurso de nulidad del laudo arbitral) “*Contra el Laudo Arbitral dictado, sólo podrá interponerse recurso de nulidad del Laudo Arbitral. Este recurso constituye la única vía de impugnación del Laudo Arbitral*”.

<sup>222</sup> Sentencia Constitucional 0646/2003-R de 13 de mayo: “[...] *la autoridad judicial competente tiene facultad para anular el Laudo Arbitral por las causales descritas en el Artículo 63 de la LAC o declarar improcedente el recurso al no ser evidentes las mismas, pero en ningún caso para modificar el Laudo, pues el pronunciamiento en el fondo de la controversia, es una facultad privativa del Tribunal Arbitral, como se extrae del contenido de los arts. 9.I, 54, 62 y 63 de la LAC*”.

<sup>223</sup> Sentencia Constitucional 0093/2006-R de 28 de noviembre: “[...] *se estaría atribuyendo al juez una competencia que la ley no le reconoce, dado que su labor debe limitarse solamente a comprobar la existencia de una causal legal de anulación y, por ende, disponer la anulación del laudo, sin que le sea posible suplantarse la función del tribunal arbitral [...]*”.

y la etapa recursiva. En esta última etapa se establece, como único medio de impugnación del Laudo Arbitral, el recurso de nulidad. Al respecto, la SCP 1481/2016-S3 de 16 de diciembre (en adelante, SCP 1481/2016-S3) sostiene que la Ley 708 introdujo una nueva fórmula arbitral con nuevos institutos que viabilizan del procedimiento arbitral y flexibilizan su desarrollo, sobre la base del principio de primacía de la autonomía de la voluntad de las partes. Así también, según señala la SCP 1481/2016-S3, la fórmula arbitral introducida por la Ley 708 deja de lado los formalismos para adoptar “*una posición más dispositiva o contractual tanto respecto a la determinación del contenido del convenio y la cláusula arbitral como en relación a la designación de árbitros, operando en el mismo sentido ya en el desarrollo del procedimiento arbitral desde la etapa inicial, de méritos, de elaboración y emisión del Laudo Arbitral*”.

Ahora bien, con respecto a la impugnación de los laudos, la SCP 1481/2016-S3 sostiene que la ejecución del Laudo Arbitral es “*contundentemente jurisdiccionalista*” por su eficacia de cosa juzgada y porque se restringe taxativamente la etapa recursiva. Esta restricción taxativa consiste en que, si bien, bajo su concepción original, el proceso arbitral excluye toda idea de impugnación, la legislación sí reconoce el derecho a impugnar, pero “*en un sentido estricto a fin de corregir vicios o irregularidades en los actos arbitrales*”<sup>224</sup>. La restricción taxativa de la impugnación del laudo se ve reflejada en la delimitación de supuestos en los que procede la nulidad del mismo, tal como establece el artículo 112 de la mencionada Ley 708<sup>225</sup>, en semejanza (aunque con algunas causales relevantes a los derechos procesales) a lo que disponía el artículo 63 de la abrogada Ley 1770<sup>226</sup>.

El recurso de nulidad regulado en la Ley 708, restringe aún más la etapa recursiva que el derogado recurso de anulación, al reducir los supuestos de nulidad del laudo. Sin

<sup>224</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 1481/2016-S3

<sup>225</sup> LCA 708. Artículo 112°. - (Causales de nulidad del laudo arbitral) “*La autoridad judicial competente declarará la nulidad del Laudo Arbitral por las siguientes causales: 1. Materia no arbitrable. 2. Laudo Arbitral contrario al orden público. 3. Cuando la parte recurrente pruebe cualquiera de las siguientes causales: a) Que exista nulidad o anulabilidad de la cláusula arbitral o convenio arbitral, conforme la Ley Civil. b) Que se hubiera afectado al derecho a la defensa de una de las partes, durante el procedimiento arbitral. c) Que el Tribunal Arbitral se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades en el Laudo Arbitral, con referencia a una controversia no prevista en la cláusula arbitral o en el convenio arbitral. d) Que el Tribunal Arbitral se hubiera compuesto irregularmente*”.

<sup>226</sup> Artículo 63. (Causales de anulación). - “*I. La autoridad judicial competente anulará el laudo arbitral, por las siguientes causales: 1. Materia no arbitrable. 2. Laudo arbitral contrario al orden público. II. La autoridad judicial competente también podrá anular el laudo cuando la parte recurrente pruebe cualquiera de las siguientes causales: 1. Existencia de los casos de nulidad o anulabilidad del convenio arbitral, conforme a normas del Código Civil. 2. Falta de notificación con la designación de un árbitro o con las actuaciones arbitrales. 3. Imposibilidad de ejercer el derecho de defensa. 4. Referencia del laudo a una controversia no prevista en el convenio arbitral o inclusión en el mismo de decisiones y materias que exceden el referido convenio arbitral, previa separación de las cuestiones sometidas a arbitraje y no sancionadas con anulación. 5. Composición irregular del Tribunal Arbitral. 6. Desarrollo viciado del procedimiento, que vulneren lo pactado, lo establecido en el reglamento adoptado o lo prescrito en la presente ley. 7. Emisión del laudo fuera del plazo previsto por el artículo 55 parágrafo i de la presente Ley*”.



embargo, el principio sigue siendo el mismo; de modo que la mencionada SPC 1481/2016-S3, sobre el recurso de nulidad dispuesto por la Ley 708, mantiene la línea jurisprudencial constitucional sentada y reiterada bajo la vigencia del derogado recurso de anulación. Veamos:

*“En ese sentido, el recurso de nulidad previsto por la nueva Ley de Conciliación y Arbitraje no concentra su finalidad en determinar si un laudo está desarrollado dentro del marco de lo justo, sino en la nulidad del mismo; toda vez que, a la jurisdicción ordinaria no le está permitida juzgar la valoración o aplicación de la ley realizada por los árbitros como tampoco las convicciones resueltas por estos en equidad, de esta manera, el Artículo 111 de la Ley 708, introduce el procedimiento del recurso de nulidad del laudo arbitral, reconocido por su naturaleza extraordinaria, como el único medio de impugnación, estableciendo causales expresas que taxativamente se identifican en el Artículo 112 de esa Ley, sobre la base de motivos tasados que tienden a mantener la efectividad de los laudos adoptados por el Tribunal Arbitral o el Árbitro único como una de sus características fundamentales, restringiendo la efectividad de dichas causales a irregularidades adjetivas o errores dentro del proceso y solo las tasadas en la merituada disposición, mas no a irregularidades sustantivas, toda vez que se trata de un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral y no de una vía o instancia en la que revise el fondo de la controversia resuelta por el laudo”<sup>227</sup>. (Subrayado añadido)*

Esta apreciación ha sido reiterada por fallos recientes, como la Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2019-S4 de 1 de Abril que sostiene: *“De ese modo, se introdujo en la legislación vigente la posibilidad de impugnar el laudo arbitral, pero en un sentido estricto, a fin de corregir vicios o irregularidades en los actos arbitrales y en ese contexto, el recurso de nulidad en estudio, no concentra su finalidad en determinar si un laudo está desarrollado dentro del marco de lo justo, sino en la nulidad del mismo”<sup>228</sup>.*

Se entiende así que el artículo 112 de la Ley 708 define causales expresas, taxativas y limitadas, manteniéndose la efectividad material de los laudos adoptados por los árbitros, los que solo pueden ser anulados debido a *“irregularidades adjetivas”* o a *“errores dentro del proceso”*, pero no a *“irregularidades sustantivas”*. Por ejemplo, la garantía del debido proceso o el derecho a la defensa son de naturaleza adjetiva, por lo que corresponde la impugnación del Laudo con el fin de que se cumplan los procedimientos relativos a las

<sup>227</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 1481/2016-S3.

<sup>228</sup> Id. *“...a la jurisdicción ordinaria, no le está permitido juzgar la valoración o aplicación de la ley realizada por los árbitros, como tampoco las convicciones resueltas por estos en equidad”*

garantías jurisdiccionales de las partes, pero no con respecto a los errores de fondo de los árbitros<sup>229</sup>.

## E. CAUSALES DE NULIDAD

La jurisprudencia constitucional también ha abordado, en específico, las causales de procedencia del recurso de nulidad del laudo arbitral, previstas por el artículo 112 de la Ley 708, que ya se encontraban legisladas por el artículo 63 de la Ley 1770 abrogada. Si bien no ha analizado con la misma exhaustividad a cada una de las causales de nulidad del laudo, es posible sistematizar los aportes jurisprudenciales en tres grandes áreas: (i) materia no arbitrable, (ii) laudo arbitral contrario al orden público y (iii) otras causales.

### 1. Materia no arbitrable

Previamente a analizar los aportes jurisprudenciales a este presupuesto de nulidad del laudo arbitral, corresponde señalar que la *no arbitrabilidad* es una excepción; es decir, se entiende que, por el principio de autonomía de la voluntad, todos los conflictos pueden ser sometidos al arbitraje, excluyéndose solamente aquellas materias explícitamente prohibidas por la Ley. Si bien es relevante la taxatividad normativa como delimitación a la materia no arbitrable, la regla general que distingue entre materia arbitrable y no arbitrable es la “*disponibilidad de los derechos*”. Así, la justificación de la existencia de supuestos de materias no arbitrables radica en que la autonomía de la voluntad no es absoluta, sino que está limitada por el orden público.

La materia no arbitrable es una causal de nulidad del laudo prevista por el artículo 112 de la Ley 708, que ya se encontraba en el artículo 63 de la LAC 1770 abrogada. Es así que encontramos jurisprudencia constitucional anterior a la vigencia de la Ley 708 que expone abundantemente en qué consiste la arbitrabilidad o no arbitrabilidad de una disputa.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 2471/2012 de 22 de noviembre (en adelante SCP 2471/2012)<sup>230</sup> sostiene que “*La arbitrabilidad es un elemento imprescindible en un acuerdo de someter un litigio al ámbito del arbitraje*”, por lo que “*es imperativo que el Tribunal Arbitral abra su competencia exclusivamente para conocer problemáticas que el Legislador admite como arbitrables*”. En ese sentido, esta Sentencia señala que la determinación sobre si un asunto tiene o no vocación arbitrable depende dos tipos de parámetros: objetivos (*ratione materiae*) y subjetivos (*ratione personae*).

<sup>229</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2019-S4.

<sup>230</sup> Posteriormente analizaremos más a fondo la parte resolutive de esta Sentencia Constitucional, pues, a partir de una errónea interpretación del artículo 546 del CC, hace una valoración limitativa de las facultades de los árbitros, excluyendo el régimen de nulidad del contrato de las materias arbitrables. Este error, que además entra en contradicción con anteriores fallos, no afecta la parte de la fundamentación jurídica de dicha Sentencia que se refiere a la naturaleza de la arbitrabilidad o no arbitrabilidad. Por ello, aunque el fallo, entendemos, es equívoco y sienta un precedente negativo para el desarrollo del arbitraje, sus previas valoraciones sobre la materia arbitrable son un aporte a la construcción jurídica conceptual de este elemento.

a) La arbitrabilidad objetiva (*ratio materia*) responde a la pregunta: ¿Qué materias pueden someterse al arbitraje? La respuesta depende de la voluntad del constituyente respecto a los tipos de litigios que pueden resolverse por una vía arbitral. Para definir la arbitrabilidad objetiva, la Sentencia mencionada cita: (i) el artículo 3 de la Ley 1770, respecto a las relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes en su ejercicio de libre arbitrio sobre derechos disponibles que no afecten al orden público, (ii) el artículo 6 de la Ley 1770, con relación a las materias excluidas de arbitraje, como los conflictos con resolución judicial firme (excepto la ejecución), cuestiones sobre el estado civil y la capacidad de las personas, lo referido a bienes o derechos de incapaces, aquello concerniente a las funciones del Estado como persona de derecho público y los conflictos laborales.

En resumen, la SCP 2471/2012 entiende que son materias no arbitrables: “1) *Los derechos que no sean de libre disposición de las partes*; 2) *Las controversias que se encuentren en el ámbito de afectación del orden público*; 3) *Las controversias en las que exista resolución judicial firme y definitiva*; 4) *Las controversias que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas*; 5) *Las controversias referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial*; y, 6) *Las controversias concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público*”. Entonces, esta sentencia sistematiza estos supuestos de no arbitrabilidad en tres grandes grupos: (i) materias expresamente excluidas, (ii) derechos sobre los cuales las partes no pueden pactar libremente e (iii) indisponibilidad de aspectos vinculados al orden público.

b) La arbitrabilidad subjetiva (*ratione persona*) se basa en la calidad subjetiva de quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos. La SCP 2471/2012 cita el artículo 4 de la Ley 1770 para señalar que “*pueden recurrir al arbitraje el Estado y las personas jurídicas de derecho público, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual*” (subrayado añadido). Por tanto, concluye que “*el Estado y las personas jurídicas de derecho público tienen plena capacidad para someter sus controversias a arbitraje nacional o internacional, dentro o fuera del territorio nacional, sin necesidad de autorización previa*”<sup>231</sup>. Al respecto, el artículo 4 de la Ley 708 ha incrementado o retrocedido con relación a las materias excluidas del arbitraje, entre las que se encuentran la propiedad de los recursos naturales, los contratos administrativos y las cuestiones concernientes a las funciones del Estado.

<sup>231</sup> Se debe remarcar que la LCA 708, en su artículo 5 excluye de la aplicación de esta ley a: “- *Las controversias en materia laboral y de seguridad social, por estar sometidas a disposiciones legales que le son propias. - Los acuerdos comerciales y de integración entre Estados, suscritos por el Estado Plurinacional de Bolivia, los cuales se regirán por las disposiciones sobre conciliación y arbitraje que determinen las partes, en el marco de éstos. - Los contratos de financiamiento externo que suscriba el Estado Plurinacional de Bolivia con organizaciones u organismos financieros internacionales*”.

En suma, la materia no arbitrable se constituye en causa de nulidad del laudo arbitral, en razón de que “[...] cuando un Tribunal se pronuncia sobre algo no arbitrable, lo que está haciendo es usurpar funciones que por imperativo legal normativo le corresponden a la jurisdicción ordinaria”<sup>232</sup>.

En vigencia de la actual ley de arbitraje, la SPC 1481/2016-S3 señala, respecto a la materia no arbitrable establecida en el Artículo 112.I.1, que “[...] se debe entender que una de las características del arbitraje consiste en aquella libertad otorgada a las partes para decidir qué conflictos serán sometidos a la decisión de los árbitros, así como para establecer cuáles serán las reglas aplicables al arbitraje”, y sin embargo, “[...] dentro de un sistema normativo esta libertad no es absoluta, razón por la cual se contempló un supuesto sobre las materias que pueden someterse a arbitraje; es decir, las materias de libre disponibilidad de acuerdo al ordenamiento legal vigente”. Este entendimiento confirma la idea de que esta causal se basa en que la autonomía de la voluntad de los particulares debe estar limitada por normas imperativas que están previstas por el artículo 4 de la Ley vigente<sup>233</sup>.

En el mismo tenor se manifiesta la Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2019-S4 de 1 de abril que afirma: “[...] una de las características del arbitraje es la libertad de las partes para decidir qué conflictos serán sometidos a la decisión de los árbitros, así como para establecer cuáles serán las reglas aplicables al arbitraje, con excepción de aquellas materias expresamente excluidas por el Artículo 4 de la citada normativa”.

Por lo establecido en ambas sentencias, la primera en vigencia de la Ley 1770 y la segunda con la Ley 708, se puede afirmar que, respecto a la materia no arbitrable, la jurisprudencia constitucional ha mantenido el principio de legalidad. Ambos fallos han entendido que, si bien el arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes, la misma no puede ignorar normas imperativas que excluyen taxativamente ciertas materias del arbitraje. Pero, además, la jurisprudencia constitucional ha formulado su entendimiento sobre las razones por las cuales dichas materias son excluidas del arbitraje, en razón de criterios subjetivos (el Estado, cuando se trate de cuestiones relativas a sus funciones, los

<sup>232</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 2471/2012.

<sup>233</sup> LCA 708. Artículo 4°.- “(Materias excluidas de la conciliación y del arbitraje) No podrá someterse a la Conciliación ni al Arbitraje, lo siguiente: 1. La propiedad de los recursos naturales. 2. Los títulos otorgados sobre reservas fiscales. 3. Los tributos y regalías. 4. Los contratos administrativos, salvo lo dispuesto en la presente Ley. 5. El acceso a los servicios públicos. 6. Las licencias, registros y autorizaciones sobre recursos naturales en todos sus estados. 7. Cuestiones que afecten al orden público. 8. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. 9. Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas. 10. Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial. 11. Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado. 12. Las cuestiones que no sean objeto de transacción. 13. Y cualquier otra determinada por la Constitución Política del Estado o la Ley”.

incapaces, etc.) y de criterios objetivos (el orden público, estado civil y capacidad de las personas, los tributos y regalías, etc.).

Finalmente, es pertinente señalar que la materia no arbitrable, como supuesto de nulidad del laudo, se superpone a la protección del orden público, presente en el siguiente supuesto de nulidad. El orden público es, en efecto, un fundamento sobre el que descansa la voluntad legislativa de excluir materias de la arbitrabilidad. Esta causal parte de la lesión al orden público interno que es distinto al orden público internacional; es decir, la causal ataca en forma objetiva la lesión inferida por los árbitros al orden público nacional, entendido como “las normas de derecho interno que no pueden ser derogadas por voluntad de las partes; en otras palabras, no opera la autonomía de la voluntad por estar involucrado el interés general”.

## 2. Laudo Arbitral contrario al orden público

Del mismo modo, es una causal de nulidad que ya se encontraba inmersa como causal de anulación en la abrogada Ley 1770. Es así que encontramos jurisprudencia constitucional, como la Sentencia Constitucional Plurinacional 1138/2013 de 22 de julio de 2013, que ya desarrolla la causal. Esta Sentencia distingue la contravención al orden público de meras decisiones que sean favorables o no a una de las partes; en efecto, el orden público puede ser un concepto indeterminado y esta causal puede convertirse en un nicho donde encausar todo desacuerdo o disconformidad con la valoración del tribunal arbitral.

La sentencia afirma: “*La naturaleza de Contrario al Orden Público no proviene de estar o no de acuerdo con lo que determina el Laudo Arbitral, o si una determinada decisión es favorable o no a una de las partes. Se contraviene al Orden Público cuando se vulnera la Ley, o se lesiona derechos y garantías constitucionales [...]*”.

Aun con esta especificación, el requisito de “*vulneración de la Ley*” puede ser muy genérico, ya que cualquiera de las partes, con motivo a un desacuerdo en los aspectos de fondo del Laudo, puede argüir que el mismo vulnera la Ley. En ese sentido, la citada SPC 1481/2016-S3, emitida en vigencia de la ley 708, ha dicho respecto al Laudo Arbitral contrario al orden público, primero que “*la ley busca proteger que lo dispuesto en el Laudo sea respetado*”; y segundo que “*se trata de legitimar una decisión que no contradice los principios básicos de moralidad y justicia del sistema jurídico boliviano tendientes a proteger subsistencia del Estado y sus ciudadanos*”. En ese sentido, esta sentencia estaría definiendo el orden público como el conjunto de principios básicos de moralidad y justicia del sistema jurídico boliviano que protegen la subsistencia del Estado y sus ciudadanos.

La SPC 1481/2016-S3 añade que esta causal se debe limitar al contenido del Laudo en concreto y no a la sustanciación del procedimiento arbitral, debiendo revisar en el contenido del Laudo que no se incluyan elementos que atenten contra el orden público. Por esta causal, entonces, no se puede proteger las garantías del desarrollo de un debido proceso, y limitarse al derecho a la defensa, inserto en el inciso 3 del artículo 112.I como

causal específica de nulidad. Nótese que en el Artículo 115-II Constitucional el derecho a la defensa aparece como un derecho autónomo del debido proceso<sup>234</sup>.

La sentencia en comento, señala que el orden público es una garantía negativa o contrapeso a la autonomía de la institución arbitral que no puede desentenderse del lugar y el marco normativo en el que se desenvuelve. Al ser pluridimensional y mutable, deben desestimarse “[...] *todas aquellas solicitudes de nulidad en las que se cuestione la “justicia” del laudo, posibles deficiencias o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión, porque se abriría el portal a desmedidas impugnaciones que tan solo hagan mención al orden público, desnaturalizando el arbitraje*”.

Por otro lado, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2019-S4 de 1 de abril (en adelante, SCP 0037/2019-S4) realiza algunas precisiones y matizaciones al concepto de orden público como causal de nulidad del laudo arbitral. Define, nuevamente, al orden público como “[...] *los principios más básicos de la moralidad y justicia en un ordenamiento jurídico*”, añadiendo que hay un consenso doctrinal respecto a que el orden público tiene dos dimensiones: una procesal y otra sustantiva. Entonces, los principios de justicia y moralidad se manifiestan, por un lado, en derechos fundamentales de las partes en el procedimiento y, por otro lado, en derechos contractuales fundamentales de las partes.

La SCP 0037/2019-S4, difiere entonces de la SPC 1481/2016-S3, con relación a la inclusión del debido proceso dentro del orden público. Para sostener su argumento cita a Homayoon Arfazadeh, y refiere a que el orden público adjetivo incluye “*el derecho de las partes a ser debidamente llamadas al arbitraje, igualdad en el trato, un procedimiento adversarial (que incluye el derecho a ser oído), la prohibición de parcialidad y la falta de independencia, fraude o corrupción por parte de los árbitros y el principio de cosa juzgada*”. Mientras que, por su parte, “*el orden público sustantivo incluye elementos como el deber de actuar de buena fe, la prohibición de abuso de derecho, prohibición de discriminación, prohibición de expropiación sin un debido proceso y la protección de los incapaces*”.

Finalmente, la SCP 0037/2019-S4, dice que la doctrina es uniforme respecto a “*los principios interpretativos que guían el análisis de la nulidad de un laudo arbitral por ser contrario al orden público*”, a saber:

a) “*El principio de excepcionalidad*”, por el que se debe respetar la calidad de cosa juzgada de los árbitros, limitando la nulidad a circunstancias muy excepcionales. Por lo que “*procede la causal en los casos en los que existe una auténtica contradicción entre el laudo y el orden público y no cuando el juzgador se encuentra en desacuerdo con la decisión del tribunal arbitral respecto al fondo de la controversia*”.

<sup>234</sup>

CPE. Artículo 115-II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

b) “*La interpretación restrictiva del alcance del orden público*”, pues al ser un concepto abstracto, se debe evitar que sirva para tácticas que obstruyan el arbitraje o impidan o dilaten el cumplimiento del Laudo.

c) El principio de la evidencia; por el que “*la ilegalidad debe saltar a la vista del juzgador*”. El Juez no puede valorar el fondo de la controversia, de modo que “*...la contradicción entre el laudo y el orden público, debe ser obvia con un simple análisis superficial*”.

### 3. Las otras causales

Además de la materia no arbitrable y del Laudo contrario al orden público, se establecen otras causales incursas en el inciso 3 del artículo 112.I, las que tienen un menor desarrollo jurisprudencial. Particularmente es la citada SCP 1481/2016-S3 la que desarrolla estas causales, definiendo: “*La segunda parte del Artículo 112.I.3. de la Ley de Conciliación y Arbitraje, concentra la carga de la prueba a la parte recurrente, limitando la posibilidad de anulación a cuatro supuestos*”. Estos cuatro supuestos de nulidad, subsumidos dentro de la tercera causal son:

a) Que exista nulidad o anulabilidad de la cláusula arbitral o convenio arbitral conforme a la Ley civil. Esta causal, según señala la referida Sentencia, es consecuencia de la “[...] *sanción legal que cuestiona el convenio arbitral o la cláusula arbitral*”.

b) Que se hubiera afectado al derecho a la defensa de una de las partes, durante el procedimiento arbitral. Al respecto, es evidente que “*se impone una única causal que contempla uno de los derechos integrantes del debido proceso*”. Según señala la Sentencia constitucional de referencia esta restricción a una sola causal del debido proceso se debe a una interpretación restrictiva del debido proceso, debiendo verificarse una “*obliteración impeditiva y de gravedad manifiesta, ostensibles transgresiones a este derecho o que no exista duda sobre la privación del debate en el pleito arbitral*”. Por tanto, para que se verifique una lesión al derecho a la defensa, esta Sentencia entiende que debe concurrir, en primer lugar, una obstrucción a una de las partes que sea de gravedad manifiesta, o bien, notorias transgresiones al derecho a la defensa, o bien, la indudable privación del debate. Entonces, esta Sentencia sostiene que “*esta causal no se refiere al debido proceso en la amplitud de todos los componentes que lo integran, sino específicamente al derecho de defensa de manera concreta*”.

Es menester aclarar, citando a Alex Parada, que “*la defensa puede verse afectada en el curso del procedimiento, pero también directamente en el*

*laudo arbitral*<sup>235</sup>. Este último supuesto consiste en “*aquella decisión arbitral que hubiese sido tomada teniendo como sustento fundamentos, hechos o normas, sobre los que las partes no tuvieron oportunidad de pronunciarse*”<sup>236</sup>. Según este autor, la vulneración al derecho a la defensa en el Laudo sorpresivo impide que las partes tomen conocimiento de esta lesión sino hasta la emisión del Laudo; por tanto, el requisito de protesta durante el procedimiento que prevé el parágrafo II del artículo 112 de la Ley 708 no sería aplicable. Este análisis se lo retomará con mayor énfasis cuando abordemos el requisito de la protesta para el recurso de nulidad de los Laudos arbitrales.

c) Que el Tribunal Arbitral se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades en el laudo arbitral, con referencia a una controversia no prevista en la cláusula arbitral o en el convenio arbitral. Bien afirma esta Sentencia que los árbitros cumplen la obligación de resolver el conflicto a partir de lo que las partes plantean, por lo que “[...] *solo pueden pronunciarse sobre lo que les ha sido encargado*”. La SCP 1481/2016-S3 de referencia afirma que “*esta causal es muy similar a lo que en el derecho procesal civil se conoce como vicios de incongruencia extra petita o ultra petita*”, sin embargo, matiza que únicamente “[...] *permite la anulación del laudo respecto solamente de la materia que no ha sido sometida a arbitraje*”. Así entonces, se debe especificar que la declaración de nulidad únicamente debe recaer sobre “[...] *las materias que no deberían arbitrarse, preservándose las que sí fueron sometidas a la vía arbitral*”.

d) Que el Tribunal Arbitral se hubiera compuesto irregularmente. La Sentencia analizada, entiende que lo pactado por las partes, conforme a su facultad de disposición, se convierte en una garantía procesal con respecto a lo acordado sobre las reglas del procedimiento arbitral, que incluye la elección y el número de árbitros, así como los requisitos y condiciones que deben reunir y la forma en que deben ser designados, que son elementos dispuestos por la Ley.

#### IV. MAL USO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

La clara y constante postura del TCP con relación al alcance de las causales de nulidad y la vinculatoriedad de las decisiones del TC, debería, razonablemente, importar una limitación a que las partes insatisfechas con las decisiones arbitrales acudan a la jurisdicción

<sup>235</sup> Parada Mendía, Alex, “Nulidad del laudo arbitral sorpresivo”, *Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo DE Santa Cruz, Bolivia*, 19 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.cainco.org.bo/boletin-ccac-icc/2018/11/16/nulidad-del-laudo-arbitral-sorpresivo-alex-parada-mendia/> consultado el 4 de septiembre de 2020.

<sup>236</sup> Id.



constitucional para lograr revertir lo que no pudo ser revertido en el recurso de nulidad. No obstante, la activación indebida de procesos constitucionales, es, una práctica común entre los litigantes, hecho que ha generado ciertos efectos nocivos, tales como: (i) la dilación innecesaria de la resolución de las disputas; (ii) la emisión de algunas decisiones de amparo contrarias a la Constitución que pueden generar confusión; e (iii) incluso, una Sentencia Constitucional que, por favorecer al Estado de forma indebida, ha herido al sistema arbitral boliviano hasta el día de hoy generando incertidumbre sobre la competencia que tienen los árbitros para declarar la nulidad de un contrato.

#### A. DILACIÓN

En Bolivia se ha hecho común que las partes perdidosas persigan un afán de dilatar el cumplimiento y/o ejecución de laudos arbitrales, o bien, de intentar revertir la decisión emitida por los tribunales arbitrales y a su vez, por los tribunales que resuelven el recurso de nulidad del laudo arbitral. A este efecto, interponen Acciones de Amparo Constitucional alegando la vulneración de derechos y garantías fundamentales. Empero, como recientemente reflexionaba un experimentado Vocal de la Sala Constitucional Primera del Tribunal Superior de Justicia de La Paz<sup>237</sup>, la gran mayoría de las acciones de amparo constitucional interpuestas contra las decisiones que resuelven los recursos de nulidad de Laudos Arbitrales, son rechazadas por carecer de los elementos de procedencia necesarios para obtener la tutela constitucional pretendida.

Tal afirmación, sin duda, genera esperanza para quienes deseamos la mínima intervención de los jueces en el arbitraje y así, limitar su judicialización. A pesar de ello, el volumen de acciones de amparo constitucional contra las resoluciones que resuelven los recursos de nulidad todavía no ha disminuido; es más, como lo manifestó el mismo Vocal de la Sala Constitucional Primera, la cantidad de acciones de amparo que no cumplen con los requisitos de admisibilidad llega a ser tal que, preparó una ponencia cuyo título fue “*Intervención del Arbitraje en la Justicia Constitucional*”, en la que reflexionó sobre la manera en que la interposición de tantas acciones de amparo constitucional que no cumplen con los requisitos de procedencia importa una recarga innecesaria en las Salas Constitucionales y una afrenta a la naturaleza del arbitraje y a la intención de las partes de acudir a la jurisdicción arbitral como un medio expedito de resolución de controversias.

Indudablemente, acudir a la acción de amparo constitucional contra aquellas resoluciones que resuelven el recurso de nulidad, sin cumplir con los requisitos de admisibilidad correspondientes, solamente puede tener como efecto la dilación en la solución definitiva del conflicto que, en su momento, fue sometido a arbitraje. Como observamos párrafos arriba<sup>238</sup>, si bien el amparo constitucional ha sido diseñado –en principio– como un mecanismo de defensa jurisdiccional eficaz, rápido e inmediato de

<sup>237</sup> Campero, Israel, Vocal de la Sala Civil Primera del Distrito Judicial de La Paz, evento: *Bolivian Arbitration Review*, marzo de 2020.

<sup>238</sup> Punto 2 del apartado II, página 7 del artículo.

protección de derechos fundamentales y garantías constitucionales, en los hechos, una sentencia constitucional emitida por el TCP puede tomar un año o más, desde su interposición ante el tribunal de garantías que inicialmente conoce de la acción hasta la emisión de la Sentencia Constitucional respectiva por parte del Tribunal Constitucional Plurinacional, habiendo este revisado la Resolución Constitucional emitida por el tribunal de garantías.

Ante este escenario, el rechazo de la acción de amparo, puede no constituir un desincentivo suficiente para algunas partes que simplemente procuran utilizar la jurisdicción constitucional a fin de retardar la solución definitiva del conflicto sometido al arbitraje.

## B. DECISIONES CONTRARIAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO Y LAS LEYES

En principio, los tribunales de garantías (organizados territorialmente según el Distrito Judicial y conformados por Vocales Constitucionales o Jueces de Materia) y el TCP tienen como uno de sus deberes principales precautelar, mediante sus decisiones, los derechos fundamentales y garantías constitucionales. A pesar de ello, en algunas ocasiones, emiten decisiones contrarias al ordenamiento jurídico boliviano. A continuación, se evidencian algunos de los ejemplos más representativos relacionados con el arbitraje.

### 1. Deber de Protesta Sobre la Causal de Nulidad

El artículo 112 parágrafo II de la Ley 708 dispone que, para invocar una o varias causales de nulidad del Laudo Arbitral, la parte recurrente debe haber hecho debida protesta sobre dicha causal durante el procedimiento arbitral. Esta disposición se encontraba también en el artículo 63 de la abrogada Ley 1770<sup>239</sup>.

En correspondencia, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0616/2011 de 3 de mayo fundamentó:

*“[...]el recurso de anulación constituye la única vía de impugnación del laudo arbitral y deberá estar basada exclusivamente en las causales señaladas en el Artículo 63 de la misma ley, que establece entre otras en su parágrafo primero, cuando la materia no es arbitrable y cuando el Laudo Arbitral fue pronunciado de manera contraria al orden público, señalando asimismo en el parágrafo segundo, otras causales de anulación, debiendo conforme exige el mismo artículo en su parágrafo tercero que *La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta respecto de las causales señaladas, no**

<sup>239</sup> LAC 1770. Artículo 63: “III. La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta respecto de las causales señaladas, no podrá invocar la misma causal en el recurso de anulación”.

*podrá invocar la misma causal en el recurso de anulación’. Precepto normativo del cual se establece con claridad, que existen casuales determinadas a efecto de pretender la nulidad de un Laudo Arbitral, y que deben ser alegadas en el transcurso del proceso arbitral por cuanto necesariamente corresponde realizar la protesta respecto a la causal que dará lugar a la nulidad del Laudo Arbitral, no pudiendo excusarse de esa situación [...]’. (Subrayado añadido).*

Como se evidencia, la Sentencia Constitucional citada no establece ninguna excepción a la regla, por la que, la parte recurrente debe protestar sobre la causal de nulidad durante el procedimiento arbitral. Este criterio, como señala textualmente dicha Sentencia, incluye a la causal de nulidad de “*contradicción al orden público*”.

Sin embargo, la posterior Sentencia Constitucional Plurinacional 1673/2012 de 01 de octubre de 2012 (en adelante SCP 1673/2012) dispuso un criterio diverso sobre este requisito de los recursos de nulidad. En específico, entiende que la protesta durante el proceso arbitral deja de ser necesaria en los supuestos de vulneración al derecho a la defensa y contradicción con el orden público. Según expone:

*“En ese sentido, es preciso referir, que si el Laudo Arbitral Definitivo o en su caso el Laudo Complementario, llegasen a vulnerar el derecho al debido proceso de las partes, en su vertiente derecho a la defensa (reconocida como causal de anulabilidad según el Artículo 63.II.3 de la LAC), o en su caso cuando el Laudo Arbitral sea contrario al orden público (reconocido como causal de anulabilidad según el Artículo 63.I.2 de la indicada Ley), no será exigible la protesta establecida en el Artículo 63.III de LAC, pudiendo la parte afectada, interponer directamente su recurso de nulidad, sin necesidad de cumplir previamente con la protesta [...]’. (Subrayado añadido)*

Esta Sentencia argumenta que dicha conclusión se asentaría en dos fundamentos: (i) el razonamiento constitucional que emerge del derecho de impugnación reconocido en el Artículo 180.II de la CPE (Se garantiza el principio de impugnación en los procesos judiciales) que se haría extensible a los procesos arbitrales, al tratarse de un medio alternativo de solución de controversias; (ii) el principio de flexibilidad, por el cual, las actuaciones del proceso arbitral son informales y adaptables.

Este controvertido criterio no fue tomado en cuenta por la Sentencia Constitucional Plurinacional 0662/2013-L de 18 de julio. En efecto, el Amparo Constitucional que motivó dicha Sentencia, fue interpuesto por la sociedad comercial HANSA Ltda., una vez que su recurso de anulación fue declarado improcedente por el Juez Cuarto de Partido en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial de Cochabamba. Según se desprende de los antecedentes de dicha Sentencia, el recurso de anulación argumentó la concurrencia de varias causales previstas en el artículo 63 de la entonces vigente Ley 1770: (i) Laudo arbitral contrario al

orden público; (ii) imposibilidad de ejercer el derecho a la defensa; y (iii) desarrollo viciado del procedimiento que vulnera lo pactado.

Pues bien, con respecto a la última causal no habría coincidencia de presupuestos con la anterior Sentencia Constitucional Plurinacional 1673/2012. Sin embargo, las primeras dos causales (contrario al orden público y vulneración al derecho a la defensa) son justamente las dos causales que, según la Sentencia Constitucional Plurinacional 1673/2012, no requerirían que la parte recurrente haya hecho la protesta durante la sustanciación del proceso arbitral. Sin embargo, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0662/2013-L, ahora analizada, en su fundamento jurídico señala:

*“Ahora bien el Artículo 63.III de la LAC, de manera puntual, establece que: “La parte que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta respecto de las causales señaladas, no podrá invocar la misma causal en el recurso de anulación”, advertencia que la empresa ahora accionante inobservó, por cuanto tal como refiere el Juez ahora demandado, en el transcurso del procedimiento arbitral no se presentó ninguna denuncia formal sobre lesión o vulneración de un derecho o garantía, convalidando los actuados por el Tribunal Arbitral, dando lugar a que se produzcan los actos procesales hasta concluir con el pronunciamiento del Laudo, aspecto que impidió que dicha autoridad jurisdiccional ingrese al análisis de fondo del recurso de anulación [...]”.*  
(Subrayado añadido)

Por tanto, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0662/2013-L, que cita como precedente jurisprudencial a la Sentencia Constitucional Plurinacional 0616/2011, deniega la tutela solicitada por el accionante.

En ese sentido, se podría pensar que la SCP 1673/2012 no definió una línea jurisprudencial permanente, ya que sus criterios parecieron haber sido abandonados o no tomados en cuenta por la jurisprudencia sucesiva. No obstante, el mismo año 2013, se emitió la Sentencia Constitucional Plurinacional 1765/2013 de 21 de octubre que, a modo de jurisprudencia reiterativa, cita la SCP 1673/2012, y reafirma el criterio, según el cual, las causales de orden público y derecho a la defensa no requerirían protesta previa:

*“Para la procedencia del recurso de anulación el Artículo 63.III de la LAC, exige protesta previa en el procedimiento arbitral de las causales de anulación, así el mencionado Artículo 63 indica: “La parte recurrente que durante el procedimiento arbitral omitiere plantear una protesta respecto de las causales referidas, no podrá invocar la misma causal en el recurso de anulación”. Sobre ello este Tribunal Constitucional Plurinacional se ha manifestado en otro caso, al respecto la SCP 1673/2012 de 1 de octubre, identificó dos supuestos en los que no es exigible la protesta previa, esto es, cuando se invoquen las causales de anulabilidad previstas*

en el Artículo 63.II.3 de la LAC, por lesión al derecho a la defensa y Artículo 63.I.2 de la mencionada Ley, cuando el laudo arbitral sea contrario al orden público; en ambos casos la parte afectada puede interponer directamente su recurso de anulación contra el laudo arbitral, con la exigencia de que motive en forma suficiente las causales de anulación, a tiempo de interponerse el recurso de anulación referido”.  
(Subrayado añadido)

Claramente, estos saltos y disparidad de criterios entre fallos contemporáneos ponen en riesgo la seguridad jurídica de los accionantes y de los procesos arbitrales en sí. Se entiende que lo dispuesto por el artículo 63.III de la abrogada Ley 1770, ahora vigente en el artículo 112.II de la Ley 708, es una determinación legal que busca evitar que el recurso de nulidad se convierta en una segunda instancia del proceso arbitral, razón por la que, la parte que se considera afectada por una de las causales de nulidad debe protestar ante el Tribunal Arbitral durante el desarrollo del procedimiento. De otra forma, las partes inconformes con un laudo buscarían encajar circunstancialmente una causal de nulidad para impugnarlo por la vía recurso de nulidad.

El razonamiento según el cual, el requisito de protesta no sería necesario para las causales de vulneración al derecho de defensa y contradicción al orden público, en virtud al “*derecho a la impugnación*”, parece ser insuficiente. El derecho a la impugnación es matizado por el ordenamiento adjetivo, previéndose, en todos los recursos y medios de impugnación, plazos, requisitos y elementos de procedencia y admisibilidad indispensables para que sean admitidos a trámite. Ahora bien, que la Ley imponga requisitos a cualquier recurso o impugnación no implica, de ninguna manera, que se esté limitando dicho derecho a la impugnación. Esto ocurre con el recurso de nulidad del Laudo Arbitral, en el que, es legalmente exigible la protesta previa, que hace a la buena fe procesal, sin que ello vulnere el derecho a la impugnación.

Probablemente, se podrían esgrimir argumentos principistas sobre por qué el orden público o el derecho a la defensa deben ser resguardados más allá del cumplimiento o incumplimiento de un requisito procesal. Sin embargo, ni la Sentencia Constitucional Plurinacional 1673/2012, ni la Sentencia Constitucional Plurinacional 1765/2013, fundamentan con mayor precisión y razonabilidad la exclusión de la protesta en los presupuestos de vulneración al derecho a la defensa y de contradicción al orden público.

Un asunto distinto es la vulneración de derechos de las partes en el pronunciamiento del laudo arbitral, particularmente el derecho a la defensa. Aunque el artículo 112 de la Ley 708 no lo ha previsto expresamente, por razonabilidad, no podría exigirse a las partes que ejerzan la protesta previa durante el proceso arbitral, si la lesión a sus derechos concurre en el acto que finaliza dicho proceso. Según define Parada, se trata de aquel Laudo que sorprende a las partes, porque se funda “*en cuestiones sobre las que los actores no tuvieron*

*oportunidad de pronunciarse o defenderse*”<sup>240</sup>. Al respecto, este Laudo sorpresivo, en primer lugar, lesiona el derecho a la defensa de las partes, porque las mismas “*no habrán podido, en el curso del proceso, ejercer defensa alguna sobre tal motivo*”; pero también, eximen a la parte perjudicada de cumplir con el requisito de la protesta, “*porque la lesión se dará recién al emitir el laudo*”<sup>241</sup>.

## **2. Atribución de Jurisdicción Indebida sobre Decisiones Emitidas en sede judicial Extranjera**

Abordamos en este punto una Acción de Amparo Constitucional que se encuentra pendiente de confirmación o revocación por parte del TCP. Sin embargo, la Resolución Constitucional emitida por el Tribunal de Garantías resulta ser notoriamente inconstitucional y potencialmente nociva para el sistema arbitral boliviano que es relevante analizarla brevemente.

La Acción fue interpuesta por la sociedad española EUROFINSA S.A. Sucursal Bolivia, que fue contratada por la UCP-PAAP, para la construcción del sistema de agua potable y alcantarillado sanitario en Riberalta, Beni, Bolivia. La entidad contratante remitió a EUROFINSA una carta de intención de terminación de contrato, ratificando posteriormente la terminación del mismo, por insolvencia de la empresa abandono de obras e incumplimiento del contrato.

Se pactó en el contrato, Arbitraje Comercial Internacional con sede en Santiago de Chile, Según se acordó en las cláusulas 20.6 y 20.8 del contrato, el arbitraje tendrá como ley sustantiva la del Estado Plurinacional de Bolivia, mientras que la norma adjetiva aplicable debía ser exclusiva de la jurisdicción chilena.

La entidad contratante solicitó medidas cautelares a un árbitro de emergencia bajo las reglas CCI contra la contratista, que fueron negadas por la orden de fecha 10 de diciembre de 2019.

EUROFINSA interpuso contra dicha orden de 10 de diciembre de 2019, una acción de amparo constitucional ante la jurisdicción boliviana, porque vulneraría el derecho al debido proceso en sus elementos de fundamentación, motivación y congruencia de las resoluciones, al prejuzgar y evaluar el fondo de los méritos legales de la controversia.

A pesar de ser evidente la falta de jurisdicción de cualquier órgano judicial y del propio Tribunal de Garantías de Bolivia, por tratarse de un proceso arbitral llevado a cabo en la jurisdicción chilena y en el marco de su legislación arbitral y procesal, la Sala

<sup>240</sup> Parada Mendía, Alex, “Nulidad del laudo arbitral sorpresivo”, *Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo DE Santa Cruz, Bolivia*, 19 de noviembre de 2018, disponible en: <https://www.cainco.org.bo/boletin-ccac-icc/2018/11/16/nulidad-del-laudo-arbitral-sorpresivo-alex-parada-mendia/> consultado el 4 de septiembre de 2020.

<sup>241</sup> Id.

Constitucional Primera de La Paz, constituida en Tribunal de Garantías, falló concediendo la tutela solicitada y dejando sin efecto la orden de medidas precautorias dispuesta por el Tribunal Arbitral con sede en Santiago de Chile.

El fundamento que utilizó el Tribunal de Garantías fue que el acuerdo arbitral especificaba que la normativa sustantiva aplicable al fondo de la controversia debía ser la boliviana. Razonamiento absolutamente insuficiente.

En el contexto analizado previamente respecto a que ha sido, y es, opinión constante del TCP que la jurisdicción ordinaria y constitucional no pueden ingresar a valorar el fondo del Laudo Arbitral u otras resoluciones, sino solamente las garantías procesales y constitucionales del debido proceso, se puede evidenciar que el Tribunal de Garantías comete el equívoco de aplicar la normativa prevista para el fondo de la controversia, para resolver un asunto propio del procedimiento.

Esta falta de discernimiento del Tribunal de Garantías, no solo extralimitó sus funciones respecto al control de constitucionalidad de las actuaciones arbitrales, sino que trascendió la jurisdicción constitucional boliviana, dejando sin efecto actos jurídicos efectuados y perfeccionados en territorio y bajo la jurisdicción y reglas de la República de Chile. En suma, se trata de un exabrupto jurisprudencial que, esperamos, sea enmendado por el TCP de Bolivia, en la fase de revisión.

### **3. Entre el Abuso del Poder del Estado y la Nulidad de los Contratos**

La línea jurisprudencial constitucional ha sido uniforme en limitar la procedencia del recurso de nulidad (antes anulación) únicamente a los supuestos previstos por la ley. En ese sentido, son abundantes los fallos que deniegan la tutela constitucional a acciones que, so pretexto el recurso de nulidad del Laudo, buscan que la jurisdicción ordinaria – y constitucional – ingrese a valorar los argumentos de fondo del laudo arbitral.

Sin embargo, existe el precedente de un fallo constitucional que se extralimita en su control de constitucionalidad, dejando sin efecto un laudo arbitral, por supuesta infracción al orden público, al haberse arbitrado sobre materia no arbitrable. Este fallo, insuficientemente fundamentado y contradictorio, es la Sentencia Constitucional Plurinacional 2471/2012 de 22 de noviembre de 2012 (en adelante, SCP 2471/2012) que resuelve un Recurso directo de Nulidad, interpuesto por la Procuraduría General del Estado, contra un tribunal arbitral constituido por la CAINCO.

Los antecedentes son los siguientes, la Empresa Nacional de Ferrocarriles del Estado (ENFE) suscribió un contrato de usufructo de la Terminal Bimodal de Santa Cruz de la Sierra, con la empresa CONSALBO S.A., el 26 de marzo de 2004. Posteriormente, el 24 de junio del mismo año, ENFE y CONSALBO S.A. suscribieron un contrato de compraventa de dicha Terminal Bimodal.

Mediante la vía arbitral, ante el Tribunal Arbitral de la Cámara de Industria y Comercio de Santa Cruz (CAINCO), CONSALBO S.A. demandó a ENFE, la resolución de ambos contratos más el pago de daños y perjuicios. Por su parte, ENFE presentó reconvencción demandando la nulidad de ambos contratos más el pago de daños y perjuicios. El Tribunal Arbitral resolvió, mediante Laudo Arbitral de 21 de enero de 2008, declarar la resolución del contrato de usufructo, la improcedencia de la demanda de resolución de contrato de compraventa, la nulidad del contrato de compraventa e improbadamente la nulidad del contrato de usufructo.

La Procuraduría General del Estado (PGE) presentó un Recurso directo de Nulidad (recurso constitucional distinto al recurso de nulidad del laudo arbitral) contra el mencionado Laudo Arbitral, después de cuatro (4) años de su ejecutoria, argumentando: (i) que el Tribunal Arbitral usurpó funciones porque la nulidad solo puede ser declarada por una instancia judicial; y (ii) que el Tribunal Arbitral decidió sobre materia no arbitrable, al tratarse de un bien estratégico para el cumplimiento de un servicio público.

La *Ratio Decidendi* de esta SCP 2471/2012 expuso el significado y alcance de la arbitrabilidad, bajo parámetros objetivos (*ratione materiae*)<sup>242</sup> y subjetivos (*ratione personae*)<sup>243</sup>, tal como se citó anteriormente con motivo de exponer la “*materia no arbitrable*” como supuesto de nulidad del Laudo Arbitral.

A continuación, la SCP 2471/2012 de referencia, realizó una valoración de la naturaleza del régimen de la nulidad, entendiendo que, al ser una limitación de la autonomía de la voluntad, la nulidad solo puede ser declarada por un pronunciamiento del Órgano Judicial. Para realizar tal afirmación, se sustenta en el artículo 546 del CC que establece que la nulidad y anulabilidad deben ser declaradas judicialmente<sup>244</sup>. El TCP, entonces, interpretó esta norma del CC como una disposición que excluye a los Tribunales Arbitrales de decidir sobre el régimen de nulidades contractuales. Por tanto, en el caso específico, entendió que el Tribunal Arbitral habría usurpado funciones del Órgano Judicial. Por tanto, la Sentencia Constitucional señalada, falló declarando fundado el recurso directo de nulidad y, en consecuencia, declarando nulo el Laudo Arbitral de 21 de enero de 2008, pronunciado por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la CAINCO.

Resulta llamativo que haya sido la misma parte recurrente (ENFE) quien demandó la nulidad contractual al Tribunal Arbitral, y posteriormente sea, a instancias suyas, que se

<sup>242</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 2471/2012: “*Materias expresamente excluidas; derechos sobre los cuales las partes no pueden pactar libremente; indisponibilidad de aspectos vinculados al orden público que sólo pueden ser dilucidados por la jurisdicción estatal*”.

<sup>243</sup> Sentencia Constitucional Plurinacional 2471/2012: “[...] *pueden recurrir al arbitraje el Estado y las personas jurídicas de derecho público, siempre que versen sobre derechos disponibles y deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual*”.

<sup>244</sup> Artículo 546 CC: “(Verificación Judicial de la Nulidad y la Anulabilidad). - *La nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente*”.



interpuso el Recurso de Nulidad porque el Tribunal Arbitral se pronunció sobre dicha nulidad contractual. Esta contradicción procesal de parte del Estado, en la defensa de sus empresas públicas, mostraría mala fe procesal de la parte recurrente, aspecto que el TCP debiera haber considerado en su fallo.

Con relación a ello, en su análisis de la SCP 2471/2012, Andaluz sostiene que “*todo sistema jurídico que reconozca a la buena fe como principio podrá jurisprudencialmente desarrollar el estoppel*”<sup>245</sup>. El estoppel, según explica el mismo autor, es una figura jurídica reconocida en el *common law*, por el cual, se “*impide que una parte haga una alegación contraria al sentido objetivo de su anterior conducta*”; se asienta sobre el principio *venire contra factum proprium non valet* (no es lícito actuar en contra de los propios actos) presente en el *derecho continental*, pero “*su eficacia es procesal, actúa como un medio de defensa que hace inadmisibles en juicio la alegación contraria al acto propio*”<sup>246</sup>.

Es pertinente retornar al razonamiento del TCP en la SCP 2471/2012, que se funda en una interpretación arbitraria del artículo 546 de la Ley sustantiva civil; y no toma en cuenta dos aspectos relevantes sobre las competencias de los árbitros: (i) que el arbitraje es un medio de solución de controversias alternativo a la vía judicial<sup>247</sup> y que, por tanto, (ii) las partes renuncian a la vía judicial para su controversia cuando establecen un convenio arbitral<sup>248</sup>.

Peor aún, el Artículo 32-II de la Ley 1770 examinada en la acción de amparo constitucional, le otorga al Tribunal Arbitral competencia plena para declarar la nulidad de un contrato. Bastará para comprobar esta categórica afirmación transcribir la norma invocada:

*“Artículo 32. (Competencia en casos especiales)*

*I. El Tribunal Arbitral tendrá facultad para decidir acerca de su propia competencia y de las excepciones relativas a la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral.*

*II. La decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral”*

<sup>245</sup> Andaluz Vegacenteno, Horacio, “Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del tribunal constitucional en el recurso directo de nulidad contra laudos”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (19), 90-117, disponible en: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572015000100004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000100004&lng=es&tlng=es), consultado el 4 de septiembre de 2020

<sup>246</sup> Id.

<sup>247</sup> Artículo 39, de la LCA 708.

<sup>248</sup> Artículo 45.I de la LCA 708 y Artículo 12.I de la entonces vigente LAC 1770.

Esta norma implica que el tribunal arbitral ejerce una función jurisdiccional incluyendo al de conocer y declarar la nulidad de un contrato, por lo que su decisión sobre el régimen de nulidades no contraviene, de ninguna manera, el artículo 546 del CC, cuya disposición tiene que ver con la validez de un acto jurídico, el cual solamente puede ser declarado nulo o anulado, por la decisión de un órgano facultado para ello. Al haber las partes renunciado a la vía judicial, este órgano facultado por una ley para decidir sobre la nulidad contractual es el tribunal arbitral.

Refutando al razonamiento de la SCP 2471/2012, Horacio Andaluz explica el real sentido del artículo 546 CC cuando señala que *“la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente”*. Según afirma este autor, *“el Artículo 546 del CC está diciendo dos cosas: (1) se está refiriendo a la presunción de validez que acompaña a todo el proceso de producción jurídica; y (2) está habilitando a los jueces para declarar vencida dicha presunción”*<sup>249</sup>. Para entender mejor este argumento, Andaluz explica que *“toda la producción jurídica se rige por la presunción de validez”*, entonces, para que un acto jurídico sea inválido requiere de un acto formal que declare su invalidez<sup>250</sup>. Ahora bien, Andaluz traslada este razonamiento al ámbito contractual, indicando: *“la presunción de validez opera impidiendo a las partes valerse de la nulidad como argumento eximente de su responsabilidad por incumplimiento, pues, en tanto el acto jurídico no sea declarado formalmente nulo, sus efectos seguirán produciéndose”*<sup>251</sup>.

Esta argumentación exegética del artículo 546 CC, desestima lo razonado por la SCP 2471/2012, que forzó esta disposición normativa para “crear” un nuevo supuesto de no arbitrabilidad. Pero además del análisis de este artículo de la norma civil sustantiva, corresponde volver a hacer referencia a la Ley especial que, en ese momento, regulaba el arbitraje: la LAC 1770. En específico, el artículo 32.II de la referida ley disponía: *“La decisión arbitral que declare la nulidad de un contrato, no determinará de modo necesario la nulidad del convenio arbitral”*. Es decir, este artículo que formaba parte de una disposición especial, preveía que las decisiones arbitrales puedan declarar la nulidad de un contrato.

Ya se expuso el sentido del artículo 546 CC, en mérito a lo cual, el artículo 32 de la LAC 1770 no entraba en conflicto con dicha disposición civil. Sin embargo, aun si no se tomaran en cuenta tales argumentos y se sostuviera una contradicción normativa con el artículo 546 del CC, debería regir, entonces, el principio jurídico de la aplicación preferente de la Ley especial. Sin embargo, la SCP 2471/2012, realiza una valoración *sui generis* del

<sup>249</sup> Andaluz Vegacenteno, Horacio, “Argumentación, arbitraje y arbitrariedad: las contradicciones del tribunal constitucional en el recurso directo de nulidad contra laudos”, *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (19), 90-117, disponible en: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572015000100004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000100004&lng=es&tlng=es), consultado el 4 de septiembre de 2020.

<sup>250</sup> Id.

<sup>251</sup> Id.

mencionado artículo 32.II de la Ley 1770, sobre la cual sostiene que esta disposición no es aplicable por lo dispuesto por el artículo 546 del CC; es decir, aplica la norma general con preferencia a la norma especial, contra los principios del ordenamiento jurídico.

La nueva Ley 708 (vigente 3 años después de este fallo) contiene una disposición similar, aunque no es tan específica como el anterior artículo 32.II respecto a la nulidad declarada por el Tribunal Arbitral<sup>252</sup>.

Sin embargo, la interpretación del artículo 546 del CC que no excluye la competencia de los árbitros para conocer el régimen de nulidades, ya que fue establecida por el mismo TC en una sentencia precedente. En efecto, la Sentencia Constitucional 17/2001-RII, 19 de marzo definió la constitucionalidad del Artículo 32 de la entonces vigente Ley 1770, fallando sobre la supuesta contradicción que tendría este artículo con el artículo 116<sup>253</sup> de la abrogada Constitución Política del Estado<sup>254</sup> y con el artículo 546 del CC, señala:

*“Por su parte, el párrafo II de dicha disposición legal así como el Artículo 12-II y III de la LAC, al otorgar la posibilidad de que una decisión arbitral declare la nulidad de un contrato sin que ello determine necesariamente la nulidad del convenio arbitral, así como al ordenar que la autoridad judicial se inhiba de conocer el caso si está sujeto a convenio arbitral, ó que interpuesta la excepción de arbitraje pueda declararla probada o desestimarla, no conllevan delegación ni desconocimiento de las facultades propias del Poder Judicial ni atentan contra el principio de unidad jurisdiccional; por ende, no contradicen los arts. 30 y 116.III de la CPE, ya que la LAC establece expresamente las atribuciones del tribunal arbitral, así como sus limitaciones, detallando en el Artículo 6 las materias excluidas de arbitraje [...] por otra parte, los tribunales arbitrales o de conciliación no constituyen tribunales o juzgados de excepción, al contrario, responden a la voluntad de las partes expresada en un contrato escrito y tienen por objeto llegar a un acuerdo sin necesidad de llegar a los estrados judiciales, constituyéndose en un medio alternativo que contribuye a la administración de justicia. Que por otra parte, los tribunales arbitrales tienen plena competencia para declarar la*

<sup>252</sup> Artículo 44.II de la Ley 708: “II. La nulidad o anulabilidad, ineficacia o invalidez del contrato no afectará a la Cláusula Arbitral o al Convenio Arbitral”.

<sup>253</sup> Artículo 116 CPE abrogada: “II. No pueden establecerse tribunales o juzgados de excepción. III. La facultad de juzgar en la vía ordinaria, contenciosa y contencioso administrativa y la de hacer ejecutar lo juzgado corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales y jueces respectivos, bajo el principio de unidad jurisdiccional”.

<sup>254</sup> Semejante disposición se encuentra en la ahora vigente CPE, en el artículo 180: “III. La jurisdicción ordinaria no reconocerá fueros, privilegios ni tribunales de excepción”. Por tanto, no se podría alegar la vigencia de una nueva Constitución para sostener la ineficacia de la Sentencia Constitucional 17/2001-RII.

rescisión o nulidad de los contratos que estén sometidos a su conocimiento". (Subrayado añadido).

El TCP, entonces, obró por conveniencia, y no fue congruente con anteriores fallos emitidos por el extinto TC<sup>255</sup>. Si bien son válidas las Sentencias que modifican los precedentes jurisprudenciales, las mismas deben justificar por qué el precedente jurisprudencial estaba equivocado o por qué el mismo no se adecuaría a las circunstancias actuales.

Finalmente, de asentarse y confirmarse la línea jurisprudencial fundada por esta SCP 2471/2012, se estaría añadiendo jurisprudencialmente un elemento no arbitrable (la nulidad de contratos) a los supuestos establecidos por el artículo 4 de la Ley 708, lo que excede a la competencia del TCP.

## V. CONCLUSIONES

Es innegable que la justicia constitucional boliviana, a través del TCP, ha realizado aportes sustanciales a la consolidación del arbitraje en Bolivia y a establecer límites a los intentos de judicialización del arbitraje. Empero, es de vital importancia que su línea jurisprudencial permanezca constante en el tiempo en cuanto al respeto de los principios y normas que rigen el arbitraje, manteniendo su independencia respecto de otros poderes del Estado.

Asimismo, tomando en cuenta la vinculatoriedad de sus decisiones, el TCP, tiene el deber de modular y enmendar –tan pronto se le presente la oportunidad- aquellos fallos jurisprudenciales contrarios a la misma Constitución Política del Estado y las leyes, que han resultado nocivos a la práctica del arbitraje y constituyen una amenaza a su desarrollo y estabilidad.

La coherencia de las futuras Sentencias Constitucionales con la Constitución Política del Estado, las leyes y los precedentes que han sido instrumentales para el fortalecimiento del arbitraje en Bolivia, tendrá como efecto la disminución del uso indebido de la jurisdicción constitucional por parte de los usuarios del arbitraje y una mejor práctica de aquellos tribunales que resuelvan los recursos de nulidad contra laudos arbitrales.

---

<sup>255</sup> A partir de la vigencia de la Constitución Política del Estado de 07 de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional pasó a denominarse Tribunal Constitucional Plurinacional.

## BRASIL

## “AMPARO” (MANDADO DE SEGURANÇA) Y ARBITRAJE

Adriana Braghetta\*

El ‘amparo constitucional’ es utilizado en varios países de América Latina. Lo que debería ser un remedio constitucional para violaciones evidentes de derechos fue transportado, desde mi punto de vista, de forma inadecuada, a los procedimientos arbitrales, lo que aumenta la interferencia de Cortes Judiciales en el sistema arbitral e impacta en su celeridad y autonomía funcional.<sup>256</sup> Tal situación parece derivar de la falta de reconocimiento de la singularidad del sistema arbitral, el cual tiene reglas propias. En Brasil, la experiencia es distinta<sup>257</sup>, como veremos. El *mandado de segurança* (nombre que es dado en la Constitución Brasileña al Amparo) no debe ser usado para rediscusiones de decisiones arbitrales, preservando así la arquitectura única del sistema arbitral basado en un modelo global (Ley Modelo CNUDMI y Convención de Nueva York). La intención de este artículo es presentar la experiencia brasileña y la mirada hacia el arbitraje desde una perspectiva sistemática global.

Para permitir tal discusión, este artículo se divide en cinco partes. En la **Parte 1**, se examina la expansión del uso del "amparo" en América Latina, con especial atención a la experiencia constitucional del continente y a la singularidad del mecanismo ante su ausencia en otras jurisdicciones. En la **Parte 2**, se exploran los detalles de la arquitectura normativa del arbitraje como base para criticar el uso indiscriminado del "amparo". En la **Parte 3**, se exponen los requisitos y alcance de aplicación del mandato de seguridad brasileño (*mandado de segurança*), así como los puntos de vista de la doctrina sobre su

---

\* Abogada en Sao Pablo y frecuentemente actúa como árbitra. Licenciada en Derecho en la Universidad de São Paulo (São Paulo, Brasil, 1993), universidad donde también obtuvo un LL.M. (2000) y un J.S.D. (2008). Tiene una especialización lato sensu en Derecho Económico y Comercial en la Fundação Getulio Vargas (São Paulo, Brasil, 2001). Actualmente actúa como miembro del *Governing Board* del ICCA (Consejo Internacional de Arbitraje Comercial), del cual la fue vicepresidente (2014-2017). Fue presidente del CBAr (Comité Brasileño de Arbitraje) durante el período 2009-2013, del cual actualmente es miembro de su Consejo Directivo. Miembro de varios comités de instituciones arbitrales y asociaciones.

Agradezco a Pedro Schilling por su investigación y contribución a este artículo.

<sup>256</sup> Gómez, Manuel A., *Extent of Court Intervention*, in: Bantekas, Ilias *et al* (Orgs.), **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: A Commentary**, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 93.

<sup>257</sup> Para una síntesis interesante de la evidente diferencia entre la posición brasileña y la de los demás países de América Latina, ver: González de Cossío, Francisco, “Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n. 6, p. 229–248, 2015, p. 83.

incompatibilidad con el arbitraje. En la **Parte 4** se describen los escasos casos judiciales en los que se intentó manejar el mandato de seguridad en Brasil. La **Parte 5** contiene breves observaciones finales.

## I. SITUANDO EL PROBLEMA: “AMPARO” Y ARBITRAJE EN AMÉRICA LATINA

Para entender el uso del “amparo” y el mandato de seguridad en América Latina, es necesario, inicialmente, desentrañar la relevancia histórica de la disciplina constitucional en los países del continente, el proceso inflamatorio a través del cual se insertaron más derechos fundamentales en las constituciones latinoamericanas y la consecuente expansión en el uso de del amparo y su impacto en los procesos arbitrales.

La noción de crear un recurso constitucional para proteger los derechos contenidos en la ley fundamental no es un fenómeno reciente en América Latina. En 1841, la Constitución del Estado de Yucatán en México ya contaba con un mecanismo de defensa de la supremacía constitucional, en ese momento influenciado por la *judicial review* norteamericana.<sup>258</sup> Más drásticamente a partir de mediados del siglo XX, se introdujeron en países de todo el continente variantes de procedimientos constitucionales-procesales con rito simplificado y destinadas a frenar las evidentes violaciones de los derechos constitucionales (habitualmente cometidas por autoridades públicas)<sup>259</sup> con nomenclaturas ligeramente diferentes: ‘*juicio de amparo*’ en México, ‘*acción de amparo*’ en Argentina, ‘*acción de protección*’ en Ecuador, ‘*recurso de amparo*’ en Chile son apenas algunos ejemplos.<sup>260</sup> Tanto la centralidad de las constituciones, como este proceso paulatino de implantación de mecanismos de salvaguarda de los derechos contenidos en ellas son elementos fundamentales para comprender la excepcionalidad del caso latinoamericano y la ausencia de problemas similares en la práctica arbitral de otros países.<sup>261</sup>

Es importante señalar que el ámbito de aplicación del “amparo” también se ha ampliado sobre la práctica constitucional de América Latina. A través de lo que se ha descrito como un “*proceso inflamatorio*”, las constituciones que antes se ocupaban principalmente de las formas de creación y organización de las reglas estatales comenzaron

---

<sup>258</sup> Jarquín Orozco, Wendy Mercedes, *La Naturaleza Subjetiva del Amparo: Análisis Histórico-Comparado y de Derecho Español*, Tesis Doctoral en Derecho Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2014, p. 234.

<sup>259</sup> Díaz-Candia, Hernando, “Current Arbitration Trends in Latin America”, *Indian Journal of Arbitration Law*, v. VI, n. 1, p. 150–173, 2017, p. 167–168.

<sup>260</sup> Colchado, Juan Carlos Díaz, *Amparo y Arbitraje: La Subsidiariedad del Amparo y el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral*, Maestría en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 84.

<sup>261</sup> Andrés, Jana, “International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities”, *Journal of International Arbitration*, v. 32, n. 4, p. 413–446, 2015, p. 414.

a codificar varios derechos fundamentales<sup>262</sup>, reemplazando la primacía del “principio de legalidad” por un “principio de constitucionalidad” más amplio<sup>263</sup>. Dado que el amparo es un recurso contra las violaciones de los derechos constitucionales, la ampliación del rol de estos derechos, naturalmente, llevó a la expansión de su uso.

La constitucionalización del arbitraje en América Latina también es relevante para situar el “amparo” en los países hispanohablantes del continente. Debido a la influencia española con la *Constitución de Cádiz*,<sup>264</sup> la codificación constitucional del arbitraje fue precoz: el art. 156 de la Constitución Mexicana de 1824,<sup>265</sup> el art. 162 de la Constitución Peruana de 1928<sup>266</sup> y el art. 190 de la Constitución Venezolana de 1830<sup>267</sup> son algunos de los ejemplos.<sup>268</sup> Al inicio, ese proceso estaba usualmente asociado a la necesidad de consolidar el arbitraje como un mecanismo legítimo para resolver disputas,<sup>269</sup> estimulando su utilización y aumentando su credibilidad<sup>270</sup> – lo que no ocurrió por medio de la vía constitucional en la mayor parte de los países de Europa, Asia y África.<sup>271</sup>

<sup>262</sup> de Jesus, Alfredo, *La Autonomía del Arbitraje Comercial Internacional a la Hora de la Constitucionalización del Arbitraje en América Latina*, **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. V, n. 19, p. 45–90, 2008, p. 72.

<sup>263</sup> Colchado, *Amparo y Arbitraje: La Subsidiariedad del Amparo y el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral*, p. 28.

<sup>264</sup> Que establecía no “*privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes*”.

<sup>265</sup> Previendo que “*a nadie podrá privarse del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el Estado del juicio*”.

<sup>266</sup> Mencionando que “*ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros*”.

<sup>267</sup> Estipulando que “*los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos*”.

<sup>268</sup> Follonier-Ayala, “Alejandro, Constitucionalización del Arbitraje en América Latina”, *Spain Arbitration Review*, p. 107–134, 2015, p. 111–114. Vale diferenciar el ambiente fértil que el arbitraje comercial encontró en América Latina con las cuestiones relacionadas con los arbitrajes de inversiones, en los que los efectos de la siempre discutida Doctrina Calvo repercutieron durante más tiempo.

<sup>269</sup> de Jesus, *La Autonomía del Arbitraje Comercial Internacional a la Hora de la Constitucionalización del Arbitraje en América Latina*, p. 49–51.

<sup>270</sup> Maravi, Rigoberto Jesús Zúñiga, “Borrando con el Codo Constitucional lo Escrito por la Mano Legislativa: La Concepción del Tribunal Constitucional Acerca del Arbitraje y del Control del Laudo Arbitral vía Demanda de Amparo”, *Arbitraje PUCP*, v. 1, p. 68–95, 2011, p. 69.

<sup>271</sup> de Andrade, “Gustavo Fernandes, Descabimento de Mandado de Segurança Impetrado contra Sentença de Tribunal Arbitral”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 33, p. 387–409, 2012, p. 391; RAMOS, Juan Carlos Araúz, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2014, p. 22–23.

Recientemente, sin embargo, estas disposiciones también comenzaron a reflejar los compromisos<sup>272</sup> de los países signatarios con respecto a los tratados en los que se basa el sistema de arbitraje internacional: la Convención de Nueva York (1958), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975) y la Ley Modelo de la CNUDMI (1985).<sup>273</sup>

La intersección entre los dos fenómenos - la creación y expansión del “amparo”, junto con la consolidación del arbitraje- también se enfrenta expresamente en algunas jurisdicciones. Si bien la exclusión explícita del uso de “amparo” para la discusión de asuntos relacionados con el arbitraje es poco común<sup>274</sup>, la mayoría de los Tribunales de los países latinoamericanos han contribuido para limitar, en diversos grados, los efectos de las previsiones legislativas “abiertas” al respecto del amparo en el arbitraje<sup>275</sup>. Aun así, hay dos elementos retóricos que surgen de tal aspecto constitucional que deben ser enfrentados ante la importante cantidad de “recursos de amparo” que aún se manejan contra las decisiones arbitrales.

En primer lugar, hay menciones recurrentes de la necesidad de abordar el doble grado de jurisdicción, generalmente suscrito como mandamiento constitucional en América Latina.<sup>276</sup> La variante del argumento es la inclusión de ese doble grado de jurisdicción en la noción de “derecho al debido proceso”, un concepto que también se ha expandido en las últimas décadas. Tal preocupación –como se explorará con más detalle a lo largo del artículo– es injustificada ante el carácter sistémico del arbitraje y dado que, como señaló la Corte Constitucional del Perú, la “vocación *expansiva del derecho al debido proceso* no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, *tout court*, a todos los procesos o procedimientos”.<sup>277</sup>

<sup>272</sup> Vallejo, Pablo Rey, “El Arbitraje y los Ordenamientos Jurídicos en Latinoamérica: Un Estudio Sobre Formalización y Judicialización”, *Vniversitas*, n. 126, p. 199–237, 2013, p. 216–218.

<sup>273</sup> Ramos, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panameño*, p. 20–21.

<sup>274</sup> Siendo la Ley 16.011/1985 de Uruguay un ejemplo interesante. En ese sentido: SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida, *O Não Cabimento de Mandado de Segurança contra Ato de Árbitro ou Tribunal Arbitral*, *Fórum Administrativo*, v. 12, n. 133, p. 9–20, 2012, p. 11.

<sup>275</sup> Vallejo, “El Arbitraje y los Ordenamientos Jurídicos en Latinoamérica: Un Estudio Sobre Formalización y Judicialización”, p. 225–228.

<sup>276</sup> Incluso en Brasil, “a regra geral é a da possibilidade de reexame das decisões judiciais, normalmente a cargo do órgão hierarquicamente superior”. Ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Temas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17. Traducción en español: “la regla general es que las decisiones judiciales pueden ser revisadas, generalmente por el órgano jerárquico más alto”

<sup>277</sup> Arisnabarreta, Ana María Arrarte, “Apuntes Sobre el Debido Proceso en el Arbitraje: La Anulación de Laudo y el Proceso De Amparo”, *Ius et Veritas*, v. 35, p. 70–90, 2007, p. 73, 87.



En segundo lugar, la expansión del uso de la protección en asuntos relacionados con el arbitraje, a menudo se asocia con la ausencia de recursos de apelación propios<sup>278</sup> para la protección de los derechos constitucionales que, en una visión más simplista, se aplicarían de manera más irrestricta a los procedimientos de arbitraje. Es debido a la ausencia de mecanismos que garanticen el cumplimiento de los “derechos fundamentales”<sup>279</sup> derivados del mencionado “proceso inflamatorio” que se admitiría el uso del amparo de manera más irrestricta.<sup>280</sup> Tampoco tiene sentido tal objeción, como también se explorará más adelante, especialmente dada la ausencia deliberada de mecanismos de revisión las decisiones de los árbitros, característica fundamental del sistema de arbitraje que se integra en su arquitectura.

Este conjunto de características – derivadas del papel central de la constitución en el sistema de los países latinoamericanos – sirve para explicar la gran cantidad de acciones de amparo relacionadas con las decisiones arbitrales.<sup>281</sup> A pesar de que los avances más recientes – como la jurisprudencia que reconoce, cada vez más, la excepcionalidad<sup>282</sup> de la cabida del amparo para discutir decisiones derivadas del arbitraje y la alta tasa de fracaso de acciones de este tipo<sup>283</sup> – son prometedores, es relevante discutir el mal uso del “amparo” ante una incompatibilidad más fundamental, derivada del hecho de que el arbitraje es un sistema propio y que no debe ser alcanzado por el “*neoconstitucionalismo, entusiasta de la expansión de la tutela constitucional y convencional*”,<sup>284</sup> así como que “*respetar la Constitución no implica aplicar sus disposiciones de forma directa*”.<sup>285</sup>

Antes de pasar a la discusión sobre la arquitectura del arbitraje –la clave teórica que sirve para comprender la experiencia brasileña con su limitado uso del mandato de seguridad en materia de arbitraje– es necesaria una aclaración metodológica: no pretendo discutir si el “amparo” o el *mandado de segurança* puede usarse para *auxiliar* en el establecimiento o *apoyo* al arbitraje<sup>286</sup> (en la medida en que tales usos no contradigan la

<sup>278</sup> Freyre, Mario Castillo (Org.), *Panorama Actual del Arbitraje*, Lima: Palestra Editores, 2010, p. 41–43.

<sup>279</sup> Cossío, “Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?”, p. 73.

<sup>280</sup> Uribe, Mariano Tobías de Alba, “An Unusual Motion Against Arbitration Awards in Latin America”.

<sup>281</sup> Gómez, Manuel A., *The “Amparization” of the Justice System in Latin America and International Arbitration*.

<sup>282</sup> Ramos, *Constitucionalización y Justicia Constitucional en el Arbitraje Comercial Panamenho*, p. 410.

<sup>283</sup> Andrés, *International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities*, p. 427–428.

<sup>284</sup> Cossío, “Procesos Constitucionales y Procesos Arbitrales: ¿Agua y Aceite?”, p. 71.

<sup>285</sup> DE JESUS, *La Autonomía del Arbitraje Comercial Internacional a la Hora de la Constitucionalización del Arbitraje en América Latina*, p. 73–74.

<sup>286</sup> Wald, Arnoldo; garcia da fonseca, Rodrigo, “O Mandado de Segurança e a Arbitragem”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 13, p. 11–15, 2007, p. 12; Lacaz, Marina Vessoni Labate, “Cabimento de Mandado de Segurança em Arbitragem”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 41, p. 265–272,

lógica del sistema)<sup>287</sup>, lo que se cuestiona es el manejo de tales recursos constitucionales contra *decisiones y sentencias arbitrales*.<sup>288</sup>

## II. LA ARQUITECTURA NORMATIVA DEL ARBITRAJE

Hay dos líneas interpretativas sobre la singularidad del arbitraje que son útiles para abordar cuestiones constitucionales urgentes en la práctica latinoamericana: (i) el reconocimiento de que el arbitraje se basa en las disposiciones de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la CNUDMI, ambas orientadas en torno a la *seguridad en la aplicación del derecho* y en el principio de finalidad del laudo (*finality of the award*) – es decir, que el arbitraje es un sistema de decisión *único* y que se basa en la no intervención del Poder Judicial<sup>289</sup> (fuera de hipótesis de apoyo específicas, contenidas en los mismos diplomas legales en cuestión); (ii) el análisis del arbitraje como un *microsistema* basado en un *acuerdo privado de disputas sobre derechos disponibles* y que, como microsistema, tiene una lógica y herramientas propias, diferentes a las que existen en otros microsistemas (como el procesal o constitucional). Estas dos ideas se explorarán con más detalle a continuación.

REISMAN ofrece una visión convincente de la “*arquitectura normativa del arbitraje*”, destacando la centralidad de la Convención de Nueva York con respecto a la Ley Modelo de la CNUDMI.

En primer lugar, es relevante señalar que, a menudo, el problema central en derecho y la resolución de disputas no es encontrar una respuesta normativa, sino hacer *factible* una determinada respuesta normativa.<sup>290</sup> De ello se desprende que, debido a las dificultades de *enforcement* sin el Poder del Estado, el arbitraje no es “*deus ex machina*” – es decir, las

---

2014, p. 2; Rocha, Caio Cesar Vieira, *Limites do Controle Judicial sobre a Jurisdição Arbitral no Brasil*, Doutorado em Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 184; De Azevedo Neto, João Luiz Lessa, *A Relação entre Arbitragem e Poder Judiciário na Definição da Competência do Árbitro*, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015, p. 153, 161.

<sup>287</sup> Nunes, Thiago Marinho, “A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. II, n. 5, p. 15–51, 2005, p. 15–17.

<sup>288</sup> De Jesus, *La Autonomía del Arbitraje Comercial Internacional a la Hora de la Constitucionalización del Arbitraje en América Latina*, p. 78–79.

<sup>289</sup> BERGER discute la *finality* con referencia al hecho de que incluso la acción anulatoria nunca debe representar una *révision au fond*, es decir, no debe alcanzar al mérito de la decisión arbitral (BERGER, Klaus Peter, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 652). BORN también destaca que los instrumentos específicos para la revisión de los laudos arbitrales - como la acción de anulatoria- se organizan en torno a las nociones de rapidez, seguridad y finalidad (BORN, Gary B, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 3.379).

<sup>290</sup> Reisman, W Michael, “The Enforcement of International Judgments”, *American Journal of International Law*, v. 63, n. 1, p. 1–27, 1969.

instituciones que integran el sistema arbitral necesitan construirse con base a piezas disponibles internacionalmente. De este modo, la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de CNUDMI son componentes que sirven para *articular y asignar competencias* a las distintas instituciones nacionales<sup>291</sup> que, de esta forma, de manera *auxiliar y predecible*, permitirán que el sistema arbitral realice las funciones para las que está destinado: obligar, hacer factible y controlar.<sup>292</sup> Por lo tanto, si bien la *factibilidad* se construye sobre la base y la asistencia de las Cortes Judiciales, su poder para interferir *antes, durante y después* de un determinado arbitraje está limitado en función de las mismas reglas de arquitectura del sistema<sup>293</sup>— que atribuyen las *competencias y condiciones*, como citado, de la aplicación del derecho en las distintas jurisdicciones y entre los diferentes actores que contribuyen con la *factibilidad*.<sup>294</sup>

Es importante señalar cómo esta interpretación está en consonancia con los *travaux préparatoires* del art. 5 de la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>295</sup>, cuando el *working group* enfatizó que la intervención estatal "*debe mantenerse al mínimo*" y "*evitarse en la medida de lo posible*", ya que "*un control judicial extenso podría retrasar los arbitrajes y contradecir intereses del comercio internacional*".<sup>296</sup> La idea, en efecto, es que la función de las agencias estatales esté circunscrita, en términos de los títulos legales discutidos.

CARMONA e PARENTE, a su vez, exploran la idea del arbitraje como microsistema, destacando su especialidad en relación con otros microsistemas. Suponiendo que un sistema es "*uma reunião ou combinação orgânica de proposições, princípios e métodos coordenados de modo a formarem um todo científico ou um corpo de doutrina, tudo voltado à produção de um certo resultado*", los autores sugieren que el arbitraje "*constitui um verdadeiro sistema, com características próprias, a distinguir este método de solução de litígios de outros meios heterocompositivos de solução de controvérsias*".<sup>297</sup> Hay consecuencias importantes de esta conceptualización, la primera es que la Ley de Arbitraje "*no contiene reglas del modelo estatal*" ni pretende "*categorizar, teorizar o conceptualizar*

<sup>291</sup> Reisman, W Michael; Richardson, Brian, The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration, in: VAN DEN BERG, Albert Jan (Org.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012, v. 16, p. 18–21.

<sup>292</sup> Reisman, Michael, "International Arbitration and Sovereignty", *Arbitration International*, v. 18, n. 3, p. 231–239, 2002, p. 235.

<sup>293</sup> Andrés, *International Commercial Arbitration in Latin America: Myths and Realities*, p. 422–423.

<sup>294</sup> Sicard-Mirabal, Josefa, "Mandatory Rules: What's a Lawyer to Do?", in: Van Den Berg, Albert Jan (Org.), "Arbitration Advocacy in Changing Times", Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, v. 15, p. 348–349; De Azevedo Neto, *A Relação entre Arbitragem e Poder Judiciário na Definição da Competência do Árbitro*, p. 47, 168.

<sup>295</sup> Art. 5: "In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law".

<sup>296</sup> Gómez, Extent of Court Intervention, p. 84–85.

<sup>297</sup> Carmona, Carlos Alberto, "Em Torno do Árbitro", *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 8, n. 38, p. 47–63, 2011.

*el derecho procesal*" (o, es decir, el derecho constitucional), ya que son microsistemas distintos, cada uno con su propia lógica y su interrelación mediada a través de sus puntos de contacto *explícitos*.<sup>298</sup> En consecuencia – en línea con las notas de REISMAN – la intervención del Poder Judicial en el proceso arbitral debe ser mínima, a fin de salvaguardar la autonomía del arbitraje y sus particularidades de funcionamiento.<sup>299</sup> Si bien se admite que identificar la línea divisoria entre diferentes microsistemas puede ser una tarea complicada en ciertos casos,<sup>300</sup> existe una clara advertencia contra el "trasplante" del "debido proceso legal estatal" al proceso arbitral.<sup>301</sup>

Uniendo los dos conceptos está la noción de que, por su carácter sistémico y su arquitectura orientada a la finalidad y factibilidad de las decisiones arbitrales, el sistema arbitral contiene una serie de recursos específicos para la discusión de determinadas deficiencias en un arbitraje particular – y que se analizará más detalladamente con referencia al sistema brasileño (que se inspiró en el modelo UNUDMI) en la Parte 4. Sin embargo, algunas observaciones iniciales son pertinentes de inmediato.

En primer lugar, es necesario reconocer que las *causas* de nulidad o no reconocimiento de un laudo arbitral son *impositivas* y *están vinculadas* a las peculiaridades del sistema arbitral – sobre todo al destacado papel de la autonomía privada en su fundamentación.<sup>302</sup>

En segundo lugar, entre esas hipótesis de cuestionamiento de la decisión arbitral, se destaca que, por regla general, los errores *in judicando*, – por ejemplo, aplicación incorrecta del derecho por parte del árbitro – no es causa de anulación. Por ello, como se mencionó, la eventual intervención *a posteriori* de los Tribunales del Estado no deberá llevar a cabo un control sobre el *mérito* de la decisión arbitral, sino únicamente en relación con ciertos elementos formales, anteriormente previstos dentro de la arquitectura normativa del

<sup>298</sup> Parente, Eduardo de Albuquerque, *Processo Arbitral e Sistema*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 71–72. Texto original en portugués.

<sup>299</sup> Ladeira, Ana Clara Viola, "Conflito de Competência em Matéria de Arbitragem", *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XI, n. 41, p. 42–67, 2014, p. 48.

<sup>300</sup> Marques, Ricardo Dalmaso, "Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal", *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. X, n. 38, p. 96–137, 2013, p. 118.

<sup>301</sup> Parente, *Processo Arbitral e Sistema*, p. 75, 131.

<sup>302</sup> Santos, *O Não Cabimento de Mandado de Segurança contra Ato de Árbitro ou Tribunal Arbitral*, p. 5.

arbitraje.<sup>303</sup> Por tanto, se reconoce que el sistema arbitral *puede vivir con la aplicación indebida de la ley* o, es más, que “*la nulidad no es una instancia de revisión*”<sup>304</sup>.

En tercer lugar, de las dos observaciones anteriores se desprende que el alcance de la acción de nulidad, por tanto, son los errores *in procedendo*, – es decir, la no observancia de una determinada consideración formal y que está contenida en el papel taxativo del microsistema arbitral. Esta limitación es una de las partes fundamentales de la arquitectura normativa del sistema arbitral, en la medida en que se presta al “aislamiento” del arbitraje frente a “*cualesquiera condiciones que impongan los tribunales estatales y que sean más costosas que las contenidas en la Convención*”<sup>305</sup> a través de la creación de un “*procedimiento con tipicidad propia*”.<sup>306</sup>

En cuarto lugar – y también demostrando el cierre y la plenitud del sistema arbitral – vale la pena recordar que el origen de una acción anulatoria generalmente conducirá a la devolución del procedimiento al mismo árbitro.

Por tanto, es necesario reconocer que el arbitraje – apoyado en la arquitectura comentada anteriormente – *funciona bien* y contiene controles propios y adecuados para garantizar el cumplimiento de los principios que lo orientan, respetando los límites del orden público.<sup>307</sup> El mero hecho de que el arbitraje tenga carácter jurisdiccional, por tanto, no implica la necesidad de atraer – es decir, fuera de las condiciones preestablecidas en la propia legislación arbitral – el sistema judicial y su conjunto de protecciones individuales<sup>308</sup> que resultan, en efecto, de la propia *imposibilidad de elegir al propio juez*. Al estar en un microsistema de derechos disponibles, no es razonable aceptar los efectos del “proceso inflamatorio” de otro sistema. Para discutir cómo tal confusión *no* ocurrió en Brasil, es apropiado discutir la disciplina del mandato de seguridad.

<sup>303</sup> Marques, *Inexistência de Vinculação do Árbitro às Decisões e Súmulas Judiciais Vinculantes do Supremo Tribunal Federal*, p. 122; ROCHA, *Limites do Controle Judicial sobre a Jurisdição Arbitral no Brasil*, p. 30; COLCHADO, *Amparo y Arbitraje: La Subsidiariedad del Amparo y el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral*, p. 252.

<sup>304</sup> Valença Filho, Clávio, *Poder Judiciário e Sentença Arbitral: De Acordo com a Nova Jurisprudência Constitucional*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 141. Texto original en portugués.

<sup>305</sup> Reisman; Richardson, *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration*, p. 22–25. Texto original en inglés.

<sup>306</sup> Parente, Eduardo de Albuquerque, *Processo Arbitral e Sistema*, Doutorado em Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 59–60. Texto original en portugués.

<sup>307</sup> Díaz-Candía, *Current Arbitration Trends in Latin America*, p. 154.

<sup>308</sup> Ranzolin, Ricardo, *Coexistência do Juízo Arbitral e do Juízo Estatal: O Enfoque Constitucional*, Mestrado em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

### III. MANDADO DE SEGURANÇA EN BRASIL: REQUISITOS Y ALCANCE DE APLICACIÓN

Como se observa, el arbitraje se inserta en el ordenamiento jurídico como un modelo de lógica y funcionamiento propios. Sus reglas están estructuradas con miras a la no intervención del Poder Judicial, salvo en los casos excepcionales previstos en la Ley de Arbitraje – que refuerzan la existencia de procedimientos y mecanismos propios del sistema arbitral y que coexisten con la jurisdicción estatal.

Para evaluar la relación entre el arbitraje y el *mandado de segurança*, primero es necesario establecer el contexto en el que se inserta. La definición de su regulación legal, su objeto y sus requisitos son esenciales para comprender el sistema en el que opera en Brasil, como se realizó anteriormente con el arbitraje.

El *mandado de segurança* está regulado por la Ley n° 12.016 / 2009, que describe su idoneidad, procedimiento y efectos. Sin embargo, el mandato de seguridad está previsto constitucionalmente en Brasil desde 1934,<sup>309</sup> que admitía su uso para "*la defensa del derecho, cierto e indiscutible, amenazado o violado por un acto manifiestamente inconstitucional o ilegal por cualquier autoridad*".<sup>310</sup> A partir de la Constitución de 1946 se adoptó la fórmula de derecho líquido y cierto, no amparado por el *habeas corpus*,<sup>311</sup> lo cual fue reproducido en los textos siguientes hasta culminar en la actual previsión de que "*se otorgará un mandato de seguridad para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por el habeas corpus o el habeas data, cuando el responsable de la ilegalidad o abuso de poder sea una autoridad pública o persona jurídica agente en el ejercicio de las competencias del Poder Público*".<sup>312</sup>

La Ley n°12.016/2009, al disciplinar la disposición constitucional vigente, establece en su art. 1 que "*se otorgará un mandato de seguridad para el derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, siempre que, ilegalmente o con abuso de poder, se violen los derechos de cualquier persona física o jurídica o exista un temor justo de sufrirlo por una autoridad, cualquiera que sea la categoría y las funciones que desempeña*"<sup>313</sup>.

<sup>309</sup> Para una síntesis de la evolución del instituto en Brasil, ver: BARBI, Celso Agrícola, "Perspectivas do Mandado de Segurança", *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 2, p. 131–144, 1962, p. 131–132; WALD, Arnoldo, "A Evolução Legislativa do Mandado de Segurança", *Revista do Serviço Público*, v. 1, n. 76, p. 194–203, 1957.

<sup>310</sup> Art. 113, item 33 de la Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil de 1934. Cabe señalar que, desde entonces, el *mandado de segurança* no está previsto en la Constitución de 1937, pero está presente en todas las demás. Texto original en portugués.

<sup>311</sup> Art. 141, § 24 de la Constitución de los Estados Unidos de Brasil de 1946.

<sup>312</sup> Art. 5º, inciso LXIX de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988. Texto original en portugués.

<sup>313</sup> Texto original en portugués.

Dado que existe una disposición constitucional, los requisitos para otorgar la concesión de *mandado de segurança* ya fueron discutidos por el Tribunal Supremo Federal, el cual, a lo largo de los años, estableció la extensión de los conceptos utilizados en esta disciplina y se convirtió en el principal parámetro para la interpretación de sus reglas, definiendo las condiciones para el ejercicio de este instrumento constitucional.

El **primer requisito** es la necesidad de verificar un **derecho líquido y cierto**. La expresión se toma como *"la situación que se deriva de hecho cierto, es decir, de hecho sujeto a prueba documental inmediata e inequívoca"*.<sup>314</sup> La noción de derecho líquido y cierto como aquél que puede demostrarse mediante prueba documental preconstituída se ve reforzada en varios precedentes del Tribunal Supremo Federal<sup>315</sup> y por la doctrina.<sup>316</sup> Tales pruebas deben, por tanto, acompañar a la petición inicial del *mandado de segurança*, capaz de demostrar los hechos alegados.<sup>317</sup> Junto a la definición de lo que sería el derecho líquido

<sup>314</sup> STF, Pleno, Agravo Regimental em Mandado de Segurança n° 23.190-RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/10/2014, por unanimidad. Texto original en portugués.

<sup>315</sup> STF, Pleno, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 27.914-DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/09/2016, por unanimidad.

<sup>316</sup> “Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido na sua impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais” (SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 447). Traducción en español: “*Derecho líquido y cierto es el que se manifiesta en su existencia, delimitado en su extensión y susceptible de ser ejercido en su impetración. En otras palabras, el derecho invocado, para ser amparado por un mandato de seguridad, debe expresarse en una norma legal y reunir en sí mismo todos los requisitos y condiciones de su aplicación al demandante; si su existencia es dudosa; si su extensión no está aún delimitada; si su ejercicio depende de situaciones y hechos aún indeterminados, no da lugar a seguridad, aunque pueda ser defendido por otros medios judiciales*”

Además: “as provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data*, São Paulo: Malheiros, 1998). Traducción en español: “*las pruebas dirigidas a demostrar la liquidez y la certeza del derecho pueden ser de todos los tipos permitidos por la ley, siempre que acompañen a la inicial. Lo que se requiere es una prueba preconstituída de las situaciones y hechos en los que se basa el derecho invocado por el demandante*” Además: “*líquida e certa haverá de ser, pois, a situação fática cujo relato se contém na impetração, a qual é por aquela motivada. Neste sentido, pois, é que têm os doutrinadores se valido do conceito de direito líquido e certo como aquele ‘comprovado de plano’*” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Do Mandado de Segurança”. *Revista de Informação Legislativa*, n° 90, Brasília, 1986, p. 146). Traducción en español: “*líquida y segura tendrá que ser, por lo tanto, la situación fática cuyo informe está contenido en la impugnación, la cual es por ella motivada. En este sentido, por lo tanto, es que los doctrinadores han utilizado el concepto de ley líquida y cierta como aquel ‘plan probado’*”

<sup>317</sup> “As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial. O que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante” (MEIRELLES,

y cierto, es posible derivar otra condición reiterada por el Tribunal Supremo Federal, que es la imposibilidad de demora probatoria en un mandato de seguridad, ya que toda la prueba debe estar preconstituida.<sup>318</sup>

Además, el *mandado de segurança*, por su excepcionalidad y la especificidad de su objeto, **requiere el agotamiento de las vías previas y disponibles para defender el derecho que se pretende tutelar**. Es necesario verificar aquí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal subdivide este requisito en dos perspectivas. El primer punto de vista es el agotamiento de instancias anteriores, en el caso de un pedido de *mandado de segurança* ante un acto judicial.<sup>319</sup> Este destaque es relevante porque es un requisito aún exigido por el Tribunal Supremo Federal y que justifica otros aspectos procesales del instituto, como la imposibilidad de utilizar el mandato de seguridad como apelación<sup>320</sup>. El segundo punto de vista sería el agotamiento de las vías administrativas, en el caso de impetrar un mandato de seguridad frente a un acto de la administración pública. Este segundo punto de vista, utilizado en el pasado por el Tribunal Supremo Federal para extinguir mandatos de seguridad con discusiones administrativas pendientes o decisiones no impugnadas dentro del ámbito de la administración pública, contenía cierta flexibilidad por la edición de la Nota n° 429 del Resumen del Tribunal Supremo Federal<sup>321</sup> y, más

---

Hely Lopes, WALD, Arnaldo, MENDES, Gilmar Ferreira, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 38). Traducción en español: “*Las pruebas destinadas a demostrar la liquidez y la certeza del derecho pueden ser de todos los tipos permitidos por la ley, siempre que acompañen a la inicial. Lo que se requiere es una prueba preconstituida de las situaciones y hechos en los que se basa el derecho invocado por el demandante*”

<sup>318</sup> STF, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 27.276-DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27/09/2011, por unanimidad. Además: “*necessária [para a impetração de mandado de segurança] a existência de um direito líquido e certo, significando que o direito terá que ser nítido na sua existência e delimitado na sua extensão. Direito líquido e certo é o direito que, pela sua evidência, não necessita de produção de provas. Líquido e certo não significa direito simples, podem ser apreciadas questões complexas, desde que sejam passíveis de comprovação documental*” (AGRA, Walber de Moura, *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 203). Traducción en español “*necesaria [para la impetración de mandado de seguridad] la existencia de un derecho que es líquido y seguro, lo que significa que el derecho debe ser claro en su existencia y delimitado en su extensión. Un derecho líquido o cierto es el derecho que, por su evidencia, no requiere la presentación de pruebas. Líquido y seguro no significa derecho sencillo, cuestiones complejas pueden ser evaluadas, siempre que sean susceptibles de comprobación documental*”

<sup>319</sup> STF, 2ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 36.296-DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/02/2020, por unanimidad.

<sup>320</sup> STF, 1ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 35.605-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/06/2020, por unanimidad; STF, Pleno, Agravo Regimental em Mandado de Segurança n° 32.211-GO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10/04/2014, por unanimidad.

<sup>321</sup> Resumen 429: “*A existência de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede o uso do mandado de segurança contra omissão da autoridade*”. Traducción en español: “*La existencia de un recurso administrativo con efecto suspensivo no impedirá la utilización del mandato de seguridad contra la omisión de la autoridad*”.



recientemente, fue finalmente superada debido a reiteradas decisiones que ya no requerían el agotamiento de las vías administrativas.<sup>322</sup>

El **tercer requisito** para impetrar el mandato de seguridad se refiere a la **legitimidad pasiva**: la presencia de una autoridad coercitiva. La Ley n° 12.016 /2009<sup>323</sup> lo define como “*quien ha practicado el acto impugnado o del que emana el orden para su práctica*” (art. 6, § 3) y equipara a las autoridades coercitivas “*los representantes u órganos de partidos políticos y los administradores de las entidades municipales, así como los dirigentes de las personas jurídicas o naturales en el ejercicio de atribuciones del poder público*” (art. 1, § 1) y excluye “*los actos de gestión comercial practicados por los administradores de empresas públicas, sociedades de capital mixto y concesionarias de servicios públicos*” (art. 1, § 2). Abordaremos este requisito más adelante, cuando analicemos la legitimidad pasiva del árbitro para aparecer como autoridad coercitiva en mandato de seguridad.

Finalmente, el art. 23 de la Ley No. 12.016 / 2009 establece el **plazo de decadencia de 120 (ciento veinte) días** para la impetración del mandato de seguridad, contados desde el conocimiento del acto impugnado.

A partir de los requisitos, queda claro que el mandato de seguridad tiene un alcance muy limitado. Al dirigirse exclusivamente a la autoridad coercitiva, insertada en el servicio público, exigiendo prueba preconstituida de la ley, con plazo para interponer y exigiendo el previo agotamiento de los recursos, el mandato de seguridad, como el *habeas corpus* y el *habeas data*, se reviste de *excepcionalidad* y busca tutela legal basada en un procedimiento de rito abreviado. Por ningún otro motivo, la propia ley prevé plazos reducidos para la respuesta (art. 7°, inciso I), la manifestación del Fiscalía (art. 12), el cumplimiento de la sentencia (art. 12, párrafo único) y la conclusión del expediente (art. 20, § 2), además de la prioridad de tramitación (art. 20, *caput*).

Esta restricción de alcance está directamente relacionada con la función del *mandado de segurança* de remediar actos realizados por autoridades coercitivas en el ejercicio de *funciones públicas*. El *mandado de segurança*, por su rito simplificado y la prioridad en su tramitación, permite obtener tutela judicial rápidamente si se cumple con los requisitos descritos anteriormente. Por ello, la figura de la autoridad coercitiva es central para la comprensión del instituto y para la inserción del mandato de seguridad en el contexto jurídico nacional.

<sup>322</sup> STF, 2ª Turma, Agravo Regimental em Mandado de Segurança n° 31.998-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 24/06/2014, por unanimidade; STF, 1ª Turma, Mandado de Segurança n° 30.860-DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28/08/2012, por unanimidad; STF, 1ª Turma, Mandado de Segurança n° 28.074-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 22/05/2012, por unanimidad.

<sup>323</sup> Texto original en portugués.

Esto nos lleva, nuevamente, al instituto arbitral y, más precisamente, a la figura del árbitro. El arbitraje, al ser un sistema separado, también tiene sus propios mecanismos de control de decisiones, dentro de los límites de la Ley de Arbitraje, así como sus propias reglas de procedimiento. En este sentido, el árbitro realiza una actividad jurisdiccional, pero sin perder las características inherentes al modelo arbitral, – en especial, su cualidad de actividad privada, con fundamento negocial en base a derechos disponibles.<sup>324</sup> Uno de los puntos centrales para la actuación del árbitro en la causa es equiparar su decisión con la sentencia judicial, según el art. 31 de la Ley de Arbitraje y que refuerza el carácter jurisdiccional del arbitraje.<sup>325</sup> El árbitro, por lo tanto, ejerce jurisdicción sobre una disputa específica, pero actúa como una persona contratada para hacerlo, con fundamento en un negocio jurídico que involucra derechos patrimoniales disponibles.

Eso también nos ayuda a entender por qué el *mandado de segurança* se aparta del instituto de arbitraje. El árbitro, al ejercer la función para la cual fue contratado, no se equipara a un agente público, en tanto que ejerce una actividad privada y que no se convierte en un cargo público.<sup>326</sup> En este sentido, el art. 31 de la Ley de Arbitraje promueve la equivalencia jurisdiccional entre árbitros y jueces, al atribuir al laudo arbitral los mismos *efectos* que el laudo judicial, pero sin la equiparación de funciones.<sup>327</sup> Además del efecto de las sentencias, el enfoque funcional entre árbitros estatales y jueces traída por la Ley de Arbitraje se encuentra en el art. 17, que equipara al árbitro a un funcionario público *únicamente a los efectos del derecho penal*, reforzando así que la actividad del árbitro en sí no se considera una función pública.<sup>328</sup> Por tanto, es inviable afirmar que el árbitro actúa como una *autoridad coercitiva*, de modo que sus acciones no pueden ser controladas por medio del *mandando de segurança*.

Algunos autores sostienen que el *mandando de segurança* podría ser admitido en situaciones muy excepcionales, no amparadas por las herramientas relacionadas con el arbitraje, – como la acción de nulidad, las medidas cautelares relacionadas con el arbitraje y

<sup>324</sup> En este sentido, el árbitro es considerado como un prestador de servicios, contratado por las partes para ejercer jurisdicción para un conflicto en particular (HENRY, Marc, “Do Contrato de Árbitro: o Árbitro, um Prestador de Serviços”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 6, São Paulo, p. 65-74, 2005). Sobre la naturaleza contractual de la relación entre árbitro y partes, ver: ALVES, Rafael Francisco, *Árbitro e Direito: o Julgamento do Mérito na Arbitragem*, São Paulo: Almedina, 2018, p. 61-65.

<sup>325</sup> Alves, Rafael Francisco, *Árbitro e Direito*, p. 66; FONSECA, Rodrigo Garcia da. “Reflexões sobre a Sentença Arbitral”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, p. 40-74, 2005.

<sup>326</sup> Wladeck, Felipe Sripes, “Árbitro pode ser Autoridade Coatora em Mandado de Segurança?”, *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, p. 201–217, 2013, p. 207–214.

<sup>327</sup> Santos, *O Não Cabimento de Mandado de Segurança contra Ato de Árbitro ou Tribunal Arbitral*, p. 10; Wladeck, “Árbitro pode ser Autoridade Coatora em Mandado de Segurança?”, p. 212.

<sup>328</sup> Santos, *O Não Cabimento de Mandado de Segurança contra Ato de Árbitro ou Tribunal Arbitral*, p. 16; De Andrade, “Descabimento de Mandado de Segurança Impetrado contra Sentença de Tribunal Arbitral”, p. 5; MEJIAS, Lucas Britto, *Controle da Atividade do Árbitro*, Mestrado em Direito Processual, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 244.

las impugnaciones de sentencias arbitrales bajo los embargos del deudor o el cumplimiento de sentencia, – es decir, las llamadas "decisiones teratológicas". Sin embargo, los propios autores admiten que tal expediente *subvertiría la lógica del arbitraje*, ya que las propias partes decidieron someter la controversia a la jurisdicción arbitral, lo que exigiría mayor cautela en el uso del mandato de seguridad incluso en estas situaciones.<sup>329</sup> La dificultad para admitir el *mandando de segurança*, incluso en estos casos excepcionales, es que el alcance de la actuación del instituto presupone la figura de la autoridad coercitiva, de carácter público ineludible, lo que no ocurre con el árbitro que, por las disposiciones legales antes mencionadas, no se ajusta a esa definición.

Esta conclusión está en consonancia con la constatación de que el arbitraje opera en medio de un sistema diferente y cuyo control por parte del Poder Judicial se ejerce de manera excepcional y *a posteriori*, en las condiciones previstas por la Ley de Arbitraje.<sup>330</sup> Este es, esencialmente, el punto de encuentro entre arbitraje y control judicial, en la medida en que la invalidación del laudo arbitral fue el mecanismo adoptado por el legislador para admitir, en casos restringidos y que devolverán de nuevo el conflicto al árbitro, la interferencia del Poder Judicial en el arbitraje.<sup>331</sup> Sería incongruente admitir un instituto excepcional – como es el *mandando de segurança* – en un sistema especializado como el arbitraje, que ya tiene sus herramientas especializadas de control de las decisiones de los árbitros y que no alcanzan su mérito. Establecido el contexto en el que se inserta el mandato de seguridad, es posible proceder al análisis de sus limitados encuentros con el arbitraje en la jurisprudencia brasileña.

#### IV. UN EJEMPLO BRASILEÑO: RECONOCIMIENTO DE LA SINGULARIDAD DEL ARBITRAJE

La existencia de un sistema propio de arbitraje en Brasil se ve acentuada por los debates sobre la compatibilidad de la Ley de Arbitraje con la Constitución Federal,

<sup>329</sup> Wald; Garcia Da Fonseca, "O Mandado de Segurança e a Arbitragem".

<sup>330</sup> Ladeira, "Conflito de Competência em Matéria de Arbitragem", p. 49.

<sup>331</sup> "Houve uma nítida preocupação do legislador em evitar que a porta da ordem pública ficasse escancarada para o questionamento das sentenças arbitrais nacionais, e por ela o Judiciário passasse a rejugar o mérito das causas submetidas à arbitragem" (Fonseca, Rodrigo Garcia da, Impugnação da Sentença Arbitral. Carmona, Carlos Alberto; Lemes, Selma Maria Ferreira; Martins, Pedro Antônio Batista, *20 Anos da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz*, São Paulo: Atlas, 2017, p. 660). Traducción en español: "Hubo una nítida preocupación del legislador de evitar que la puerta del orden público se quedara abierta de par en par para el cuestionamiento de los laudos arbitrales nacionales, por lo que el Poder Judicial comenzó a volver a jugar el mérito de los casos sometidos a arbitraje". Además: "os casos de nulidade da sentença arbitral - para utilizar a expressão endossada pela Lei são taxativos, de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo" (Carmona, Carlos Alberto, "Arbitragem e Processo": um Comentário à Lei nº 9.307/96, São Paulo: Atlas, 2009, p. 399). Traducción en español: "los casos de nulidad de la sentencia arbitral - para utilizar la expresión refrendada por la Ley- son taxativos, por lo que las partes no pueden ampliar los motivos de recusación ni establecer en el acuerdo de arbitraje nuevas formas de revisión judicial del laudo".

reconocida por la Tribunal Supremo Federal desde 2001 en el juicio de la Sentencia Extranjera Impugnada n°5.206-7 – que sirvió como hito para consolidar la convivencia de las dos “jurisdicciones”<sup>332</sup>.

Como explorado, la jurisdicción arbitral y la jurisdicción estatal no están aisladas – ese también es el caso de Brasil, que sigue la solución de la Ley Modelo de CNUDMI. El Poder Judicial, que monopoliza el poder del imperio, está llamado a promover el apoyo al arbitraje, ya sea en la ejecución específica de cláusulas arbitrales (según el art. 7 de la Ley de Arbitraje), como en las medidas previas de urgencia (arts. 22-A y 22-B de la Ley de Arbitraje), o en la ejecución de los actos solicitados por el árbitro, mediante el uso de la carta arbitral (art. 22-C de la Ley de Arbitraje). La ley establece esos mecanismos de cooperación para implementar y hacer efectiva la jurisdicción arbitral.<sup>333</sup>

La cooperación en Brasil no significa, sin embargo, interferencia. La ley también prestó atención a este tema y estableció hipótesis de invalidación del laudo arbitral, las cuales son muy restringidas y solo aplicables en casos de *errores in procedendo*. Como señala el art. 32 de la Ley de Arbitraje, ninguno de estos supuestos permite revisar el fondo de la sentencia dictada<sup>334</sup>, respecto de la opción de las partes de renunciar a la jurisdicción estatal para resolver la controversia<sup>335</sup>.

Así, el *mandando de segurança* no aparece como una medida de cooperación entre las distintas esferas jurisdiccionales. Como se señaló anteriormente, se trata de un recurso

<sup>332</sup> En este sentido, vale mencionar los resultados de pesquisa coordinada por el Comitê Brasileiro de Arbitragem en colaboración con la Fundação Getúlio Vargas, demostrando que la jurisprudencia brasileña posee una visión positiva con relación al arbitraje. Disponible en: <<https://bit.ly/2Flexox>>.

<sup>333</sup> Martins, Pedro Antônio Batista, “A Arbitragem na Visão do Poder Judiciário”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, pp. 7-15, 2003, pp. 10-11.

<sup>334</sup> En este sentido: “*doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que o mérito da sentença arbitral é intangível. O que o árbitro ou tribunal arbitral decidiu não pode ser revisto pelo juiz estatal*” (FARIA, Marcela Kohlbach de, “Ação Anulatória da Sentença Arbitral: Aspectos e Limites”, *Brasília: Gazeta Jurídica*, 2014, p. 183). Traducción en español: “*La doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en el sentido de que el mérito del laudo arbitral es intangible. Lo que el árbitro o el tribunal arbitral decidió no puede ser revisado por el juez estatal*”.

Además: “*nota-se que de um modo geral as hipóteses previstas na lei para a invalidação da sentença arbitral decorrem de vícios procedimentais. Anula-se - ou decreta-se a nulidade - da sentença arbitral em razão do error in procedendo, mas a legislação de regência do instituto não contemplou a possibilidade de invalidação da sentença arbitral em função do error in judicando*” (FONSECA, Rodrigo Garcia da. *Reflexões sobre a Sentença Arbitral*, p. 40-74). Traducción en español: “*Cabe señalar que, en general, las hipótesis previstas por la ley para la invalidación del laudo arbitral se deben a vicios de procedimiento. El laudo arbitral es anulado - o declarado nulo - debido al error in procedendo, pero la legislación que rige el instituto no contemplaba la posibilidad de invalidación del laudo arbitral debido al error in judicando*”.

<sup>335</sup> Para la convención de arbitraje como negocio jurídico procesal de renuncia a la jurisdicción estatal, ver: Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem E Processo*, p. 102; Braghetta, Adriana, “Cláusula Arbitral en Contrato Internacional Celebrado antes de la Ley n° 9.307/96 – Caso Campari”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 1, p. 105-118, 2004.

constitucional de alcance restringido y destinado a impugnar las acciones de las autoridades coercitivas. Su uso en arbitraje pierde sentido, ya que el modelo arbitral brasileño adopta la acción de nulidad (artículos 32 y 33 de la Ley de Arbitraje) como una forma de impugnar las decisiones arbitrales<sup>336</sup>.

Además de los argumentos teóricos descritos anteriormente, la práctica de los tribunales demuestra la inadecuación de utilizar el mandato de seguridad contra las decisiones arbitrales. Antes de la introducción de la Ley de Arbitraje en 1996, la discusión sobre la idoneidad no tendría ningún sentido, ya que el “falso equivalente” responsable del debate – la equivalencia jurisdiccional entre árbitros y jueces – no existía. Después de 24 años de la introducción de la Ley de Arbitraje, no existe una decisión positiva por parte de los Tribunales Supremos en caso de impetración de mandato de seguridad contra una decisión arbitral. De hecho, en las limitadas (3) veces que se utilizó el instrumento, los tribunales decidieron rechazarlo. Una breve descripción de los principales casos revela la resistencia con el uso del mecanismo.

El caso más discutido es el *mandando de segurança* interpuesto por la *Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô* ante el Tribunal Arbitral del Caso 15.283 / JRF<sup>337</sup>, en un procedimiento administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. El referido procedimiento arbitral trataba de una disputa entre el *Consortio Via Amarela* y *Metrô*, sociedad de capital mixto. El *Consortio Via Amarela*, responsable de la construcción de la Línea Amarilla del Metro de São Paulo, solicitó el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, alegando que hubo cambios en los equipos de excavación de los túneles de construcción que resultarían en costos adicionales de casi R\$ 200 millones. El tema había sido discutido previamente por un *dispute board* formado por ingenieros, que concluyó de manera favorable a *Via Amarela*.

En junio de 2009, se dictó un laudo arbitral parcial que reconoció el derecho del Consortio a la indemnización y determinó que el *quantum* de la compensación debería ser determinado por pericia contable. *Metrô* refutó el uso de la pericia contable, manteniendo la necesidad de pericia en ingeniería para evaluar los costos de cada tecnología, que dependería de varios factores. Ante la negativa de la Corte, *Metrô* interpuso un *mandando de segurança* para discutir la realización de dicha prueba.

En una decisión preliminar, el tribunal de 1ª instancia dictó la realización de la pericia según los términos solicitados por *Metrô*, sosteniendo que habría existido una controversia fundada sobre los costos de cada tecnología, por lo que la denegación de la

---

<sup>336</sup> Incluso su uso como herramienta de apoyo al establecimiento del arbitraje es extremadamente limitado, dada la existencia de mecanismos más apropiados. Ver: WALD; Garcia Da Fonseca, “O Mandado de Segurança e a Arbitragem”, p. 13.

<sup>337</sup> TJ/SP, Mandado de Segurança nº 0017261-67.2010.8.26.0053, 13ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, Juíza de Direito Maria Gabriella Pavlopoulos Spaolonzi, j. 16/07/2012.

prueba pericial no se encontraría “*armonía con el Principio de Razonabilidad y de la Supremacía del Interés Público sobre el interés del Consorcio Via Amarela*”<sup>338</sup>. La decisión preliminar incluso admitió que la idoneidad del *mandado de segurança* contra un acto practicado por un árbitro es controvertida en la doctrina brasileña, pero argumentó que esta divergencia debería estar limitada al campo de los derechos disponibles y que, en este caso, el mecanismo sería aplicable por ser impetrado ante actos irregulares o practicados con abuso de poder por parte de árbitros, que se equipararían a funcionarios públicos.

Los argumentos fueron desarrollados por el tribunal en una decisión posterior, que analizó la solicitud de admisión del *Consorcio Via Amarela* como parte necesario del arbitraje (litisconsorte). Manifestó, en ese momento, que el régimen jurídico - privado o público - de una determinada empresa estatal no sería relevante para evaluar la disponibilidad de derechos y la posibilidad de ser objeto de arbitraje en los términos del art. 1º de la Ley de Arbitraje. El factor relevante aquí sería la naturaleza del servicio prestado. La decisión cita el precedente del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual “*cuando las actividades desarrolladas por la empresa estatal surjan del poder de imperio de la Administración Pública, y, en consecuentemente, en su consecución esté directamente relacionada con el interés público primario, se involucrarán derechos indisponibles, y, por tanto, no sujetos a arbitraje*”<sup>339</sup>. Por tanto, dado que el contrato entre *Metrô* y el *Consorcio* no sería puramente comercial y afectaría a un interés público esencial, los derechos en cuestión no serían disponibles<sup>340</sup>.

Como se señaló, por tanto, la posición del Juicio no se centró esencialmente en la figura del árbitro en sí, sino que se basó esencialmente en un criterio (equivocado) de arbitrabilidad derivado del carácter público de uno de los litigantes para concluir que, por la indisponibilidad de derechos, se admitía la intervención del Poder Judicial.

La decisión preliminar fue modificada como resultado de un recurso de “*agravo de instrumento*” interpuesto por el *Consorcio Via Amarela*. En sentencia, la Corte de Justicia de São Paulo concluyó que, *a priori*, no existiría irregularidad en el trámite del Tribunal Arbitral, habiendo observado las reglas de la Ley de Arbitraje.<sup>341</sup> La sentencia contó con el aporte del Comité Brasileño de Arbitraje - CBAr, como *amicus curiae*, que destacó el efecto negativo de la convención arbitral previsto tanto en la Convención de Nueva York como en la Ley de Arbitraje y el Código de Procedimiento Civil. En este sentido, la

<sup>338</sup> Texto original en portugués.

<sup>339</sup> STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 606.345/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, j. 17/05/2007, por unanimidad. Texto original en portugués.

<sup>340</sup> Destacando las peculiaridades que existían inicialmente en los arbitrajes en los que intervenía el Poder Público o, como en el caso, la economía mixta o las empresas públicas, ver: Tawil, Guido Santiago, *On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine*, in: Van Den Berg, Albert Jan (Org.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, v. 15, p. 325–347.

<sup>341</sup> TJ/SP, 5ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 0284191-48.2010.8.26.0000, Rel. Desembargador Franco Cocuzza, j. 14/03/2011, por unanimidad.

cláusula compromisoria aparta a la jurisdicción estatal de la solución de controversias relativos a esa relación contractual, sin control judicial sobre los actos realizados por los árbitros. A la espera del proceso arbitral, y de acuerdo con el principio de *kompetenz-kompetenz*, el árbitro tiene jurisdicción exclusiva para decidir cuestiones sobre su propia competencia o sobre la validez de la cláusula arbitral. La intervención del Estado solo se producirá *a posteriori*, en la fase post arbitraje.

El CBAr también discutió la inadecuación del *mandado de segurança*. En primer lugar, está la barrera como resultado de la interpretación del art. 6, § 5 de la Ley 12.016/2009. Aunque el árbitro desempeñe el papel de juez de hecho y de derecho, no puede ser equiparado a la autoridad pública. Por otra parte, el *mandado de segurança* se justifica ante un acto de imperio comisivo u omisivo ejercido por el Poder Público o su delegado (concesionarios, permisionarios y similares), lo que no ocurre en el arbitraje porque no hay delegación del poder público, sino el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que renuncian a la jurisdicción estatal. Así pues, aunque el árbitro es un juez de hecho y de derecho dentro del procedimiento de arbitraje, desempeña una función eminentemente privada y sus actos no tienen poder coercitivo. Por último, el CBAr destacó que el desarrollo del instituto de arbitraje en Brasil, su imagen de entorno propicio para el desarrollo del instituto y el cumplimiento de los compromisos internacionales (especialmente la Convención de Nueva York) asumidos por el país dependen de la relación armoniosa con el Poder Judicial y la garantía de seguridad jurídica y previsibilidad.

Posteriormente, el caso se resolvió por una cuestión lateral. En una decisión de julio de 2012, el tribunal de 1ª instancia reconoció la decadencia del derecho a presentar el *mandado de segurança*, de conformidad con el art. 23 de la Ley nº 12.016/2009, iniciando el cómputo del período a partir de la decisión arbitral que rechazó la pericia, y no de la última decisión que juzgó las solicitudes de aclaración de *Metro*. La decisión no fue apelada, por lo que la última decisión dictada al respecto fue la del Tribunal de Justicia de São Paulo, que revocó la preliminar concedida.

El segundo caso<sup>342</sup> fue presentado por la *Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP*, impugnando una orden procesal sentenciada por una árbitra única. La controversia se refería a un contrato de construcción en el que *Franca Expansão S.A.*, contratada por *SABESP*, alegaba dificultades en la liberación de fondos de financiación bancaria y para la ejecución de las obras, lo que podía dar lugar a la aplicación de sanciones administrativas por incumplimiento de contrato. Inicialmente, *Franca* presentó una orden cautelar preparatoria - que más tarde se convirtió en una demanda ordinaria - con el fin de suspender la acción de inspección de *SABESP*, pero su solicitud de orden preliminar fue rechazada en 1ª instancia y en sede de recurso. De forma continuada, *Franca* solicitó la instauración de un procedimiento arbitral, informando de este hecho al tribunal de la acción cautelar, que fue extinguida, siendo argumentado por el tribunal que

<sup>342</sup> TJ/SP, Mandado de Segurança nº 0017638-91.2017.8.26.0053, 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, Juiz de Direito Josué Vilela Pimentel, j. 01/12/2017.

correspondería a los árbitros considerar medidas cautelares o de urgencia, de acuerdo con el art. 22-B de la Ley de Arbitraje. *SABESP* apeló, afirmando que el asunto debía resolverse sólo en la jurisdicción estatal porque se trataba del ejercicio del poder del imperio y, por consiguiente, del derecho no disponible. La apelación fue concedida.<sup>343</sup> Simultáneamente, la árbitra única emitió una orden procesal determinando la suspensión de los efectos de las sanciones y penas ya impuestas por *SABESP*. A la luz de esto, *SABESP* presentó un escrito de *mandado de segurança*, alegando que el orden procesal y el juicio en la apelación eran contradictorios y sosteniendo que el árbitro era tratado como un funcionario público, así como la imposibilidad de sumisión de interés no disponible al tribunal arbitral.

El CBAr también se manifestó en este escrito de *mandado de segurança*, como *amicus curiae*, defendiendo la inadecuación uso del *mandado de segurança* y la imposibilidad de cuestionar judicialmente los actos del árbitro durante el procedimiento, lo que eliminaría del instituto la característica de decisiones inapelables.

La sentencia adoptó los argumentos presentados por CBAr y concluyó que: "*el Tribunal Arbitral o el Árbitro Único no son técnicamente equivalentes a la figura de la autoridad pública, y por lo tanto no pueden figurar en el polo pasivo del mandamus, según el art. 5º, LXIX, CF y el art. 1, Ley 12.016/09. Particulares sólo pueden aparecer en el polo pasivo si el acto se realizó en el ejercicio del servicio público, lo que no es el caso aquí*"<sup>344</sup>. Así pues, no sería posible cuestionar las decisiones arbitrales, especialmente los actos de los árbitros, de la manera elegida. *SABESP* presentó una apelación, pero posteriormente la retiró.

Finalmente, una tercera decisión sobre esta cuestión fue emitida por el Tribunal de Justicia de São Paulo y también abordó directamente la cuestión.<sup>345</sup> Se trataba de un *mandado de segurança* contra una árbitra única: el demandante había celebrado un acuerdo de franquicia con cláusula de arbitraje, en calidad de franquiciado, y había iniciado un procedimiento de arbitraje contra el franquiciador reclamando una indemnización por daños materiales y morales. La solicitud fue desestimada por la árbitra y el franquiciado impetró un mandato de seguridad solicitando la anulación de la decisión, declarando que el árbitro debería ser equiparado a una autoridad pública a los efectos de un mandato de seguridad, de conformidad con el artículo 1, § 1 de la Ley N° 12.016/2009.

La solicitud fue rechazada en 1ª instancia, concluyendo el juez que el sistema de arbitraje es absolutamente privado, y que la equiparación mencionada no tendría cabida.

<sup>343</sup> TJ/SP, Apelação nº 1016607-87.2015.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargadora Maria Laura Tavares, j. 01/08/2016, por unanimidad. La decisión del Tribunal de Justicia de São Paulo fue objeto de un Recurso Especial de Franca. Sin embargo, su seguimiento fue negado por el Tribunal de Justicia y, más tarde, el recurso de Franca dejó de ser conocido por ser inoportuno.

<sup>344</sup> Texto original en português.

<sup>345</sup> TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação em Mandado de Segurança nº 0120145-96.2011.8.26.0100, Rel. Desembargador Pereira Calças, j. 13/09/2011, por unanimidade.



En un juicio de apelación, el Tribunal de Justicia confirmó la decisión de 1ª instancia y declaró que las partes, de forma libre y autónoma, habían acordado resolver cualquier controversia mediante arbitraje, por lo que no había como hablar sobre violación de la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción. Además, la equiparación a la autoridad pública "*aunque se interprete de manera extensiva, no tiene la capacidad de llegar a los árbitros, sobre todo teniendo en cuenta que la Ley de Arbitraje prevé procedimientos específicos para los eventuales casos de nulidad (artículo 33, de la Ley Nº 9307/96)*". Por último, los derechos reclamados por decisiones del demandante serían patrimoniales y disponibles, no encajando en ninguna de las hipótesis de medidas de emergencia o cautelares previstas en el art. 22, párrafo 4 de la Ley de Arbitraje.

El Tribunal de Justicia de São Paulo, en estos dos casos, refuerza la especialidad del instituto de arbitraje y su desvinculación de los mecanismos de uso común en la jurisdicción estatal. La refutación del uso de decisiones dadas contra un acto realizado por un árbitro es un reflejo directo de la coexistencia de diferentes sistemas guiados por la no intervención, recordando siempre que la adopción del arbitraje es una elección de las partes inscrita en su libertad de contratar y fundamentada en la Ley de Arbitraje. El árbitro, a su vez, no está vinculado a los mismos mecanismos generalmente aplicables a los jueces togados. Como se ha visto, el árbitro da la última palabra sobre el fondo de la disputa y goza de la confianza de las partes, que han optado por resolver sus litigios por este método.

Además de los debates jurisprudenciales y de las observaciones más específicas sobre la incompatibilidad entre el *mandando de segurança* y el arbitraje, desarrolladas anteriormente en la Parte 3, hay otros acontecimientos en el Brasil que refuerzan el reconocimiento del arbitraje como un microsistema especial.

La doctrina se ha consolidado desde hace mucho tiempo en lo que respecta a la no aplicación de las normas del Código de Proceso Civil al arbitraje, - ni siquiera de manera subsidiaria.<sup>346</sup> Esta es una reafirmación más de que el arbitraje forma parte de un sistema

---

<sup>346</sup> "As eventuais lacunas do procedimento adotado pelas partes não precisarão ser necessariamente preenchidas com a utilização de dispositivos do Código de Processo Civil. Creio que a advertência é importante, pois é comum a invocação no procedimento arbitral de preceitos típicos do procedimento comum, reportando-se por vezes alguma das partes a determinadas regras da lei processual. A Lei de Arbitragem não contém norma que determine o emprego subsidiário da lei processual para suprir omissões no procedimento utilizado pelas partes. Assim, não há razão para impor ao árbitro, no eventual preenchimento de lacunas procedimentais, regras do Código. Aplicam-se sempre, isso sim, os princípios gerais do processo, com os temperamentos naturais que o processo deve sofrer quando passa para o âmbito extrajudicial" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, pp. 292-293). Traducción en español: "Las eventuales lagunas en el procedimiento adoptado por las partes no tienen por qué ser subsanadas mediante la aplicación de las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Creo que la advertencia es importante, ya que es común invocar en el procedimiento de arbitraje preceptos típicos del procedimiento común, refiriéndose a veces a ciertas reglas del derecho procesal. La Ley de Arbitraje no contiene normas que determinen el uso subsidiario del derecho procesal para subsanar omisiones en el procedimiento utilizado por las partes. Por lo tanto, no hay razón para imponer al árbitro, en el eventual relleno de lagunas procesales, normas del Código. Más bien, se aplican siempre los principios generales del procedimiento, con los temperamentos naturales que el proceso debe sufrir cuando pasa al ámbito

que difiere de la jurisdicción estatal y no adopta los mismos instrumentos disponibles en este país.

En este sentido, los puntos de posible interferencia del Poder Judicial en el arbitraje son pocos y se limitan a los aspectos procesales que aporta el art. 32 de la Ley de Arbitraje que, según la doctrina mayoritaria, se trata de un rol que agota las hipótesis de invalidación del laudo arbitral.<sup>347</sup>

Todos estos aspectos refuerzan la idea de que ninguna solución se transfiere directamente del sistema estatal al sistema de arbitraje. Por lo tanto, por su propia funcionalidad, no tiene sentido utilizar el mandato de seguridad contra decisiones y sentencias arbitrales.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

Considero, como se ha visto anteriormente, que la práctica en el Brasil de utilizar el recurso constitucional contra el acto del árbitro es bastante diferente de la experiencia de otros países latinoamericanos que utilizan ampliamente el escudo del amparo, lo que es muy criticado por implicar una interferencia del Estado fuera de las previsiones del sistema de arbitraje y, en última instancia, genera ineficiencias en el arbitraje como método e inseguridad para las empresas y otros *players*.

Me parece que es importante un cambio de perspectiva. Invito a los Jueces Estatales a que eventualmente reciban un amparo/ *mandado de segurança* contra los actos o decisiones de los árbitros para analizar el arbitraje como un sistema propio, sin sucumbir a las transposiciones de herramientas del sistema estatal.

Al reconocer que: el arbitraje es un microsistema con una lógica propia; que el laudo arbitral es final, no estando sujeto a apelaciones en cuanto al mérito (y, por consiguiente, no estando sujeto al doble grado de jurisdicción aplicable a las decisiones judiciales); que las partes en un procedimiento de arbitraje son libres (y responsables) de elegir el árbitro o la metodología para elegirlo (lo que justifica incluso la falta necesidad del doble grado de jurisdicción); que la intervención estatal debe ser mínima y el control formal debe ejercido después de que se haya dictado el laudo; que los principios básicos se derivan de un acuerdo global consolidado (Ley Modelo de la CNUDMI y la Convención de Nueva York) para que los laudos puedan circular y ser reconocidos en otras jurisdicciones (y que, por lo tanto, no se debe crearse barreras locales no previstas en el sistema mundial); me parece que la conclusión es clara en el sentido de que es imposible proponer una orden de amparo/*mandado de segurança* contra las decisiones y el laudo del árbitro.

---

extrajudicial". Además: CARMONA, Carlos Alberto, "Flexibilização do Procedimento Arbitral", *Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 24, São Paulo, pp. 7-21, 2009, p. 14.

<sup>347</sup> Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, p. 399; Yarshell, Flávio Luiz, *Ação rescisória: Juízos Rescindente e Rescisório*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208-209.

## COLOMBIA

### TUTELA CONTRA LAUDOS ARBITRALES EN COLOMBIA

*Bernardo Salazar Parra*

#### I. INTRODUCCIÓN

La acción de tutela está contemplada en Colombia desde 1991 a partir de la incorporación al ordenamiento jurídico de una nueva constitución en ese año. En su artículo 86 incorporó la acción de tutela como un mecanismo de protección de derechos fundamentales amenazados o violados por una autoridad pública o particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.<sup>348</sup>

Lo anterior implica que existen dos posibilidades de que proceda la tutela contra laudos arbitrales. La primera que se considere que los árbitros son autoridades públicas y la segunda que las partes se encuentran de alguna forma en una situación de subordinación o indefensión. En el arbitraje nacional desde el punto de vista normativo y para la jurisprudencia, los árbitros ejercen una función jurisdiccional transitoria como si fueran jueces y sujetos a la misma responsabilidad de ellos. Esta razón ha permitido que en Colombia se haya desarrollado jurisprudencialmente la posibilidad de interponer acciones de tutela directamente en contra de los laudos arbitrales y no solamente frente a la providencia judicial que resuelve el recurso de anulación como ocurre en otras jurisdicciones. Jurisprudencia un poco más reciente ha permitido igualmente la posibilidad de interponer la acción de tutela en contra de laudos proferidos por un tribunal de arbitraje internacional con sede en Colombia.

---

348 El artículo 86 de la Constitución Política establece: en los siguientes términos: *Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.* En Colombia se han tramitado aproximadamente 7.880.707 tutelas desde 1991 hasta el 2019 y se deciden alrededor de 620.242 por año. Corte Constitucional, *Tutelas Radicadas en la Corte Constitucional, Periodo de Reporte:* 1992 – marzo 2020, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>, consultado el 14 de agosto de 2020.

Teniendo en cuenta la distinción del régimen dualista colombiano, el artículo está dividido en dos partes. La primera relativa a la procedencia de la tutela en el arbitraje nacional y la segunda relativa a la procedencia respecto de laudos proferidos por un tribunal de arbitraje internacional con sede en Colombia. En ambas partes incluyo información básica de algunos de los precedentes más conocidos que han abordado el asunto y que darán al lector una idea de cómo se ha desarrollado y cuál es el fundamento esgrimido por la Corte Constitucional para la posibilidad de que proceda la tutela contra laudos, las causales o requisitos y elementos distintivos entre la situación en arbitraje nacional e internacional, así como un breve análisis final de los mismos.

## II. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS EN ARBITRAJE NACIONAL

### A. VISIÓN JUDICIAL DEL ARBITRAJE NACIONAL

El arbitraje nacional ha tenido en Colombia un marcado tinte jurisdiccional que se inicia mucho tiempo antes de la promulgación de la Constitución de 1991. La visión “judicial” del arbitraje remonta sus primeros antecedentes jurisprudenciales y normativos al siglo XIX, en donde no se ubica al arbitraje como un tipo de contrato sino como una clase de procedimiento, regulado en los ordenamientos procedimentales judiciales y en los que se asemeja la decisión de los árbitros a una sentencia y su responsabilidad a la de los jueces.<sup>349</sup>

El Código Judicial del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858, por ejemplo, establecía denominaba a los árbitros como “jueces árbitros” y asemejaba su responsabilidad a la de los jueces ordinarios.<sup>350</sup> De manera subsiguiente, la Ley 105 de 1890, estableció que los laudos tenían el mismo carácter de una sentencia proferida por un juez ordinario y que, por lo tanto, las causales para alegar la nulidad del laudo eran semejantes a las requeridas para la anulación de una sentencia.<sup>351</sup> Así mismo, la Ley 103 de 1923, el Código Judicial de

<sup>349</sup> Es importante destacar que la legislación no se limita a darle los efectos de cosa juzgada al laudo. El lenguaje del legislador va mucho más allá e identifica los laudos con sentencias y asimila la responsabilidad del árbitro a la del juez. La aproximación legislativa se ubica más en una visión jurisdiccional del arbitraje que contractual.

<sup>350</sup> Código Judicial del Estado Soberano de Cundinamarca de 1858: *En lo demás los Jueces árbitros de derecho conocen y sentencian lo mismo que los Jueces ordinarios, y son responsables en los mismos casos y por las mismas causas que éstos.*

<sup>351</sup> Ley 105 de 1890 Art. 316. *Los arbitradores escribirán la sentencia en seguida de la diligencia de aceptación; la continuaran en papel sellado y la firmaran con los testigos, vecinos del lugar y de buen crédito. **Esta sentencia** tiene el mismo carácter y produce los mismos efectos que si hubiera sido dictada por un Juez de derecho en juicio ordinario; pudiendo, en consecuencia, alegarse la nulidad de la misma en el caso y en los términos del artículo 131 de esta ley, y también cuando la sentencia no se hubiere dictado en consonancia de lo establecido en la escritura o documento de compromiso (...)* (He subrayado)

Art. 131. *El no dictarse una sentencia en la forma prevenida en el Código, tampoco induce nulidad que pueda declararse en el juicio. Pero si la sentencia no expresa claramente los derechos y deberes que de ella deben resaltar a las partes puede excepcionarse de nulidad al tratar de ejecutarse, o*

1931 y posteriormente el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio, afianzaron la naturaleza judicial del arbitraje al tratarlo como un tipo de proceso.<sup>352</sup>

La judicialización del arbitraje se consolidó de forma contundente en la Constitución de 1991, la cual incluyó en su Título V, relativo a la Organización del Estado, Capítulo 1, de la Estructura del Estado, el concepto de que la Rama Judicial era una de las tres que conforman el poder público y que “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad..*”. Este concepto se reiteró a nivel legislativo en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia<sup>353</sup> y en la ley 446 de 1998.<sup>354</sup> Por último, el actual Estatuto Arbitral también refleja el carácter jurisdiccional al referirse al laudo como

---

*pedir su anulación en juicio ordinario, lo cual no obsta para que se pueda aclarar la sentencia oscura conforme al artículo 860.*

<sup>352</sup> La Ley 103 de 1923, Código Judicial Art. 1144, por su parte dispuso: (...). ***Esta sentencia obliga a las partes y a sus sucesores, a contar desde que se firmó la escritura o documento de compromiso, como un contrato consignado por escritura pública; no es apelable y sólo puede anularse: 1º, por nulidad del compromiso considerado como contrato; 2º, por no haberse dictado en consonancia con lo establecido en el compromiso, y 3º, por ser oscura o contradictoria, pero sólo en lo oscuro o contradictorio. Esta última nulidad puede alegarse como excepción. Los arbitradores pueden corregir, aclarar o adicionar las sentencias en la misma forma y en los mismos términos que los Jueces de derecho.*** (He subrayado)

El Código de Procedimiento Civil de 1970 incluyó al arbitraje dentro del libro tercero que contenía los tipos de procesos. En el artículo 675 asimiló los árbitros a los jueces de la siguiente forma: “**DEBERES, PODERES, FACULTADES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ÁRBITROS.** *Los árbitros tendrán los deberes, poderes, facultades y responsabilidades que para los jueces se consagran en los artículos 37 a 40 y responderán de los perjuicios que causen a las partes por el incumplimiento de sus funciones. También estarán sujetos a las sanciones penales establecidas para los jueces*”.

El Código de Comercio, Decreto 410 de 1971, concebía al arbitramento como un tipo de proceso: **ARTÍCULO 2017.** *Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señala el término para el proceso...* Asimismo, contemplaba un régimen de responsabilidad semejante al de los jueces: “**Artículo 2023.** *Los árbitros tendrán los deberes, poderes, facultades y responsabilidades que para los jueces se consagran en los artículos 37 a 40 del Código de Procedimiento Civil y responderá de los perjuicios que causen a las partes por el incumplimiento de sus funciones. También estarán sujetos a las sanciones penales establecidas para los jueces.*”. Esta misma norma fue reproducida en el artículo 114 de la Ley 23 de 1991 que modificó el artículo 45 del Decreto 2279 de 1989, que a su vez reguló el arbitraje entre particulares y derogó los artículos respectivos del Código de Procedimiento Civil que regulaban la materia. (He subrayado)

<sup>353</sup> Ley 270 de 1996, Artículo 13, “**DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL POR OTRAS AUTORIDADES Y POR PARTICULARES**”; 3. *Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley (...)*

<sup>354</sup> Ley 446 de 1998 (Derogada por la Ley 1563 de 2012), Artículo 111. <Incorporado en el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, artículo 115.> *El artículo 1o. del Decreto 2279 de 1989, quedará así: ‘ Artículo 1o. El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral*

la sentencia que profieren los árbitros<sup>355</sup> y al establecer que la responsabilidad disciplinaria de los árbitros se rige por las normas de los servidores judiciales<sup>356</sup>.

La visión judicial del arbitraje también ha estado presente en Colombia a nivel jurisprudencial de larga data. La Corte Suprema de Justicia, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la cláusula compromisoria contenida en el Código de Procedimiento Civil de 1931, manifestó que el arbitraje tenía carácter jurisdiccional y que los árbitros fungían como verdaderos jueces ocasionales.<sup>357</sup>

De manera concomitante a la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia reiteró la naturaleza judicial del arbitraje, al declarar inconstitucional una norma que permitía a extranjeros ejercer la función de árbitros.<sup>358</sup> Este Alto Tribunal consideró en esta providencia que el arbitraje implicaba el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual se encuentra cobijada por los derechos políticos que pueden ser ejercidos únicamente por nacionales.<sup>359</sup>

En 1997 la Corte Constitucional expresó que el arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional *con carácter de función pública*, el cual se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad.<sup>360</sup> La Corte Constitucional mencionó que esta función se ejerce de manera transitoria<sup>361</sup>, por atribución del Estado.<sup>362</sup> Así mismo, las altas Cortes han manifestado que la investidura de poder jurisdiccional a los árbitros no puede extenderse a todas las materias, pues existen bienes jurídicos que no pueden ser dejados al arbitrio de un particular.<sup>363</sup> Por lo tanto, el Estado puede limitar dicha

<sup>355</sup> Ley 1563, Art. 1º (...) *El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje.* Artículos 40, 41, 42 y 43, 2012.

<sup>356</sup> Ley 1563, Artículo 19, 2012.

<sup>357</sup> Esguerra, Juan Carlos, “La Nueva Ley de Arbitraje Nacional e Internacional: ¿Por qué y para qué? ¿De dónde y hacia dónde?” *Revista Internacional de Arbitraje* No. 17, 2012 citando a su vez a la Corte Suprema de Justicia Sala Plena, MP: Luis Sarmiento Buitrago, mayo 29 de 1969. La Corte justificó su postura en el artículo 58 de la Constitución Política vigente para entonces, en el entendido de que mediante ley podían fijarse juzgados distintos a la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y los Tribunales Superiores de Distrito, y que dentro de estos nuevos juzgados debían incluirse los Tribunales Arbitrales.

<sup>358</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, M.P. Pedro Escobar Trujillo, 1991.

<sup>359</sup> *Ibidem*.

<sup>360</sup> Corte Constitucional, C-242, M.P. Hernando Herrera Vergara, 1997.

<sup>361</sup> Corte Constitucional, C-330, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 2000; en el mismo sentido, Corte Constitucional, C-431, M.P. Hernando Herrera Vergara, 1995 y Corte Constitucional, SU-174, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 2007.

<sup>362</sup> Corte Constitucional, C-538, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 2016.

<sup>363</sup> Corte Constitucional, C-330, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 2000; en el mismo sentido, Corte Constitucional, SU 174, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, 1997; Corte Constitucional, C-060, M.P. Carlos Gaviria Díaz, 2001 y Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 36.478, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, sentencia del 8 de julio de 2009.

institución, prohibiendo por ejemplo fijar las reglas de procedimiento cuando una de las partes sea el Estado<sup>364</sup>, pronunciarse sobre la validez de actos administrativos<sup>365</sup> y llevar procesos ejecutivos.<sup>366</sup>

Por vía jurisprudencial también se ha concebido una equivalencia material entre laudo arbitral y sentencia. Las altas cortes han dispuesto que el laudo es una decisión definitiva, con efectos vinculantes y de cosa juzgada, la cual debe ser acatada con todas las condiciones y características de una sentencia, por parte de quienes se encontraban en conflicto.<sup>367</sup> En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha reconocido de manera uniforme que el laudo es una decisión jurisdiccional. Lo anterior toda vez que el laudo arbitral, tal y como lo hace la sentencia, debe resolver el litigio al pronunciarse sobre los hechos, pretensiones, valorar pruebas, declarar la existencia de derechos<sup>368</sup> y de esta manera poner fin a un proceso resolviendo de manera definitiva la cuestión examinada<sup>369</sup>.

De manera adicional, la equivalencia entre sentencias judiciales y laudos arbitrales por vía jurisprudencial también se ha concebido a partir de la equivalencia entre las funciones de árbitros y jueces. En este sentido la Corte Constitucional manifestó que tanto árbitros como jueces deben cumplir con términos perentorios y que sus pronunciamientos hacen tránsito a cosa juzgada, así como pueden estar sometidos a una revisión eventual por parte de otras autoridades, y que, como consecuencia, las decisiones de árbitros como las de los jueces gozan del carácter de obligatoriedad.<sup>370</sup> Así mismo este Alto

<sup>364</sup> Corte Constitucional, C-713, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2008. Lo anterior, en línea igualmente con lo establecido por la ley Estatutaria de Justicia en su artículo 13 numeral 3ro. y la ley 1563 en su artículo 58.

<sup>365</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 36.252, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 10 de junio de 2009; Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 28.730, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 12 de agosto de 2013; Corte Constitucional, SU-174, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 2007; Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia del 20 de febrero de 2014; en el mismo sentido, Corte Constitucional, C-1436, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, 2000.

<sup>366</sup> Corte Constitucional, T-057, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, 1995; en el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 36.478, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, 2009.

<sup>367</sup> En ese sentido, en la sentencia T-244 de 2007 señaló el Alto Tribunal: “En síntesis, el proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, y el laudo arbitral es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada, adicionalmente los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual además legalmente ha sido calificada como un servicio público, por tal razón no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, y que la tutela es procedente cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral.”

<sup>368</sup> Corte Constitucional, T-058, M.P. Jaime Araújo Rentería, 2009; en este mismo sentido Corte Constitucional, T-288, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2013.

<sup>369</sup> Corte Constitucional, C-378, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 2008.

<sup>370</sup> Corte Constitucional, C-014, M.P. Mauricio González Cuervo, 2010.

Tribunal también ha sostenido que tanto árbitros como jueces ejercen una función pública establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución.<sup>371</sup>

Adicionalmente la Corte Constitucional al afirmar que el arbitraje tiene una naturaleza eminentemente procesal, ha sostenido que los particulares al impartir justicia en calidad de árbitros deben atender, dentro de la lógica del arbitraje los derechos fundamentales al debido proceso, defensa, y administración de justicia respetando los márgenes interpuestos por el legislador.<sup>372</sup>

La clara naturaleza judicial del arbitraje según la cual los árbitros ejercen una función jurisdiccional temporal y el uniforme entendimiento de que el laudo es un equivalente material de una sentencia judicial, ha permitido que resulte procedente la acción de tutela directamente frente al laudo y no solamente frente a las decisiones judiciales que resuelven el recurso de anulación, como ocurre en otras jurisdicciones.

#### B. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE PROVIDENCIAS JUDICIALES

En la medida en que el laudo proferido en arbitrajes nacionales ha sido asimilado a una providencia judicial resulta pertinente revisar los antecedentes de la tutela contra providencias judiciales. Lo anterior, en la medida en que dicha equivalencia material y la procedencia de la tutela contra providencias judiciales fue la que justificó la procedencia de tutela contra laudos.

Inicialmente la Corte Constitucional fue reticente a permitir la acción de tutela en contra de decisiones judiciales. A través de la sentencia C-054 de 1992, negó la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales al declarar inexecutable los artículos del Decreto 2591 de 1991, que permitían instaurar esta acción en contra de sentencias judiciales.<sup>373</sup>

No obstante, posteriormente la Corte Constitucional permitió la procedencia de la acción de tutela en contra de sentencias judiciales. Lo anterior, sujeto a que la decisión entrañara una *vía de hecho* entendida como la vulneración de un derecho fundamental a partir de un fundamento arbitrario.<sup>374</sup> La viabilidad de la acción de tutela en contra de providencias judiciales quedó circunscrita al cumplimiento de una serie de requisitos que de

<sup>371</sup> Corte Constitucional, C- 294, M.P. Jorge Arango Mejía, 1995

<sup>372</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU- 174, M.P. Manuel José Céspedes Espinosa, 2007

<sup>373</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-543, declaró inexecutable el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 que se refería a la posibilidad de instaurar una acción de tutela en contra de providencias judiciales, debido a su unidad normativa con los preceptos que habían sido demandados a través la demanda de inexecutable, 1 de octubre 1992.

<sup>374</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. T-424, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 1993.



manera inicial se denominaron vías de hecho y de forma posterior, causales generales y especiales de procedencia.

Estas causales generales y especiales de procedencia, también llamados requisitos generales y especiales de la acción de tutela en contra de providencias judiciales quedaron definidos en la Sentencia C-590 de 2005.<sup>375</sup> Respecto de las causales generales quedaron consignados seis, entre ellas: a) relevancia constitucional, por lo cual debe consignarse de forma expresa porqué el asunto en específico implica una afectación a los derechos fundamentales de las partes a través de la decisión proferida por los jueces, que justifique la intervención del juez constitucional en la órbita del otro funcionario judicial, b) subsidiariedad, es decir que el accionante debe haber agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable, c) inmediatez, en virtud de este requisito, se exige que el accionante haya presentado la tutela dentro de un término razonable y proporcionado desde que se profiere la decisión que ocasionó la supuesta vulneración a sus derechos fundamentales, d) en caso de que se aduzca una irregularidad procesal, se debe demostrar que ésta tuvo un efecto decisivo en la providencia impugnada y con ella se afectaron los derechos fundamentales del accionante, e) identificar, de forma razonable, precisa y suficiente los hechos que generaron la vulneración y los derechos fundamentales vulnerados y f) que no se trate de una sentencia de tutela.<sup>376</sup>

Por otra parte, en cuanto a los requisitos especiales de procedencia, la sentencia dispuso los siguientes: a) defecto orgánico, el cual se presenta cuando quien emite la decisión carece, de forma absoluta, de competencia para tal actuación, b) defecto procedimental, el cual se configura cuando se adelanta el respectivo proceso por fuera del procedimiento establecido, c) defecto fáctico, que se presenta cuando el juez carece del sustento probatorio necesario para aplicar el supuesto legal en el que fundamenta su decisión, d) defecto sustantivo, esta causal de procedencia tiene lugar cuando la decisión impugnada se basa en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, o con base en normas inexistentes o inconstitucionales, e) error inducido, se presenta cuando el juez es engañado por terceros y ese engaño resulta determinante en la decisión que se impugna, f) decisión sin motivación, esta causal opera cuando la decisión tomada por el funcionario judicial, carece de la fundamentación fáctica y jurídica que la sustenta, g) violación del precedente, el cual opera cuando el juez ordinario aplica una ley en contravía del alcance dado para un derecho fundamental por parte de la Corte Constitucional y h) violación directa de la Constitución.<sup>377</sup>

### C. ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

<sup>375</sup> Respecto de los anteriores causales la Corte Constitucional especificó en la misma providencia que los requisitos generales habilitaban la interposición de la acción mientras que los especiales determinan la procedencia de la tutela.

<sup>376</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-590, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2005.

<sup>377</sup> Ibidem

Inicialmente, la Corte Constitucional negó la procedencia de la acción de tutela en contra de laudos arbitrales aduciendo que al tener el accionante a su disposición los recursos de anulación y revisión<sup>378</sup> aplicables a los procesos arbitrales, no procedía ningún otro recurso en contra del laudo arbitral.<sup>379</sup> Así mismo, el máximo tribunal constitucional manifestó que la acción de tutela tenía el carácter de residual y que, por lo tanto, no procedía su aplicación de manera simultánea con otros recursos dispuestos para proteger el debido proceso como lo es el recurso de anulación, salvo que se usara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.<sup>380</sup>

Sin embargo, posteriormente la Corte Constitucional fue flexibilizando la procedencia de tutela contra laudos arbitrales, sin necesidad de haber tramitado el recurso de anulación. La Corte manifestó en la Sentencia SU-837 de 2002 que la tutela era viable como mecanismo transitorio contra un laudo arbitral, cuando se interponía para evitar un perjuicio irremediable mientras se resolvía el recurso ordinario, o cuando pese a haberse hecho uso de otros medios de defensa judicial, persistía aún la vulneración. Adicionalmente, la Corte hizo alusión a algunos eventos excepcionales para acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio, como cuando no se citaba a uno de los dos árbitros, o se optaba por escuchar sólo a una de las partes y excluir arbitrariamente a la otra, lo cual podría ocurrir antes de emitido el laudo.<sup>381</sup>

De forma subsiguiente, la Corte corroboró la procedencia excepcional de la acción de tutela a través de la sentencia SU- 174 de 2007.<sup>382</sup> Este caso es especialmente relevante porque la Sala Plena de la Corte Constitucional anuló una sentencia previa de la Corte

<sup>378</sup> El recurso de revisión tiene como propósito otorgar un medio de defensa, cuando sobre un fallo que ha hecho tránsito a cosa juzgada, aparecen circunstancias que no fueron conocidas en el curso del proceso, o pruebas que no fueron incorporadas al mismo, o se evidencian graves irregularidades procesales. Tanto el laudo, como la sentencia que resuelve sobre el recurso de anulación son susceptibles del recurso extraordinario de revisión. Ley 1563 art. 45, 2012.

<sup>379</sup> Corte Constitucional, T -570, M.P. Carlos Gaviria Díaz ,1994.

<sup>380</sup> Corte Constitucional, T- 608, M.P. Alejandro Martínez Caballero, 1998. En este caso se había interpuesto simultáneamente el recurso de anulación y la tutela.

<sup>381</sup> Ibidem 2

<sup>382</sup> Los hechos base de esta providencia ocurrieron de la siguiente manera: el Departamento del Valle del Cauca y Concesiones de Infraestructuras S.A. (CISA) celebraron un Acuerdo de Terminación anticipada del contrato GM-95-04-0017, cuyo objeto era el diseño y construcción de una vía. No obstante, y ante la imposibilidad de finalizar y liquidar el contrato de común acuerdo, las partes suscribieron un Acuerdo de Convocatoria a Tribunal de Arbitramento.

CISA presentó una demanda para la resolución de controversias a través de un tribunal arbitral, sin embargo, y aún después de haber sido notificado del auto admisorio de la demanda, el Departamento del Valle del Cauca mediante la Resolución 095 de 2001 liquidó unilateralmente el contrato. El Tribunal de Arbitramento continuó con el proceso arbitral y en el laudo acogió en su mayoría las pretensiones presentadas por CISA, razón por la cual el Departamento del Valle del Cauca interpuso recurso de anulación ante el Consejo de Estado, el cual fue negado. Ante la negativa por parte del Consejo de Estado, la entidad estatal interpuso acción de tutela por considerar que se había violado el debido proceso, en contra del laudo y la sentencia que negó la anulación, no obstante, la tutela fue negada en primera y segunda instancia.

Constitucional que en Sede de Revisión había concedido la acción de tutela en contra de un laudo y lo anulaba. La Corte advirtió que la tutela tenía un carácter restrictivo, en el entendido que la regla general es que este mecanismo no procede ni contra laudos, ni contra el procedimiento, ni contra decisiones que resuelvan el recurso de anulación, salvo que se incurra en una violación a un derecho fundamental en el marco de una vía de hecho. La Corte estableció que la tutela en procesos arbitrales tenía un carácter excepcional en razón a cuatro elementos principales, que distinguen la identidad de un laudo con una sentencia judicial: a) un respeto por el margen de decisión autónoma de los árbitros, que impide al juez de tutela pronunciarse sobre el fondo del asunto, b) una vía de hecho en el laudo que vulnera directamente los derechos fundamentales, c) el carácter subsidiario de la tutela, ya que la misma solo procede cuando se haya hecho uso de los recursos provistos por y a pesar de esto persista la vulneración a un derecho fundamental.

Adicionalmente, sobre las vías de hecho la Corte Constitucional en esta sentencia, a diferencia de la sentencia C-590 de 2005, relativa a providencias judiciales solo se refirió a cuatro defectos, sustantivo, orgánico, procedimental y fáctico y se pronunció sobre algunas especificidades para la aplicación de cada uno de los defectos en laudos arbitrales comparación a las sentencias judiciales.<sup>383</sup>

Posteriormente, la Corte con la sentencia T-972 de 2007 fue más flexible a la hora de analizar la procedencia de la tutela contra laudos arbitrales afirmando que, si bien por regla general la parte que interpone una acción de tutela contra el laudo arbitral debe haber agotado el recurso de anulación, esta no es una regla absoluta, pues puede ocurrir que las causales del recurso de anulación no contemplen todos los eventos en los cuales puede ser vulnerado un derecho fundamental.<sup>384</sup> En este sentido la Corte sostuvo que es el juez

---

<sup>383</sup> En cuanto al defecto sustantivo expresó que este se constituía cuando el laudo se fundaba en una norma clara y evidentemente inaplicable al caso. Respecto del defecto orgánico la Corte Constitucional esgrimió que este se materializaba cuando el Tribunal Arbitral actuaba por fuera de su competencia, el cual debido al principio *Kompetenz Kompetenz* tenía especial restricción y era fundamental que al panel arbitral hubiera “obrado manifiestamente por fuera del ámbito definido por las partes, o excediendo las limitaciones establecidas en el pacto arbitral que le dio origen.”

En cuanto a la vía de hecho por defecto procedimental en esta sentencia la Corte manifestó que ocurre cuando se utiliza por parte de los árbitros un procedimiento fuera del establecido legal o convencionalmente, y que con ello se haya vulnerado un derecho fundamental como el debido proceso y el derecho de defensa. Este error por defecto procedimental debe ser determinante en la decisión del laudo arbitral.

Por último, en cuanto a la vía de hecho por defecto fáctico, la Corte Constitucional estableció que éste se manifiesta cuando los árbitros no valoran una prueba fundamental para el caso concreto, o realizan una apreciación de las pruebas que deviene en la violación a un derecho fundamental.

<sup>384</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-972, M.P. Huberto Antonio Sierra Porto, 2007. La Corte sostuvo: *“Dado el carácter extraordinario del recurso de anulación y el alcance restringido de sus causales de procedencia, podría argumentarse que ciertos defectos en los que pueden incurrir los laudos arbitrales no están sujetos al control de la jurisdicción y en esa medida, en algunos eventos, el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento se revela ineficaces (sic) para la protección de los derechos fundamentales de las partes o de terceros en el proceso arbitral.”*

constitucional quien debe analizar cada caso en concreto y determinar si debía agotarse primeramente el recurso de anulación.<sup>385</sup>

Asimismo, en la sentencia T-244 de 2007 la Corte precisó que era posible que en el trámite arbitral se presentaran afectaciones a derechos fundamentales no comprendidas en las causales del recurso de anulación y ello justificaba que procediera la tutela, dada la ineficacia del recurso de anulación para proteger el derecho fundamental violado.<sup>386</sup> La misma línea jurisprudencial fue retirada en el año 2009, en el cual la Corte Constitucional distinguió entre el alcance de la anulación y la tutela y consideró que el recurso de anulación no resultaba idóneo para la protección de derechos fundamentales, ya que la tutela “constituye el único mecanismo susceptible de ser invocado a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados por el Tribunal de Arbitramento”.<sup>387</sup>

En el 2011, la Corte Constitucional con la sentencia T 466 – 2011 que concedió la acción de tutela contra un laudo arbitral con participación de una entidad estatal, nuevamente se refirió a las vías de hecho como elemento necesario para la procedencia de la acción de tutela. Esta corporación al igual que en el 2007 se refirió únicamente a cuatro defectos o vías de hecho, sustantivo orgánico, procedimental y fáctico.<sup>388</sup> De forma posterior, mediante sentencia de unificación SU – 033 de 2018, en la cual la Corte Constitucional negó, en sede de revisión, la acción de tutela interpuesta por una entidad estatal contra el laudo que resolvió las controversias derivadas de un contrato de construcción y funcionamiento de una central termoelectrónica,<sup>389</sup> reiteró el concepto

<sup>385</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-972, M.P. Huberto Antonio Sierra Porto, 2007. La Corte sostuvo: *Lo anterior no significa que se exima a los demandantes de cumplir con el agotamiento de los medios judiciales a su disposición para atacar los laudos, especialmente el recurso extraordinarios de anulación, antes de acudir a la acción de tutela, por el contrario se insiste en que esta carga sigue siendo la regla general para que proceda la garantía constitucional contra un laudo arbitral, sin embargo, en ciertos casos, cuando los medios judiciales sean manifiestamente ineficaces para controvertir los defectos alegados en sede de tutela, por no encajar éstos dentro de las causales legalmente señaladas, podrá acudirse directamente al amparo constitucional.”*

*Corresponderá entonces al juez de tutela, en cada caso concreto, determinar si el demandante debía agotar previamente los medios judiciales a su disposición para controvertir el laudo arbitral de conformidad con lo antes señalado.”*

<sup>386</sup> “Dado el carácter extraordinario del recurso de anulación y el alcance restringido de sus causales de procedencia, podría argumentarse que ciertos defectos en los que pueden incurrir los laudos arbitrales no están sujetos al control de la jurisdicción y en esa medida, en algunos eventos, el mecanismo judicial previsto por el ordenamiento se revela ineficaces (sic) para la protección de los derechos fundamentales de las partes o de terceros en el proceso arbitral.”

<sup>387</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-058, M.P. Jaime Araujo Rentería, 2009.

<sup>388</sup> Sin embargo, en esta sentencia la Corte incorporó dentro del defecto sustantivo algunas vías de hecho que en la sentencia C-590 de 2005 se habían estipulado como defectos independientes, como lo es la falta de motivación y el desconocimiento de una sentencia erga omnes es decir, desconocimiento del precedente judicial.

<sup>389</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-033, M.P. Alberto Rojas Ríos, 2018.

mencionado en la sentencia SU-500 de 2015, a la que me referiré más adelante en el capítulo de tutela frente a laudos de arbitrajes internacionales, dado que el caso se refiere a un laudo internacional. En esta sentencia la Corte dispuso que el examen de la tutela contra laudos, implica hacer un examen más riguroso de los requisitos generales y de los específicos que el establecido para la procedencia de tutela en contra de providencia judiciales.<sup>390</sup> Igualmente, reiteró las causales de procedencia contenidas en la sentencia SU-500 de 2015 que retoma los requisitos generales y particulares de procedencia.

La Corte sostuvo que razón de que el examen deba ser más riguroso obedece a que la equivalencia entra laudos y sentencias no es absoluta. Si las partes de un arbitraje deciden sustraerse de la jurisdicción ordinaria con ello limitan la intervención judicial respecto del laudo al recurso de anulación, homologación y revisión.<sup>391</sup>

La Corte reiteró posteriormente que, en atención a la voluntad de las partes de someter sus controversias ante particulares, los mecanismos para controvertir los laudos eran excepcionales y limitados.<sup>392</sup> En este sentido la Corte reiteró la sentencia SU-174 de 2007 y afirmó que en aquellos casos donde la violación al debido proceso se encontrare dentro de las causales de anulación era necesario agotar este requisito antes de instaurar la acción de tutela. Sin embargo, la Corte afirmó que en aquellos casos donde la violación a un derecho fundamental no se encontrara dentro de las causales del recurso de anulación era posible instaurar la acción de tutela de forma principal y no subsidiaria.

En suma, podemos concluir que la acción de tutela puede interponerse de manera principal cuando exista violación a un derecho fundamental que no esté contemplado dentro de las causales de procedencia del recurso de anulación. De otra parte, el examen de la tutela contra laudos, implica hacer un examen más riguroso de los requisitos generales y de los específicos que el establecido para la procedencia de tutela en contra de providencia judiciales<sup>393</sup> y que la tutela no puede convertirse en una especie de apelación para reexaminar las cuestiones jurídicas y fácticas que fueron objeto del proceso arbitral<sup>394</sup> ni para realizar un debate sobre el fondo<sup>395</sup>.

---

<sup>390</sup> Ibidem

<sup>391</sup> En este sentido la Corte cita la sentencia SU- 500 de 2015 que será abordada más adelante en este documento en relación al aparte sobre laudos internacionales, al cual reiteró la sentencia SU-174 de 2007.

<sup>392</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-033, M.P. Alberto Rojas Ríos, 2018.

<sup>393</sup> Ibidem

<sup>394</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 225, 2010.

<sup>395</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU 500- de 2015: *“Estos criterios refuerzan la idea de que la naturaleza de la justicia arbitral es un límite para el juez de tutela, quien debe tener como presupuesto la autonomía del tribunal de arbitramento para decidir sobre el fondo del asunto, y la voluntad de las partes de que esta decisión adoptada en el laudo quede en firme. Ello, como se menciona en los recién mencionados numerales 1 y 2, le impone al juez de tutela hacer un estricto*

#### D. PRECEDENTES DE ACCIÓN DE TUTELA EN CONTRA DE LAUDOS NACIONALES

La línea jurisprudencial colombiana refleja que a pesar de la posibilidad teórica de la procedencia de la acción de tutela en contra de laudos y a pesar de ser frecuentemente utilizada, muy excepcionalmente es concedida y en los muy pocos casos en que ha prosperado, en su gran mayoría han involucrado a una entidad estatal como parte actora de la tutela. Parece entonces vislumbrarse un celo judicial particular en el escrutinio realizado por el máximo órgano constitucional por vía de tutela respecto de la afectación de intereses públicos cuando una entidad Estatal resulta desfavorecida en el arbitraje.

Este tratamiento disímil en la jurisprudencia constitucional entre intereses públicos y privados no es ajeno tampoco al desarrollo legislativo del arbitraje en que intervienen Entidades Estatales. En efecto, a nivel legislativo el desarrollo del arbitraje con participación de Entidades Estatales en Colombia, al igual que en el resto del mundo, no solo fue posterior al desarrollo del arbitraje entre comerciantes, sino que también ha tenido ciertas restricciones específicas de arbitrabilidad objetiva.

En efecto, mientras que la regulación local del arbitraje privado en Colombia se remonta al siglo XIX, el arbitraje que involucra a entidades estatales se desarrolla a partir de 1964 cuando se permite el arbitraje en contratos de Obra Pública<sup>396</sup>. Así mismo, el Decreto 150 de 1976,<sup>397</sup> el Decreto 222 de 1983<sup>398</sup>, la Ley 80 de 1993<sup>399</sup> y finalmente la ley 1563 de 2012<sup>400</sup>. No obstante, en este tipo de arbitraje existen mayores restricciones de

*examen para determinar si la petición hace referencia a una violación directa de un derecho fundamental, y no se orienta a plantear asuntos de fondo.”*

<sup>396</sup> Ley 4 de 1964, Art. 13. *Las entidades a que se refiere la presente Ley quedan facultadas para someter a arbitramento en los términos de la Ley Segunda de 1938, las diferencias que se presenten con los contratistas.*

<sup>397</sup> Artículo 66. *De la cláusula compromisoria. Salvo disposiciones en contrario, en los contratos que celebre la Nación podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. En la cláusula compromisoria deberá convenirse la forma de nombrar los árbitros. El fallo será siempre en derecho. La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos no son susceptibles de decisión arbitral.*

<sup>398</sup> Artículo 76. *De la cláusula compromisoria. Salvo disposición en contrario, en los contratos podrá estipularse la cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. Los árbitros serán designados en la forma prevista en el Código de Comercio y su fallo será siempre en derecho. La aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos, no son susceptibles de decisión arbitral. Tampoco lo serán las cláusulas que contengan los principios previstos en el Título IV.*

<sup>399</sup> Ley 80, Artículos 69, 70, 71 y 72, 1993.

<sup>400</sup> Ley 1563 de 2012, Artículo 1. (...) *En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho. Artículo 58. Reglas de Procedimiento En los arbitrajes en que no sea parte el Estado o alguna de sus entidades, los*

arbitrabilidad objetiva, como, por ejemplo, la facultad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos a la justicia arbitral, reservándose esta posibilidad únicamente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.<sup>401</sup> Igualmente existen limitaciones en cuanto al procedimiento y el tipo de arbitraje.<sup>402</sup>

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional relativa a la procedencia de la tutela contra laudos ha tenido un trato disímil respecto de la jurisdicción civil. Lo anterior, toda vez que la escasa jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha aceptado anular un laudo por vía de tutela involucra en su gran mayoría casos en los que es parte una entidad estatal que además a ha resultado vencida en el proceso arbitral.

Uno de los primeros casos en lo que esto ocurrió se refiere al proceso entre la Compañía Concesiones de Infraestructuras S.A.(CISA) y el Departamento del Valle del Cauca, con ocasión del contrato estatal para la construcción y conservación de una carretera. El tribunal arbitral falló en contra de la entidad estatal, la cual interpuso recurso de anulación ante el Consejo de Estado. El recurso de anulación fue negado, ante lo cual la entidad estatal acudió a la tutela que tenía por objeto obtener la nulidad del laudo arbitral, con el argumento de que se le había violado el debido proceso por cuanto el tribunal arbitral supuestamente no tenía competencia para pronunciarse sobre el conflicto contractual sometido a su decisión, en la medida en que el mismo involucraba el acto administrativo de terminación del contrato. El Consejo de Estado negó en primera y segunda instancia la tutela.

Posteriormente la Corte Constitucional eligió para revisión la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y mediante sentencia T- 481 de 2005 decidió revocar la sentencia proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 5 de agosto de 2004 y anuló la sentencia del 11 de marzo de 2004 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y el Laudo Arbitral del 24 de abril de 2003.

La Corte Constitucional argumentó, como fundamento de su decisión de anular el laudo, que el tribunal de arbitramento había violado su debido proceso al decidir de un conflicto para el que no tenía competencia habida consideración de la expedición de los

---

*particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a las de un centro de arbitraje, respetando, en todo caso los principios constitucionales que integran el debido proceso, el derecho de defensa y la igualdad de las partes. En el evento en que las partes no establecieren reglas o el centro seleccionado para adelantar el trámite no tuviere reglamento de procedimientos debidamente aprobado, se aplicarán las reglas establecidas para cada caso en la presente ley.* Artículos 12, 16, 68.

<sup>401</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Sentencia del 20 de febrero de 2014; además Sentencias C-1436 de 2009 y T-058 del 2000.

<sup>402</sup> Los arbitrajes nacionales en que intervenga una entidad estatal solo pueden ser i) en Derecho (artículo 1, Ley 1563 de 2012), ii) tramitarse a través del procedimiento legal, es decir no de una institución arbitral y (artículo 58, Ley 1563 de 2012) (artículo 1, Ley 1563 de 2012) iii) no pueden ser ad- hoc (artículo 2, Ley 1563 de 2012).

actos administrativos de liquidación los cuales no eran arbitrables pese a lo cual el tribunal de arbitraje “implícitamente” se había pronunciado sobre ellos al decidir sobre el conflicto planteado por el demandante.

Posteriormente se tramitó una solicitud de nulidad frente a la sentencia de la Corte que había anulado el laudo por la vía de amparo y la propia Corte Constitucional, en auto No. 100 de 2006 corrigió esta providencia anulando ella misma su propia sentencia de revisión de tutela y dejando en firme la validez del laudo.<sup>403</sup>

En el 2009 la Corte Constitucional concedió el amparo de tutela y anuló el laudo arbitral en virtud del cual la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá (ETB), entidad pública, debía indemnizar a Telefónica Móviles Colombia por un monto de 87 millones de dólares. El Tribunal de Arbitramento había proferido su laudo en contra de la entidad estatal, la cual había interpuesto el recurso de anulación ante el Consejo de Estado. El Consejo de Estado aceptó el conocimiento del recurso de anulación y suspendió la ejecución del laudo mientras resolvía el mencionado recurso. A pesar de que el recurso de anulación estaba en curso, la E.T.B interpuso acción de tutela contra el Tribunal de Arbitramento que profirió el laudo arbitral de Telefónica contra la E.T.B. por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

En sentencia del 28 de marzo de 2008, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta, toda vez que existía otro medio defensa judicial para garantizar la protección de las pretensiones invocadas, que era precisamente el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral por la E.T.B. el cual aún no había sido resuelto por el Consejo de Estado. Esta decisión fue impugnada y confirmada por el superior jerárquico.

Posteriormente, la Corte Constitucional seleccionó para revisión la anterior decisión y por medio de la sentencia T-058 de 2009 la Corte decidió revocar la decisión adoptada el cinco (5) de junio de 2008 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la E.T.B. y, en su lugar, concedió la tutela del derecho fundamental al

---

<sup>403</sup> La Corte Constitucional mediante sentencia de unificación SU174 de 2007, luego de haber revocado su anterior decisión de Tutela anulando el laudo, estableció que su anterior decisión (la sentencia T-481/05) había estado equivocada, pues había cambiado la jurisprudencia consolidada sobre vía de hecho y procedencia de la tutela contra providencias judiciales, lo que sólo podía haber hecho la Corte en pleno y no la Sala de Revisión que había proferido la sentencia T-481 de 2005.

La importancia de la sentencia SU174 de 2007 radica en que la Corte Constitucional aclaró las condiciones en las que procede la tutela contra providencias judiciales y laudos arbitrales y reiteró su posición restrictiva en materia de vías de hecho. Al respecto dijo que las vías de hecho sólo se presentan en situaciones donde la conducta del agente carece de fundamento objetivo porque obedece a su sola voluntad o capricho y como consecuencia de lo anterior vulnera derechos fundamentales de una persona. Es así como, de conformidad con providencia mencionada, la Corte puede invalidar una providencia o un laudo arbitral, solamente en casos excepcionales y extremos.



debido proceso. Así mismo, declaró la nulidad del laudo arbitral proferido el 7 de noviembre de 2007 por el Tribunal de Arbitramento E.T.B contra Telefónica.

Las principales razones de la decisión de la Corte consistieron en que el Tribunal de Arbitramento incurrió en las siguientes vías de hecho: 1) vía de hecho defecto orgánico al ignorar el agotamiento de las etapas de solución de conflictos previsto en los contratos<sup>404</sup>, 2) Vía de hecho por defecto sustantivo porque el cálculo de la condena económica carece de sustento, toda vez que se basó en normas declaradas nulas. La Corte constitucional concedió la tutela que se tramitaba de manera simultánea a un recurso de anulación por considerar que se había acreditado el requisito de subsidiariedad, pues la finalidad del recurso de anulación no era la protección de los derechos fundamentales.<sup>405</sup>

En otro caso posterior, la Corte Constitucional dejó sin efectos el laudo arbitral por medio del cual el Tribunal Arbitral condenó al Municipio de Turbo al pago de una suma por la falta de reconocimiento y pago oportuno de las pérdidas operativas no imputables al operador generadas en desarrollo del contrato de operación del acueducto, a la Empresa de Servicios Públicos Conhydra S.A. Aunque el Municipio de Turbo presentó recurso de anulación ante la Sección Tercera del Consejo de Estado y acción de tutela ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, y, ambos fueron negados, la Corte Constitucional en sede de revisión concedió el amparo al considerar que el Tribunal Arbitral había incurrido en una vía de hecho por defecto probatorio, al haber realizado una interpretación irrazonable y ostensiblemente equivocada de las pruebas.<sup>406</sup>

En la misma línea jurisprudencial en el caso de Producciones JES Limitada Vs Comisión Nacional de Televisión (CNTV) la Corte concedió la tutela en contra del laudo que había condenado a la entidad estatal. En este caso igualmente el Consejo de Estado había negado el recurso de anulación. La entidad estatal interpuso acción de tutela la cual fue negada en primera y segunda instancia. La Corte dejó sin efectos el laudo arbitral con el fundamento en la violación al precedente judicial del Consejo de Estado en materia del contenido y alcance del Acta de liquidación del contrato estatal por parte del tribunal arbitral.<sup>407</sup>

Por último, en el año 2016, la Corte Constitucional nuevamente por vía de revisión anuló un laudo arbitral a través de una acción de tutela interpuesta por el Banco de la República contra la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal de Arbitramento

---

<sup>404</sup> La Corte sostuvo que la falta de conformación de un Comité Mixto de Interconexión, así como de las demás etapas previstas en la cláusula compromisoria, previas al arbitraje, inhabilitaba la constitución de éste y lo hacía incompetente para decidir sobre el conflicto. También incurrió en defecto orgánico porque desconoció las resoluciones de la CRT que supuestamente ya habrían resuelto el conflicto y por esta razón no había que recurrir al Tribunal de Arbitramento pues el conflicto estaba resuelto.

<sup>405</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 058, M.P. Jaime Araújo Rentería, 2009.

<sup>406</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 466, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 2011.

<sup>407</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 455, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2012.

convocado para dirimir sus diferencias con las aseguradoras Seguros Generales Suramericana y Allianz Seguros. A pesar de que el Consejo de Estado negó la tutela, la Corte en sede de revisión concedió el amparo.

El Alto Tribunal concluyó que el laudo adolecía de tres defectos, el primero un defecto sustantivo derivado de la “*manifiesta irrazonabilidad en la interpretación del negocio jurídico*” y por no aplicar las normas pertinentes de la Constitución y la ley en dicha interpretación, el segundo un defecto fáctico derivado de la valoración irrazonable de las pruebas y no valorar las en su conjunto y, por último y del cual dependen los dos anteriores, un defecto fáctico y sustantivo por la aplicación de una norma que, según la Corte, resultaba inaplicable al caso.<sup>408</sup>

Como podemos observar, si bien la acción de tutela se ha concedido pocas veces, no lo ha sido ni siquiera por los jueces de instancia, sino en sede de revisión<sup>409</sup> por parte de la Corte Constitucional y en casos en los cuales una entidad estatal ha obtenido un fallo desfavorable en sede arbitral. Los casos han sido mínimos en casi 20 años que ha tenido de vigencia la tutela en Colombia. Los precedentes han sido aún más escasos cuando el arbitraje versa exclusivamente entre particulares. Uno de los pocos casos conocidos se remonta al año 2010. La Corte en sede de revisión dejó sin efectos un laudo arbitral y concedió la acción de tutela en un arbitraje relativo a disputas societarias. El laudo acogió en su mayoría las pretensiones interpuestas por el socio demandante, por lo cual la parte vencida interpuso recurso de anulación frente al laudo, y debido a que este fue negado por el Tribunal Superior de Medellín interpuso acción de tutela frente al laudo y frente a la sentencia que resolvió el recurso de anulación. Pese a que la tutela fue concedida en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia revocó la providencia negando el amparo. No obstante, como se mencionó la Corte en sede de revisión concedió la tutela al considerar que se satisfacían todos los requisitos de carácter general y respecto de los espaciales sostuvo que se configuraba un defecto sustantivo por no declarar la prescripción de la pretensión relacionada con un presunto abuso del derecho.<sup>410</sup>

<sup>408</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU – 556, M.P. María Victoria Calle Correa, 2016.

<sup>409</sup> La Corte Constitucional a través del artículo 241, numeral 9 de la Constitución de 1991, tiene la posibilidad de revisar los fallos de tutela y proferir una nueva sentencia cuando considere que el fallo no atendió a la correcta protección de los derechos fundamentales de las partes, en este sentido este artículo constitucional establece que, *ARTICULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.*

Este procedimiento se encuentra regulado actualmente por el Acuerdo Interno 02 de 2015 emitido por la Corte Constitucional, el cual dispone que las Salas de Selección de la Corte son las encargadas de seleccionar o excluir los casos para su revisión eventual, teniendo en cuenta criterios de tipo objetivo, subjetivo o complementarios de y criterios de relevancia constitucional del asunto.

<sup>410</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 790, M.P. Jorge Ignacio Pretel Chaljub, 2010.

### III. PROCEDENCIA DE LA TUTELA CONTRA LAUDOS EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

Colombia ha optado por un sistema dualista, es decir que el legislador ha dado un trato diferenciado a la regulación del Arbitraje Nacional y al Arbitraje Internacional.<sup>411</sup> Este régimen dualista existe desde el año 1996 con ocasión de la expedición de la ley 315 de 1996, derogada por el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional expedido en 2012. Este Estatuto regula de forma separada cada régimen. El internacional fue inspirado y reproduce en gran parte la ley modelo UNCITRAL de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.<sup>412</sup>

Lo anterior implica considerar si la procedencia de la acción de tutela en contra de laudos debe igualmente tener un trato diferenciado. En efecto, si bien el Estatuto de Arbitraje no califica la naturaleza jurídica del arbitraje internacional, si establece dos principios fundamentales que deben ser tenidos en consideración. De una parte, el mencionado Estatuto adoptó el principio de limitación a la intervención judicial contenido en el artículo 5 de la ley modelo a través del artículo 67 de la ley 1563. Según dicho artículo, ninguna autoridad judicial puede intervenir salvo para los eventos contemplados en la sección del estatuto que regula el arbitraje internacional. De otra parte, el artículo 107 del Estatuto arbitral, que implementa el artículo 34 de la ley modelo, establece que el único recurso judicial que procede contra el laudo es el recurso de anulación.

De conformidad con ambas normas parecería que el legislador colombiano, inspirado en la ley modelo UNCITRAL quiso claramente limitar al recurso de anulación

---

<sup>411</sup> La ley 1563 de 2012 por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional regula en dos secciones separadas cada régimen. Ley 2 de 1938 Art 3º *La decisión arbitral podrá ser pronunciada por arbitadores nombrados por los mismos contratantes, o por una Cámara de Comercio, o por cualquiera entidad nacional o internacional a la cual las partes sometan la designación de los arbitadores.*

<sup>412</sup> Sin embargo, el estatuto colombiano incluye algunas modificaciones. Por ejemplo, no contempla la posibilidad de que el arbitraje tenga carácter internacional si (...) *las partes han acordado expresamente que el objeto del acuerdo de arbitraje se relaciona con más de un país*, pero si se incluyó la causal de que el arbitraje sea internacional cuando *La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional*, Art. 62., tomada del Código Francés de Procedimiento Civil. Adicionalmente, el recurso de anulación de un laudo se interpondrá dentro del mes siguiente a su notificación. La Ley Modelo prevé un plazo de tres meses. Respecto del Artículo 36 (1) (a) (v) de la ley modelo, el Estatuto Colombiano no incluyó la expresión “(...) *o bajo la ley bajo la cual el laudo fue dictado* (...)”, la Ley 1563 se refiere al laudo anulado por el tribunal de la sede del arbitraje. Sobre la ley interna de un país la Ley 1563 dispone *que Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje* (...) Art. 62. Respecto del recurso de anulación la ley colombiana dispone que la autoridad jurisdiccional encargada de decidir sobre el recurso no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto, y que cuando ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia, las partes podrán, excluir o limitar las causales del recurso de anulación, Art. 107. Por último, en cuanto a los laudos dictados en arbitrajes internacionales con sede en Colombia estos consideran nacionales y no están sujetos al reconocimiento, Art. 111.

como mecanismo de escrutinio judicial del laudo. Adicionalmente, podría considerarse que para el momento de expedición del Estatuto de Arbitraje existía una consolidada jurisprudencia relativa a la procedencia de la tutela en contra de laudos de arbitrajes nacionales, por lo cual no era un asunto que hubiera pasado desapercibido a los ojos del legislador.

Sin embargo, esta orientación legislativa parece no haber sido seguida por la Corte Constitucional, quien ha considerado que es procedente la acción de tutela en contra de laudos proferidos por tribunales de arbitraje internacional con sede en Colombia. Si bien la jurisprudencia es muy escasa y no ha habido casos conocidos en que haya procedido la acción de tutela en contra de tales laudos, la Corte Constitucional ha establecido los parámetros respecto de los cuales procede dicha acción.

La primera sentencia con relevancia al referirse a la tutela contra laudos arbitrales internacionales es la concerniente al laudo arbitral que resolvió las controversias entre ISAGEN y el Consorcio La Miel en la ejecución del contrato que celebraron para la construcción de una hidroeléctrica.<sup>413</sup> A la terminación del contrato surgieron controversias de un lado por los sobrecostos y del otro por el cumplimiento tardío de las obras, razón por la cual el Consorcio Miel demandó por la vía arbitral a ISAGEN.

El tribunal de arbitramento internacional CCI profirió laudo acogiendo las pretensiones económicas de la demanda y desestimando tanto las excepciones como la demanda de reconvenición de ISAGEN. Como consecuencia, ISAGEN interpuso recurso de anulación y acción de tutela contra el laudo proferido y contra la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que decidió sobre el recurso de anulación, alegando violación del derecho fundamental al debido proceso por defectos sustantivo, fáctico, procedimental y orgánico.

Aunque la Corte Constitucional decidió negar el amparo solicitado por ISAGEN, esta sentencia constituye un precedente importante en materia de tutelas contra laudos internacionales porque analizó por primera vez la posibilidad de que procediera la tutela frente a un laudo de esta naturaleza. La Corte partió de la misma base de la línea jurisprudencial trazada respecto de los laudos nacionales, esto es, que en la medida en que existe una equivalencia material de laudos con sentencias y que los árbitros ejercen jurisdicción temporal, resulta procedente la tutela, como si se tratara de una sentencia judicial, bajo las mismas causales en que procede frente a aquellas.

No obstante, la Corte precisó en dicha sentencia que el examen de procedibilidad debía ser más estricto, no explicó de qué forma o en qué consistía ser más estricto. Me parece que es una distinción gramatical que no se traduce en ningún elemento jurídico. ¿Acaso puede un juez ser más o menos estricto en la aplicación de la ley dependiendo del caso? La ley siempre se debe aplicar estrictamente y si las causales son las mismas se deben

---

<sup>413</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-500, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, agosto 6 de 2015.

aplicar de la misma forma o no aplicarse. Hubiera sido preferible hacer una distinción quizás sobre las causales y no sobre la forma de aplicarlas. Es decir, limitando en arbitraje la posibilidad de que algunas causales procedieran, por ejemplo, la violación sustantiva y fáctica.

De otra parte, a pesar de que la Corte estaba analizando un caso de arbitraje internacional, no trazó ninguna distinción en su análisis frente a los laudos nacionales. Implícitamente los asimiló, como si fueran lo mismo. No tuvo en cuenta ni se refirió a los artículos 67 y 107 de la ley 1563. Bajo esta sentencia, quedó abierta la posibilidad de tramitar una acción de tutela frente a un laudo de arbitraje internacional como si fuera nacional.<sup>414</sup>

Posteriormente, la Corte Constitucional en el año 2019 nuevamente analizó la procedencia de la acción de tutela contra laudos internacionales en un caso en que también negó la tutela interpuesta, pero analizó de forma más profunda la procedencia y estableció una nueva línea jurisprudencial. En la sentencia T-354 de 2019<sup>415</sup>, la Corte Constitucional abordó el caso Gecelca, una empresa de servicios públicos mixta en la que la nación tiene una participación accionaria del 99%, y mandataria de Gecelca 3, y el Consorcio conformado por dos sociedades extranjeras, China United Engineering Corporation y Dongfang Turbine Co. LTD, celebraron el Contrato RP3, en modalidad “llave en mano” para la construcción de una central térmica.

Durante la realización de este proyecto surgieron controversias entre las partes en cuanto al plazo, la mora en el pago de facturas, la suspensión del proyecto, la devolución de saldos por parte de Gecelca, entre otros incumplimientos contractuales, razón por la cual el Consorcio decidió someter las controversias a lo decidido por un tribunal arbitral CCI. En el laudo final el tribunal condenó a Gecelca 3.

---

<sup>414</sup> Respecto a las causales necesarias para interponer una acción de tutela en contra de un laudo arbitral en esta oportunidad, la Corte sostuvo que, en virtud de la equivalencia material de providencias y laudos, las causales necesarias son las mismas establecidas en la sentencia C-590 de 2005, la cual unificó criterios en la materia. Respecto de la subsidiariedad como requisito general, la Corte manifestó que la regla general sigue siendo que es necesario agotar los recursos procedentes. No obstante, esta corporación también afirmó que exigir el agotamiento del recurso cuando la vulneración a un derecho fundamental no encuadra dentro de las causales establecidas para el recurso de anulación resulta desproporcionado, y en esa medida es posible interponer la acción de tutela de forma principal. En cuanto a los requisitos especiales de procedencia esta sentencia mencionó que, en atención a las especiales características del arbitraje, se debía tener cuenta lo previsto en la pasada sentencia T-466 de 2011, la cual únicamente hace referencia a cuatro defectos, sustancial, procedimental, orgánico y fáctico. De manera adicional estableció que debían observarse algunos criterios adicionales a los previstos en providencias judiciales. Por consiguiente, estableció que para que exista configuración de un defecto sustantivo se requiere que el desconocimiento de la norma genera una afectación iusfundamental y no únicamente cuestionar el criterio jurídico utilizado por los árbitros ya que comportaría una limitación a la autonomía del juez natural. Por otra parte, en cuanto al defecto fáctico esta Corporación expresó que el análisis de este debía hacerse en relación con el fallo, puesto que una valoración aislada de la actuación probatoria implicaría invadir la autonomía del tribunal de arbitramento.

<sup>415</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 354, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, 2019

Gecelca 3 interpuso recurso de anulación ante la Sección Tercera del Consejo de Estado contra el laudo, y, de manera concomitante, interpuso una acción de tutela contra el laudo final por considerar que se habían vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva.

La acción de tutela fue negada en primera instancia por considerar que no satisfacía los requisitos de relevancia constitucional e inmediatez. En segunda instancia también fue negada pero por considerar que la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad. Lo anterior, debido a que el Consejo de Estado consideró que el defecto sustantivo que pretendían alegar las accionantes no podía ser alegado en sede de tutela al estar enmarcado en la causal de anulación contemplada en el literal d), numeral 1º, del artículo 108 de la Ley 1563 de 2012.

La Corte Constitucional abordó el análisis de la procedencia de tutela frente a laudos internacionales bajo los siguientes ejes: (i) la prohibición expresa de intervención judicial; (ii) la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables; y (iii) las causales de anulación internacionales; los cuales inciden en la jurisprudencia constitucional sobre la procedencia excepcional de la tutela contra laudos nacionales.

Frente al primer punto, la Corte consideró que los artículos 67 y 107 de la Ley 1563 de 2012 debían interpretarse sistemáticamente con la Constitución y que no era posible que una ley ordinaria hubiera limitado un derecho constitucional. Por lo tanto, en la medida en que un laudo internacional podría violar un derecho fundamental, una ley no podría ni limitar ese derecho constitucional ni la competencia de los jueces colombianos para conocer de la acción de tutela.

En segundo lugar, frente a la libertad de escogencia de las normas de derecho aplicables, la Corte destacó que ante la posibilidad de aplicar derecho sustancial extranjero no era posible aplicar los requisitos de procedibilidad especiales propios de la acción de tutela. Lo anterior debido a que el único parámetro de control al cual el juez constitucional podía sujetar su análisis era el orden público internacional de Colombia y, al estar la violación de este último contemplada como una causal de anulación, se hacía indispensable agotar previamente dicho recurso.

En tercer lugar, frente a las causales de anulación de laudos internacionales, la Corte mencionó que en la medida en que el alcance del recurso de anulación era más amplio que en el caso de laudos nacionales, la posibilidad de procedencia de la tutela era más restringida. Lo anterior, en la medida en que al ser más amplio el alcance de la anulación, el requisito de subsidiariedad se tornaba más estricto. En efecto, dado que el recurso de anulación en arbitrajes internacionales incluye la causal de violación al orden público internacional ésta permite que en sede de anulación se analicen defectos que desbordan quebrantamientos *in procedendo*, lo cual no es posible en sede de anulación de laudos nacionales.

La Corte sostuvo que violación al derecho internacional público de Colombia es, por tanto, una causal de anulación que sobrepasa errores in procedendo y puede implicar, inclusive, el planteamiento de nuevos hechos y pruebas.<sup>416</sup>

En suma, la Corte Constitucional consideró que bajo ese trípode de argumentos: la prohibición expresa de intervención judicial, la libertad de escoger las normas de derecho aplicables y las causales de anulación del laudo internacional, la acción de tutela contra laudos internacionales “tiene un carácter excepcional mucho más restrictivo que cuando se trata de tutela contra laudos nacionales y, en esa medida, la primera es excepcionalísima”.

Frente al análisis de la Corte vale la pena mencionar varios aspectos. Si bien me parece adecuado que hubiera intentado restringir la procedencia de la tutela aún más que en los casos de laudos nacionales, considero que la argumentación no es la más afortunada.

En primer lugar, frente al análisis según el cual la tutela no puede ser restringida respecto de laudos internacionales porque una ley no puede restringir un derecho constitucional, el análisis parece suponer que los árbitros de arbitrajes internacionales fungen como jueces temporales de la misma forma que en el arbitraje nacional. Considero que no puede asumirse esta misma condición a los árbitros internacionales. Como lo expliqué anteriormente, los árbitros en arbitrajes nacionales ejercen una función jurisdiccional temporal en los términos establecidos por el artículo 116 de la Constitución Política y de la misma forma en que muchos años antes había sido entendido su rol como asimilable al judicial. Sin embargo, este artículo y ninguna de las otras normas de carácter legal aplicables está concebida para el arbitraje internacional. Es importante destacar que al momento de ser promulgada la Constitución de 1991 el arbitraje internacional ni siquiera estaba regulado en Colombia. A pesar de haber sido contemplado por la ley 2 de 1938, ésta fue derogada en el Código de Procedimiento Civil de 1970. De la misma redacción del artículo 116 se deduce que se refería exclusivamente al arbitraje nacional y no puede suponerse que se aplique a una institución que ni siquiera se encontraba regulada en ese momento en Colombia y respecto de la cual muy probablemente no estaba pensando el constituyente cuando la redactó<sup>417</sup>. Así mismo, como lo mencioné anteriormente el artículo

<sup>416</sup> La Corte no explicó el alcance de su planteamiento, pero parece un postulado demasiado amplio el dejar abierta la posibilidad de plantear nuevos hechos y pruebas sin ni siquiera dejar algún tipo de explicación o restricción. ¿Hasta qué punto tiene sentido que por vía de anulación se planteen hechos nuevos, o incluso pruebas?

<sup>417</sup> Durante este vacío legal no era posible en Colombia pactar arbitraje internacional, razón por la cual se anularon dos laudos en medio de arbitrajes internacionales. En el caso de *Corelca v. Westinghouse International Corporation* en 1982 el Consejo de Estado anuló el laudo al considerar que la cláusula compromisoria pactada en el contrato celebrado entre una empresa de servicios públicos colombiana y un proveedor norteamericano era inválida. Lo anterior teniendo en cuenta que el Consejo de Estado consideró que no era viable pactar por intermedio de la cláusula compromisoria unas reglas procedimentales distintas a las contenidas en el Código de Procedimiento Civil como lo era el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”). *Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de noviembre de 1982, expediente 2721*. En el caso de *Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P y Termorío S.A* el Consejo de Estado anuló el laudo arbitral de carácter internacional con fundamento en la invalidez de la cláusula compromisoria. En ese fallo el Consejo de Estado incluyó

116 de la Constitución Política, se encuentra dentro del Título V De la Organización del Estado, Capítulo I Estructura del Estado y asigna función jurisdiccional transitoria a los árbitros. Es del caso precisar que los árbitros deben reunir los mismos requisitos para ser Magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial, lo que incluye ser colombianos, ciudadanos en ejercicio y abogados en los que se decida en derecho<sup>418</sup>. Así mismo se encuentran sujetos al régimen disciplinario de los servidores de justicia. Claramente los árbitros en un arbitraje internacional, quienes ni tienen que ser nacionales, ni abogados, no ejercen una función jurisdiccional como si fueran jueces colombianos.

En este orden de ideas, los árbitros internacionales no ostentan el carácter de autoridad requerido por el artículo 86 de la Constitución Política. Por lo anterior, dado que la acción de tutela es interpuesta en principio en contra de autoridades, no resultaría procedente la acción de tutela en su contra. Ahora bien, en la medida en que la acción de tutela es excepcionalmente procedente en contra de particulares cuando ellos prestan un servicio público, su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión, cabría analizar si se presenta alguna de estas circunstancias para que proceda la tutela.

En cuanto a la subordinación la ha entendido la jurisprudencia como “*el acatamiento y sometimiento a órdenes proferidas por quienes, en razón de sus calidades, tienen la competencia para impartirlas*” y se presenta en relaciones laborales, en instituciones educativas, en la relación de patria potestad entre menores e incapaces respecto de los padres y en las relaciones entre los residentes y los órganos de administración de un edificio.<sup>419</sup> La indefensión opera cuando la persona es puesta en un estado en el cual le es imposible defenderse de agresiones físicas o jurídicas que ponen en peligro sus derechos fundamentales.<sup>420</sup>

Es cuestionable considerar que las partes se encuentren en situación de indefensión o subordinación, pero parecería que, si pudiera predicarse tal situación, eventualmente sería más probable que se diera durante el proceso y no con ocasión de la emisión del laudo. En efecto, durante el trámite del proceso podría llegar a darse de forma inusual y excepcional

---

dentro de algunos de sus fundamentos la consideración de que bajo el régimen legal aplicable las partes no tenían libertad de pactar un procedimiento arbitral diferente del legal. Por lo tanto, el arbitraje internacional parecería estar limitado para ese momento a aquellos eventos previstos por la ley de contratación estatal, la cual disponía para entonces lo siguiente: *Ley 80 de 1993, inciso 4° del art. 70, modificado por el art. 4 de la Ley 315 de 1996: En los contratos con personas extranjeras, como también en aquellos con persona Nacional, y en los que se prevea financiamiento a largo plazo y sistemas de pago del mismo mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la celebración de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato, sean sometidas a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional.*

<sup>418</sup> Artículo 7, ley 1563 de 2012.

<sup>419</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 188, M. P. María Victoria Calle Correa, 2017; en el mismo sentido sentencia T – 430, M.P. Alejandro Linares Cantillo, 2017.

<sup>420</sup> Corte Constitucional, Sentencia T- 188, M.P. María Victoria Calle Correa, 2017 y Corte Constitucional, Sentencia T- 054, M.P. Alberto Rojas Ríos, 2018.



alguna situación no susceptible de recurso que implicara una arbitrariedad que afectara el debido proceso. Sin embargo, si finalmente esa irregularidad tiene trascendencia en el laudo probablemente estaría enmarcada dentro de alguna causal de anulación tal y como la de no haber podido hacer valer sus derechos en el proceso o que el procedimiento no se hubiera sujetado a lo acordado entre las partes. Esto implicaría que la viabilidad de que se justifique la tutela por razón de la supuesta subordinación o indefensión sería muy cuestionable.

De otra parte, por regla general los eventos que resultarían objeto de cuestionamiento frente a los árbitros y que no constituyan una nueva revisión sobre la forma como se aplicó el derecho o la valoración probatoria están contemplados como causales de anulación. Es del caso destacar que respecto del arbitraje internacional las causales de anulación de la ley modelo UNCITRAL, adoptadas por Colombia, parecen redactadas de una forma suficientemente amplia para proteger el respeto al debido proceso dentro del trámite arbitral.

Adicionalmente, encuentro varios aspectos discutibles en la argumentación de la Corte Constitucional de que la tutela contra laudos de arbitrajes internacionales es aún más excepcional si el arbitraje está sujeto a derecho sustancial extranjero. Según la Corte, *“no es posible aplicar los requisitos de procedibilidad especiales propios de la acción de tutela debido a que el único parámetro de control al cual el juez constitucional puede sujetar su análisis es el orden público internacional de Colombia y, al estar la violación de este último contemplada como una causal de anulación, se hace indispensable agotar previamente dicho recurso”*.

La Corte sostiene entonces que, si el laudo aplica derecho extranjero, no podría aplicar las causales especiales, sino solo un análisis a la luz del orden público internacional de Colombia. Sin embargo, dado que dicho análisis se puede hacer por vía de anulación, se debe agotar primero dicho recurso.

La argumentación de la Corte plantea varias inquietudes. De una parte, el hecho de que el tribunal arbitral haya aplicado derecho extranjero no es una razón para que no puedan aplicarse los criterios especiales de procedencia de la tutela. Sólo un criterio, el de defecto sustantivo, se refiere a una violación relativa al derecho aplicado. Los otros tres criterios especiales, orgánico, fáctico y procedimental son ajenos a la norma sustantiva aplicable a la disputa y por ende el desconocimiento de la ley sustancial extranjera es irrelevante. Por lo tanto, el que el laudo aplique derecho extranjero no sería una razón para dejar de considerar los criterios especiales diferentes del sustantivo en un laudo internacional.

Por ende, no se entiende por qué la Corte aduce que el único parámetro de control al cual el juez constitucional podía sujetar su análisis es el orden público internacional de Colombia. Quizás la Corte consideró que si el laudo aplicaba derecho extranjero no podría hacer un análisis relativo a una violación por defecto sustantivo al no poder hacer una confrontación del derecho extranjero con el local. Por ello, solo podría hacer una

confrontación de la decisión frente al Orden Público Internacional Colombiano, de la misma forma en que lo hace el juez de anulación o de execuátur. Sin embargo, reitero, este posible razonamiento solo sería predicable de la violación por defecto sustantivo. La Corte se auto limitó al situar su nivel de escrutinio constitucional al mismo del recurso de anulación en los eventos de aplicación de ley extranjera. Nos queda la inquietud acerca de si la Corte mantendrá esta línea jurisprudencial. Ahora bien, dicha autolimitación parece conveniente y traza una línea importante en la medida en que al menos en laudos en que se aplique derecho extranjero difícilmente existiría una intromisión por vía de tutela frente al laudo.

Finalmente, frente al argumento según el cual la viabilidad de la tutela es más restringida porque el alcance del recurso de anulación es mayor que en arbitrajes nacionales, en la medida en que en arbitrajes internacionales existe una causal que incluye algunos aspectos de fondo y no solo de procedimiento, la Corte da a entender que dado que el recurso de anulación es más amplio en el arbitraje internacional que en el nacional, la puerta de entrada de la tutela es más pequeña en el arbitraje internacional.

Frente a lo anterior, creo que es un postulado bastante discutible. En principio, teóricamente parecería que la Corte acierta al entender que el recurso de anulación es más amplio en el arbitraje internacional que en el nacional. Lo anterior por el solo hecho de que en el arbitraje internacional existe una causal que no existe en el nacional y que está referida a un asunto de fondo, esto es, la violación del Orden Público Internacional.

Sin embargo, este es un argumento bastante limitado. La causal de oficio de que el laudo viole el Orden Público Internacional es un control extremo y absolutamente limitado, concebido como una causal de oficio, para evitar en consonancia con las causales de no ejecución de la Convención de Nueva York, la validación de un laudo que viole los principios esenciales del Estado.<sup>421</sup> Esta causal no está concebida para revisar el fondo (como una especie de apelación), plantear nuevos hechos ni aportar pruebas.

---

<sup>421</sup> La noción de Orden Público Internacional, según la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, invocada por la Corte Constitucional en la sentencia de Gecelca está referida a los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a lo cual serviría de ilustración: la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. Por lo tanto, en principio, el desconocimiento de una norma imperativa propia del 'foro' del juez del execuatur, per se, no conlleva un ataque al mencionado instituto, lo será, si ello trae como consecuencia el resquebrajamiento de garantía de linaje superior, como las antes anunciadas". "Integran el orden público internacional los derechos fundamentales, los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales, el principio de la buena fe, la prohibición de abuso del derecho y otros estándares que salvaguardan un mínimo de moralidad en la sociedad (Cfr. SC12467,7 sep. 2016, rad. n°2014-02737-00) "comprende (...) garantías procesales pertinentes a este asunto, tales como la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso (SC5207, 18 ab. 2017, rad. 2016-01312-00)." "En suma, el orden público internacional se refiere a las nociones más básicas de moralidad y justicia, que sirven de sustrato a las instituciones jurídicas patrias, tanto sustanciales como procesales, vistas de forma restrictiva (SC9909, 12 jul. 2017, rad. 2014-01927-00)"

Es decir, el análisis frente al orden público internacional que se realiza en la anulación no se refiere a cuestionamientos relativos a la aplicación errónea de derecho. Incluso aquellos eventos de violación grosera en la aplicación del derecho tales como la violación de normas imperativas, fundar la decisión en una norma evidentemente inaplicable, desconocer sentencias con efectos erga omnes, interpretar sin considerar otras normas aplicables o no aplicar la norma adecuada no pueden enmarcarse dentro de la causal de violación al Orden Público internacional, ni dentro de otra causal de anulación. Sin embargo, estos eventos sí podrían encuadrarse en la causal especial de tutela de infracción sustancial.

En realidad, existe un problema complejo subyacente y es que no es posible cuestionar el laudo por razones de fondo a través del recurso de anulación. No existe una causal que permita hacerlo y más aún, existe prohibición legal. Sin embargo, en la medida en que la jurisprudencia actual de tutela si deja abierta la puerta a cuestionar el laudo por razones de fondo, considero que debe revisarse y replantearse esta opción como la adecuada.

La posibilidad de hacer un escrutinio al laudo por razones de fondo es una cuestión de política legislativa. En arbitraje puede optarse o no por contemplar mecanismos que permitan cuestionar un laudo por razones de fondo y ambas posiciones pueden ser razonables, aunque la tendencia generalizada es la de no permitir revisiones del laudo por razones de fondo. Por un lado, podría considerarse que quien acude a un arbitraje lo hace precisamente para excluir la decisión de su conflicto del juez natural y que excluye el conocimiento de la disputa en cuanto al fondo por parte de los jueces. Esto no implica una renuncia a que las cortes puedan servir de apoyo al arbitraje en múltiples aspectos en caso de ser necesario, tales como la conformación del tribunal, la ejecución de medidas cautelares, práctica de medidas cautelares, y por su puesto el control al debido proceso que se ejerce a través del recurso de anulación. Bajo esta concepción, la delegación a los árbitros para decidir de fondo la controversia es definitiva, exclusiva y vinculante. Es a ellos a quienes encomiendan resolver la disputa y no a los jueces de la sede ni de ningún otro Estado.

Por otro lado, podría existir la posibilidad de que la *lex arbitri* contemple la posibilidad de que los jueces de la sede ejerzan algún tipo de control jurisdiccional por razones de fondo. Esta posibilidad está contemplada en legislaciones como en Reino Unido<sup>422</sup>, Singapur<sup>423</sup>, Bélgica<sup>424</sup>, Holanda<sup>425</sup> y New Jersey<sup>426</sup> o Texas y California<sup>427</sup>. Así

---

<sup>422</sup> Arbitration Act United Kingdom 1996.

<sup>423</sup> Artículo 49 Arbitration Act Singapur.

<sup>424</sup> Código Judicial artículo 1716.

<sup>425</sup> Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos, artículo 1061 a y siguientes. Disponible en: <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001827/2020-07-30>

<sup>426</sup> New Jersey Arbitration Act, N.J. Stat. §2A: 23B-4c

mismo, existen reglamentos de arbitraje que permiten una revisión de fondo, tal y como JAMS<sup>428</sup>, la AAA<sup>429</sup>, la Corte Europea de Arbitraje<sup>430</sup>.

Al margen de la visión que cada cual tenga acerca de si deba o no existir una revisión judicial por razones de fondo y cual sea su alcance o si dicha posibilidad pueda ser ejercida bajo un reglamento de arbitraje por alguien diferente de un juez, considero que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para controvertir un laudo por razones de fondo y mucho menos tratándose de un laudo proferido en un arbitraje internacional.

La primera razón es que la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales no es un mecanismo idóneo para revisar la correcta aplicación de la ley sustancial en un caso. La tutela es una acción sumaria<sup>431</sup> para proteger un derecho fundamental. Y, ¿Cuál es ese derecho fundamental? El debido proceso. Y, ¿Cómo se protege el debido proceso en el arbitraje? Pues fundamentalmente a través del recurso de anulación. Difícilmente encontramos un evento de violación al debido proceso que no pudiera enmarcarse dentro de alguna causal de anulación. Pero, en relación con el fondo, ¿Acaso la tutela es realmente el recurso legal adecuado para corregir una violación en la aplicación de la norma? Creo que no. Creo que ha sido mínima la aplicación de la tutela en contra de sentencias judiciales por defecto sustancial precisamente porque la tutela no es un mecanismo adecuado para el efecto y el sistema de control ha funcionado adecuadamente a través de la apelación y la casación que son los medios adecuados para corregir estos errores. Una acción sumaria constitucional que debe fallarse en un corto plazo de 10 días en primera instancia o 20 días en segunda, no es el medio adecuado para controvertir las complejas cuestiones de fondo decididas en un arbitraje, pero tampoco existe un mecanismo de corrección como existe en el escenario judicial.

En todo caso, parece que los jueces han sido bastante escépticos a la hora de decidir tutelas contra providencias judiciales y laudos y mucho más por razones de fondo. Los precedentes al respecto son muy escasos y realmente parece más una opción teórica que eventualmente puede prosperar en un caso extremo. Sin embargo, no deja de ser preocupante que dicha posibilidad pueda ser usada en arbitraje creando inseguridad jurídica, especialmente en arbitrajes en los que participa una entidad estatal.

---

<sup>427</sup> *Nafta Traders, Inc. v. Quinn*, 339 S.W.3d 84, 98-101 (Tex. 2011); *Cable Connection, Inc. v. DIRECTV, Inc.*, 190 P.3d 586 (Cal. 2008).

<sup>428</sup> JAMS, "Reglas y procedimientos de arbitraje internacional de JAMS", *JAMS Mediation, Arbitration ADR Services*, vigentes a partir del 1º de septiembre de 2016, disponible en: <https://www.jamsadr.com/international-arbitration-rules/spanish>, consultado el 10 de agosto de 2020.

<sup>429</sup> *Optional Appellate Arbitration Rules*, disponible en [https://www.adr.org/sites/default/files/AAA-ICDR\\_Optional\\_Appellate\\_Arbitration\\_Rules.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/AAA-ICDR_Optional_Appellate_Arbitration_Rules.pdf)

<sup>430</sup> *Artículo 28 Reglamento Corte Europea de Arbitraje* disponible en <https://cour-europe-arbitrage.org/arbitration-rules/>

<sup>431</sup> Debe fallarse en tan solo 10 días en primera instancia y 20 días en segunda instancia.

Es importante tener en cuenta que no existe ningún precedente a la fecha que haya concedido la acción de tutela y haya dejado sin efectos un laudo arbitral internacional y la visión judicial ha sido bastante conservadora y escasa al momento de anular laudos por vía de tutela. Por lo tanto, no puede afirmarse que Colombia sea considerado una sede desfavorable para el arbitraje internacional con ocasión de la existencia de la tutela.

Por otra parte, tampoco es prudente estigmatizar a la acción de tutela como un mecanismo que perjudica en todos los casos al arbitraje. La tutela ha sido usada en ocasiones en favor del arbitraje o en otras ocasiones, la tutela ha sido negada y la Corte se ha pronunciado en las mismas a favor del arbitraje.<sup>432</sup>

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia ha sido muy conservadora al decidir tutelas interpuestas frente a laudos y tiene una línea consolidada negando dichas acciones por considerar que los tribunales de arbitraje no han incurrido en las violaciones alegadas.<sup>433</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

La jurisprudencia constitucional en Colombia ha permitido la posibilidad de que proceda la tutela en contra de laudos y decisiones de anulación, pero ha sido clara en delimitar el alcance de esta posibilidad con un carácter excepcional en el arbitraje nacional y aún más restringido en el arbitraje internacional.

---

<sup>432</sup> Algunas de las sentencias en que la Corte Constitucional ha respaldado la institución arbitral por vía de arbitraje incluyen la sentencia T-1224 de 2008, en la que la Corte concedió una tutela interpuesta para hacer efectivo el principio kompetenz y la efectividad de una cláusula compromisoria desconocida en un proceso judicial en el que un Tribunal Superior había revocado la decisión de un juez de admitir la excepción previa de cláusula compromisoria. Sentencia T 121 en que se ordenó a un Alcalde a respetar una cláusula compromisoria y determinar el lugar del arbitraje ante una patología superable de la cláusula compromisoria. Sentencia T 136 en la que se protegió a una parte de un proceso arbitral que había sido suspendido ante una acción de nulidad adelantada ante la jurisdicción que había conducido a los árbitros a declarar una suspensión por prejudicialidad, la cual fue superada a través de la acción de tutela que le permitió a los árbitros continuar en ejercicio de su autonomía para decidir el proceso arbitral. Sobre estos fallos y otras sentencias en pro del arbitraje ver: Cepeda, Manuel José La Constitucionalización del Arbitraje en Colombia, en Hacia una Mayor Eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos. Rafael Bernal, Yves Derrains y Fernando Mantilla. Editorial Universidad del Rosario. 2010.

<sup>433</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Ref.: Exp. 25000-22-13-000-2012-00384-01, MP: Jesús Vall del Ruten Ruiz, 2013. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Ref.: Exp. 11001-22-03-000-2015-01168-01, MP: Margarita Cabello Blanco, 2015; Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Ref.: Exp. 76001-22-03-000-2017-00194-01, MP: Margarita Cabello Blanco, 2017, en el mismo sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Ref.: Exp. 11001-22-03-000-2016-00508-01, MP: Luis Alonso Rico Puerta, 2016 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Ref.: Exp. 41001-22-14-000-2017-00268-01, MP: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, 2017; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Ref.: Exp. 11001-02-03-000-2019-01274-00, MP: Luis Alonso Rico Puerta, 2019.

A pesar de que la interposición de las tutelas en contra de laudos es muy frecuente, los casos en los que ha prosperado son mínimos y en su gran mayoría han involucrado a entidades estatales desfavorecidas con la decisión arbitral.

La visión jurisdiccional del arbitraje, particularmente en el arbitraje local, en la que ha existido una identificación de la función del árbitro a la de un juez temporal, tiene antecedentes remotos que se remontan a los primeros Códigos de Procedimiento Civil en los que el rol del árbitro y su responsabilidad se identifican con la función judicial y en que existe una equivalencia material del laudo con la sentencia judicial que parece superar el mero efecto vinculante del laudo. El asunto se vuelve aún más categórico con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 en la que dentro de la regulación de la Organización del Estado y la rama judicial se incluyó al arbitraje es como una forma de ejercicio transitorio de la función de administración de justicia.

No ha existido un análisis profundo de parte de la Corte Constitucional acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje internacional y de la procedencia de la tutela contra laudos proferidos por tales tribunales. El análisis de la Corte Constitucional ha partido de una ligera asimilación del laudo proferido por un tribunal nacional al internacional y se ha centrado más en destacar las razones por las cuales es más excepcional que proceda una tutela en contra de los laudos internacionales que de los nacionales, sin profundizar realmente en las razones por las que debe ser o no posible la tutela en arbitraje internacional.

Es cuestionable la justificación de la necesidad de la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales en el arbitraje. El derecho fundamental comprometido con la irregularidad en el trámite es esencialmente el debido proceso, el cual se encuentra protegido institucionalmente con el recurso de anulación. Requiere mucho esfuerzo encontrar hipótesis no cubiertas por el recurso de anulación en que se haya violado el debido proceso y que sea diferente de un cuestionamiento por violación sustantiva o fáctica (error manifiesto en la aplicación del derecho y valoración probatoria), particularmente en el caso de arbitraje internacional en el que existen causales tan amplias como no haber seguido el procedimiento conforme al acuerdo de las partes.

La tutela no es el mecanismo adecuado para controvertir los laudos por razones de fondo. En principio la regla acordada y aceptada por las partes es que la decisión en un arbitraje es definitiva o final, para bien o para mal. La posibilidad de acordar algún mecanismo de apelación o revisión de fondo existe excepcionalmente en otras jurisdicciones o incluso en algunos reglamentos de arbitraje, pero no es frecuente y por el contrario la práctica generalizada ha sido reconocer efectos finales al laudo. Sin embargo, mientras esa posibilidad no exista legislativa o reglamentariamente, existe un riesgo, aunque bastante remoto, de que por la vía de tutela se anule un laudo por razones de fondo. La tutela es un mecanismo inadecuado para ese efecto. Afortunadamente en la práctica la aplicación de estas causales ha sido absolutamente excepcional e inusual y la jurisprudencia

constitucional ha trazado hasta ahora una línea jurisprudencial muy restringida en arbitrajes nacionales y aún más rígida para que el caso del arbitraje internacional.

Finalmente, es del caso mencionar que la acción de tutela también ha sido usada en ocasiones para proteger la institución arbitral, por ejemplo, en lo relativo a los efectos vinculantes de la cláusula compromisoria y el principio Kompetenz- Kompetenz.

## COSTA RICA

### ARBITRAJE Y DERECHO CONSTITUCIONAL

*Andrea Hulbert\**

*Christian Díaz\**

#### I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio se analizan las normas constitucionales y las leyes de Costa Rica que regulan el arbitraje, nacional e internacional, como un método de resolución alterna de conflictos; las normas que limitan el alcance del arbitraje, y las posibles interferencias de la jurisdicción constitucional en el proceso arbitral, la validez del laudo arbitral, y/o el reconocimiento y ejecución del mismo. Para ello, vamos a escrutar la normativa constitucional y legal sobre el arbitraje, así como examinarla a la luz de la jurisprudencia costarricense existente sobre el tema que ha sido ampliamente desarrollada por la Sala Primera y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

#### II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL APLICABLE AL ARBITRAJE

La Constitución Política de la República de Costa Rica desde hace más de cincuenta años dispuso y reconoció al arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos. La norma constitucional está metódicamente ubicada en el Título IV de la Constitución Política, denominado Derechos y Garantías Individuales, en cuyo artículo 43, dispone expresamente lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.”<sup>434</sup>*

Esta norma, es el fundamento constitucional del arbitraje en Costa Rica, y ha permitido que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia lo defina como un derecho ciudadano fundamental típico y potestativo, cuyo ejercicio depende de la

---

\* Andrea Hulbert, MCI Arb, Árbitro y Mediadora Internacional. Especialista en resolución Responsabilidad Civil y Litigación Oral. Socia Directora de la División de Resolución Alterna de Conflictos de Hulbert Volio Montero. Correo electrónico: ahulbert@hulbertvolio.com

\* Christian Díaz, Árbitro, Adjudicador y Mediador. Especialista en Resolución Alterna de Conflictos y Derecho de Construcción. Socio Director de LPA Legal & Consulting. Correo electrónico: cdiaz@lpa.legal.com

<sup>434</sup> Constitución Política de Costa Rica, vigente desde el 08 de noviembre de 1949.



autonomía de la voluntad de las personas, quienes pueden optar por él, aún habiendo litigio pendiente, siempre y cuando se trate de diferencias patrimoniales.<sup>435</sup>

El contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje u otros métodos de resolución alterna de conflictos, tales como la negociación, mediación o conciliación. El juzgador constitucional ha dicho:

*“...A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial.”*<sup>436</sup> (El resaltado no es del original.)

El derecho fundamental de acceso al arbitraje es insoslayable. Toda persona, física o jurídica, tiene la libertad de escoger la vía por la cual desea resolver sus conflictos, siempre y cuando haya consentimiento expreso de ambas partes; mismo que, en Costa Rica, puede estar plasmado no sólo en un contrato o acuerdo formal, sino también en cualquier medio de comunicación que permita constatar la existencia del consentimiento. Dicha libertad de formas es una de las características del arbitraje que se deriva del derecho de libertad, antes citado por la Sala Constitucional.

Por lo dicho, no puede existir una ley o un acto de alcance general que niegue la posibilidad de escoger el arbitraje como vía de solución alternativa de conflictos, ni tampoco puede existir en el ordenamiento jurídico costarricense una ley o un acto de alcance general que obligue a arbitrar. En razón de lo anterior, cabe destacar que en Costa Rica no es constitucional el arbitraje forzoso.

Como complemento del artículo 43 constitucional tenemos los artículos constitucionales que tutelan el derecho de defensa y de contradicción.<sup>437</sup> (artículo 39),<sup>438</sup> el derecho a encontrar reparación por los daños sufridos y el derecho fundamental a una

<sup>435</sup> En reiterados votos que datan desde 1995, la Sala Constitucional ha mantenido una posición firme y uniforme, al decir que el artículo 43 de la Constitución Política garantiza el derecho a toda persona para terminar sus diferendos patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.

<sup>436</sup> Sala Constitucional, Sentencia Número 12215-2009 de las 14:45 horas del 05 de agosto de 2009, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>437</sup> Sala Constitucional, Sentencia Número 2307-95, de las 16:00 horas del 9 de mayo de 1995. Considerando V, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>438</sup> Constitución Política de Costa Rica: “**ARTÍCULO 39.-** A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...”. (lo resaltado no es del original).

justicia pronta y cumplida; en tanto son de acatamiento obligatorio en un proceso arbitral (artículo 41).<sup>439</sup>

De la relación de los artículos 41 y 152 de la Constitución Política se deriva el derecho de los habitantes del país de contar con la posibilidad de acudir ante los Tribunales de Justicia<sup>440</sup> y obtener de ellos una sentencia “pronta y cumplida”, lo que ha entendido el tribunal constitucional como obtener “un pronunciamiento correcto y útil”.<sup>441</sup> De la relación del artículo 41 y el 43 constitucionales, nace el derecho de las personas a acudir al arbitraje para resolver sus diferencias patrimoniales y obtener un laudo ejecutable.

Como hemos visto, el derecho costarricense no ha tenido que derivar el derecho al arbitraje de otras normas constitucionales, en razón de estar regulado de forma expresa en la Constitución Política.

Sin embargo, por muchos años, el arbitraje estuvo inmerso dentro del Código Procesal Civil, como un proceso más, y poco utilizado; hasta que el 16 de enero de 1998, fecha en que entró en vigencia la Ley No. 7727, denominada Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (en adelante Ley RAC). Se trata de una ley vanguardista y clara, que permitió y promovió que el arbitraje pasara de ser un proceso olvidado, a uno de los métodos de resolución de controversias más utilizados en los contratos comerciales del país.

La Ley RAC tiene una serie de características, muy novedosas en su momento, que debemos resaltar, entre ellas: el respeto a la autonomía de la voluntad, la desjudicialización del arbitraje, el reconocimiento del arbitraje institucional, la libre escogencia del procedimiento, el respeto al debido proceso, el concepto renovado de acuerdo arbitral y de los temas relacionados con su existencia y validez, la conceptualización de la materia arbitrable, y la delimitación del recurso de anulación del laudo, entre otros.

Hablamos de la desjudicialización del arbitraje, en primer lugar, porque en Costa Rica fue el Poder Judicial quien promovió la aprobación de la Ley RAC; y en segundo, porque dicha ley parte del principio de mínima intervención judicial en el arbitraje, que limita esas intervenciones mediante una disposición taxativa de las causas, situaciones o circunstancias en las que se autoriza la intervención judicial en el arbitraje. Es notable y cabe destacar que esta independencia que manda la Ley RAC, ha sido respetada con gran hidalguía por parte del Poder Judicial de Costa Rica, limitándose a conocer única y

<sup>439</sup> *Ibíd.* “ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.” (lo resaltado no es del original).

<sup>440</sup> Constitución Política “ARTÍCULO 152.- *El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley.*”

<sup>441</sup> Sala Constitucional, Sentencia Número 2307-95, de las 16:00 hrs del 9 de mayo de 1995. Considerando IV, extraído del sitio: <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr>

exclusivamente los asuntos de la competencia dada por la Ley y alejándose de la tentación de interferir indebidamente en el proceso arbitral. De este modo, puede haber intervención judicial en el arbitraje, únicamente en los siguientes casos:

- 1.- Nombrar árbitros en procedimientos ad hoc: cuando las partes no se ponen de acuerdo, el árbitro no acepta el cargo o cuando hay que sustituir a un árbitro;<sup>442</sup> cuando el nombramiento está a cargo de un tercero y este, no lo hace en el plazo fijado; o el nombramiento del árbitro presidente, cuando los co-árbitros no hacen la designación dentro del tiempo de ley;<sup>443</sup>
- 2.- Adoptar y ejecutar medidas cautelares, a petición de parte o del propio Tribunal Arbitral;<sup>444</sup>
- 3.- Resolver el recurso de apelación de la resolución arbitral que rechaza la incompetencia;<sup>445</sup>
- 4.- Resolver los recursos de nulidad y de revisión contra el laudo;<sup>446</sup>
- 5.- Ejecutar el laudo.

El reconocimiento del arbitraje institucional fue de gran relevancia, pues permitió no sólo que los diferendos puedan ser administrados por instituciones o centros de arbitraje; sino, además, que las institucionales tienen la libertad de crear las regulaciones procesales que estimen pertinentes, los códigos deontológicos aplicables, ejercer un control sobre el trámite de los procesos de arbitraje o mediación, tener su propia fijación de tarifas, etc.<sup>447</sup>

El concepto de acuerdo arbitral y los temas relacionados con su existencia y validez fueron remozados, dejando atrás los términos de cláusula compromisoria o compromiso arbitral. La Ley RAC reconoce la autonomía de la cláusula arbitral, entendida como la consagración del principio de separabilidad. Al mismo tiempo, que delega en los árbitros, la resolución sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral.<sup>448</sup> En esta misma línea, se

---

<sup>442</sup> Ley RAC, artículos 26 y 27. En estos casos los nombramientos estarán a cargo de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, de la lista que al efecto disponga la Corte Plena; del Colegio de Abogados o cualquier otra entidad debidamente autorizada para administrar arbitrajes.

<sup>443</sup> *Ibíd.* artículo 29. En este caso la designación del presidente la hace la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>444</sup> *Ibíd.* artículo 52: “*En cualquier etapa del proceso, las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, de oficio o a instancia de parte, el tribunal podrá pedir, a la autoridad judicial competente, las medidas cautelares que considere necesarias...*”

<sup>445</sup> *Ibíd.*, artículo 38, párrafo 3.

<sup>446</sup> *Ibíd.*, artículo 64.

<sup>447</sup> Ley RAC. artículos 21, 25.3 y 39.

<sup>448</sup> Ley RAC, artículos 18, 23, 37 y 43. Estas innovaciones van de la mano con la modificación al Código Procesal Civil para introducir “*la excepción previa de acuerdo arbitral*”, cuya finalidad es

desarrollan otros principios elementales del arbitraje: el principio de la libertad de forma del acuerdo, la libre escogencia del procedimiento, la oralidad y el principio de la competencia de la competencia (Kompetenz-Kompetenz), entre otros.<sup>449</sup>

Por último, la Ley RAC regula también la materia arbitrable, cuando en el artículo 18 dispone que: “...*Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes...*”.

La aplicación de la Ley RAC ha sido exitosa, gracias a la claridad y amplitud de sus normas, la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, y el respecto a su independencia por parte del Poder Judicial. Lo que también ha permitido que el arbitraje doméstico se vaya modernizando con los avances del arbitraje internacional. En este sentido, dice el artículo 39 de la Ley RAC que el Tribunal Arbitral debe dirigir el arbitraje guiado por los principios de contradicción, oralidad, concentración e informalidad y que “*También podrá adoptar reglas o procedimientos existentes sobre arbitraje, utilizadas por entidades dedicadas a la administración de procesos arbitrales, tanto nacionales como internacionales, así como leyes o reglas modelo, publicadas por entidades u organismos nacionales e internacionales.*” (lo resaltado no es del original). Esta norma permite la constante renovación y actualización del arbitraje doméstico, especialmente por medio de los reglamentos de arbitraje de las instituciones administradoras de mecanismos alternos de solución de controversias, los cuales están en constante modernización, acorde con las mejores prácticas internacionales, tales como en la actualidad el expediente digital y las audiencias virtuales.

Por otra parte, el **arbitraje internacional** está regulado en la Ley No. 8937, del 25 de mayo de 2011, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), con sus enmiendas del 2006 (en adelante Ley LACI).<sup>450</sup>

La ley LACI ha sido el gran complemento de nuestro arbitraje, pues no sólo abrió las puertas al arbitraje internacional, sino que ha servido de fuente normativa e interpretativa para el arbitraje nacional; puesto que a la par del principio de jerarquía de las normas, el artículo 39 de la Ley RAC claramente prevé la aplicación de leyes o reglas modelo emitidas por organismos internacionales.

---

sustraer del conocimiento judicial los asuntos en los que se ha acordado el proceso arbitral para la resolución de controversias.

<sup>449</sup> Ley RAC, artículos 37, 38 y 67.g.

<sup>450</sup> Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), vigente desde 25 de mayo de 2011

Con la promulgación de la ley LACI, Costa Rica se incorporó a la corriente mundial del libre comercio; y dotó de confianza y seguridad jurídica al sistema. Sobre el origen de la Ley LACI, la jurisprudencia ha dicho:

*“Históricamente el arbitraje, en cualquiera de sus modalidades, responde –en lo fundamental- a la necesidad del comercio de obtener una expedita, equilibrada y jurídicamente aceptada resolución de sus controversias. La jurisdicción tradicional dejó de ser la opción más ventajosa, pues los procesos, ideados con una vocación instrumental a favor de la justicia, a manos de litigantes de mala fe, dificultan enormemente la resolución definitiva de los conflictos. Si a ello se aúna el componente de una alta litigiosidad de la sociedad contemporánea, el crecimiento demográfico, y el volumen de las transacciones internacionales, es claro que **la jurisdicción ordinaria cuenta con enormes dificultades para responder con la celeridad requerida por el intercambio global. Ante esa realidad incontestable, el arbitraje surgió como instrumento alterno de mayor celeridad y adaptabilidad para dirimir las controversias entre los agentes económicos del comercio mundial.** Su acogida formal en el ordenamiento costarricense es de vieja raigambre, pues el constituyente se ocupó de establecerlo como derecho fundamental –artículo 43 de la Constitución Política-. Su mayor impulso provino de la ley no. 7727 del 9 de diciembre de 1997, Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social- que normó el arbitraje local en el foro. En este asunto se reclama el ejercicio de una competencia homóloga a la que en materia de nulidad habilita ese último cuerpo legal, pero en esta oportunidad derivada de la Ley no. 8937 del 27 de abril de 2011, denominada “Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)” (en adelante LACI). Esta normativa es el resultado de haberse advertido la necesidad de que el ordenamiento jurídico costarricense se incorporara en la corriente mundial del libre comercio, lo que conlleva la adopción de una serie de andamiajes jurídicos que proporcionen seguridad y homogeneidad de trato a los actores económicos. Esta urgencia aumentó en tanto los tratados de libre comercio suscritos por Costa Rica venían mencionando al arbitraje de inversión como mecanismo de resolución de disputas, y se carecía de un adecuado desarrollo normativo del arbitraje comercial internacional, toda vez que si bien desde hace varias décadas el país suscribió la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley no. 6165 del 15 de noviembre de 1997), su marco normativo es acentuadamente básico y general, a diferencia de lo que ocurre con la LACI, que se detiene a normar aspectos del procedimiento,*

*del recurso de nulidad contra el laudo, y del reconocimiento de lo laudado...”*

No ahondamos más en los principios y características de la Ley LACI, por tratarse de una ley modelo ampliamente conocida en el arbitraje internacional. No obstante, valga la oportunidad para mencionar que la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ya se ha pronunciado sobre los alcances de las causales de nulidad en los arbitrajes internacionales, en este sentido indica:

*“(...) V. Ahora bien, en lo que corresponde al recurso de nulidad, al igual que en el arbitraje local, **la Sala ejerce un control, en lo medular, sobre aspectos relacionados con; la libre elección del procedimiento, los linderos del acuerdo de arbitraje, la libre determinación del procedimiento y el debido proceso.** Así, el artículo 34 de la LACI contiene una serie de **causales numerus clausus**, -según se deriva de la enunciación de que el laudo “(...) sólo podrá ser anulado (...) cuando (...)”-, que invalidan lo decidido, si el recurrente acredita alguna de las siguientes circunstancias: incapacidad de alguna de las partes, invalidez del acuerdo según la ley a la que lo han sometido y, en defecto de ello, en virtud de la ley costarricense (acápites i) de ese mismo precepto). Además, en resguardo del debido proceso, y en particular del derecho de defensa, si se demuestra que un litigante no fue notificado de la designación de un árbitro, de lo actuado por el tribunal, o no ha podido hacer valer sus derechos (acápites ii), el laudo habrá de anularse. Finalmente, las últimas causales reafirman el peso de la libre autodeterminación en cuanto a la definición del procedimiento a seguir, y a la delimitación del ámbito competencial del árbitro a través del acuerdo de arbitraje, pues se dispondrá su nulidad en tanto lo resuelto abarque aspectos no previstos en el acuerdo arbitral, o los exceda, (motivo iii), al igual que si en la integración del tribunal o en el procedimiento dispensado se ha desatendido el acuerdo de los litigantes (acápites iv). Este último precepto mencionado advierte, sin embargo, que el árbitro podrá apartarse en caso de conflicto con una disposición de la ley de observancia preceptiva. En último lugar el control de nulidad se constriñe a la determinación por parte de la Sala de la inarbitrabilidad de la controversia, conforme al ordenamiento patrio, o que el laudo es contrario al orden público costarricense”.*<sup>451</sup>

<sup>451</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución Número 000280-F-S1-2015, de las 10:15 horas del 05 de marzo del 2015, extraído del sitio: <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr>

### III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Sobre los conceptos y características del arbitraje en Costa Rica existen sendos precedentes judiciales que reflejan la postura incólume de la judicatura costarricense, hemos puesto un epígrafe a cada sentencia para facilitar la lectura:

#### A. EL ARBITRAJE COMO MECANISMO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

*“... Las formas alternativas de solución de conflictos entre los particulares tienen en común la idea de facilitar la solución célere y eficiente de las controversias, sin necesidad de acudir al proceso judicial. La doctrina suele distinguir entre los métodos autocompositivos y los métodos heterocompositivos para la solución de conflictos de intereses. En los autocompositivos, las mismas partes solucionan el conflicto sin la ayuda de nadie – autocomposición indirecta- o con la ayuda de otra – autocomposición directa – (v.g. mediación, conciliación). Los heterocompositivos se caracterizan por la presencia de un tercero que resuelve la controversia mediante la imposición de su criterio....”*<sup>452</sup>

#### B. ARBITRAJE DERECHO FUNDAMENTAL DE RANGO CONSTITUCIONAL.

*“V.- (...) “... El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado “Derechos y Garantías individuales”, lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo. El contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir un conflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolución alterna de conflictos. Esta facultad no se ve siquiera diezmada o restringida, aunque penda de ser finalmente conocido y resuelto un litigio ante los Tribunales de la República. A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho*

<sup>452</sup>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 02999 – 2005, de las 14:55 horas, del día 16/03/2005, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

*de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial”.*<sup>453</sup>

*“Ahora bien, contrario a lo indicado por los consultantes, este Tribunal ha señalado que el arbitraje es un medio jurídico de rango constitucional, totalmente válido para terminar los conflictos de naturaleza patrimonial, cuyas decisiones finales tienen la fuerza de una sentencia dictada en un proceso jurisdiccional y que en virtud de ello, no se puede incluso por la vía de ley ordinaria, vaciar de contenido esta garantía de rango constitucional...”.*<sup>454</sup>

#### C. NATURALEZA JURISDICCIONAL Y RASGOS DEL ARBITRAJE.

*“IV.- (...) Para la Sala la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, como un medio idóneo y alternativo para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tienen las características y la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos. (...) “... Dentro de estos últimos instrumentos figura el arbitraje, que constituye un proceso de carácter no judicial mediante el cual las partes someten el conflicto a un tercero imparcial denominado árbitro con el objeto que éste lo conozca y resuelva con carácter vinculante. Las partes eligen, en forma privada, a unos sujetos que fungirán como árbitros, para la solución de una controversia, y cuya decisión la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada. La esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos. Tiene sustento contractual porque depende del consentimiento de ambos contradictores, sin embargo, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados”.*<sup>455</sup>

#### D. DERECHO POTESTATIVO Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

<sup>453</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 02999 – 2005, de las 14:45 horas, del día 16/03/2005, en igual sentido N° 06851 – 2005, de las 9:57 horas, del día 01/06/2005, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>454</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 17104 – 2007, de las 09:36 horas, del día 23/11/2007, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>455</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 02999 – 2005 de las 14:45 horas del día 16/03/2005, en igual sentido la Resolución Número 12215 – 2009 de las 14:45 horas del día 05/08/2009, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>



*“IV.-(...) “.... El artículo 43 de la Constitución Política garantiza el derecho a toda persona para terminar sus diferendos patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente. El contenido material de este derecho se manifiesta, en primer término, en su condición de derecho potestativo, puesto que nadie puede ser obligado a someterse a un arbitraje si, previamente, no lo ha consentido en el ejercicio de su libertad de contratación... (...) “... En segundo lugar, el arbitraje debe realizarse conforme a un procedimiento que garantice a las partes al menos los siguientes derechos: a) un tribunal imparcial integrado por árbitros competentes; b) la posibilidad de las partes de impugnar las resoluciones; c) el derecho de solicitar la nulidad del laudo ante los tribunales comunes cuando no se respete la garantía constitucional del debido proceso; d) la garantía de ejecución del laudo para la parte vencedora. Sobre el particular, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 531-96 de las 15:15 hrs. del 30 de enero de 1996, indicó lo siguiente: II) El proceso de arbitraje es, dentro del marco de nuestra Constitución Política, una forma alternativa para la solución de conflictos patrimoniales que podría resultar para las partes más ágil. (...) “... En el plano infraconstitucional, la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, No. 7727 del 09 de diciembre de 1997, desarrolla estos contenidos esenciales de manera amplia. Dicha normativa está complementada, en caso de arbitrajes internacionales, por lo estipulado en el artículo V de la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, ratificada por la ley No. 6165 de noviembre de 1977”.*<sup>456</sup>

#### E. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

En la jurisprudencia costarricense se ha consolidado el principio de autonomía de la voluntad<sup>457</sup> de las partes al momento de pactar la cláusula arbitral:<sup>458</sup>

<sup>456</sup> Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 2995- 2005, de las 14:45 horas, del día 16/03/2005, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>457</sup> “...el constituyente previó en el artículo 43 "el derecho" de toda persona de acudir, desde luego, voluntariamente, al procedimiento arbitral para dilucidar sus diferencias patrimoniales. La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes”. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 02307- 1995, de las 16:00 horas, del día 09/05/1995, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>458</sup> “... el arbitraje es un procedimiento autónomo, especial, excepcional, si se quiere, pero de igual rango que los procesos judiciales, puesto que conduce a la solución definitiva de los conflictos, con tal de que sean de naturaleza patrimonial. Pero, en esencia, es también ejercicio de poder jurisdiccional” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 10729 - 2008, de las 17:55 horas, del día 26/06/2008, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>. Arbitraje no violenta el principio de reserva o exclusividad de la jurisdicción.

*“En efecto, la determinación de someter un determinado conflicto ante un órgano arbitral, como derecho fundamental que es, forma parte indiscutible del principio de autonomía de la voluntad que tanto la Sala Constitucional, como la antigua Corte Plena, habían reconocido como principio derivable del Derecho de la Constitución. Finalmente, la disposición señalada también podría oponerse al numeral 153 constitucional, en tanto se invierte el sistema de tutela jurisdiccional, pues, en lugar de poder acceder directamente ante un órgano del Poder Judicial, se debe previamente acudir al juicio arbitral. En otros términos, la opción arbitral se transforma en la vía ordinaria para la solución de esta clase de diferendos y la jurisdiccional se transforma en la extraordinaria, lo cual subvierte el orden constitucional existente... ”.*<sup>459</sup>

#### F. DESJUDICIALIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y LIBRE ELECCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

*“I.- En la normativa procesal civil, derogada por la Ley No. 7727 de 9 de diciembre de 1997, la competencia de esta Sala en procesos arbitrales, aparte de su eventual constitución como árbitro, estaba limitada al conocimiento del recurso de nulidad contra laudos dictados por un Tribunal Superior. Por esa ley se modificó y amplió dicha competencia, al atribuirse a la Sala no sólo algunas cuestiones de tipo interlocutorio sino, además, el conocimiento de todo recurso contra cualquier laudo, sin consideración a procedencia o cuantía.- Con todo, la reforma, explícita e implícitamente, es mucho más que eso que podría verse como una simple modificación de competencia. En primer lugar, debe tomarse en cuenta que el legislador se propuso desjudicializar en lo posible el arbitraje, para que fuese efectivamente una alternativa a la justicia institucional. Consecuente con ello, es la prohibición de que los órganos judiciales puedan ser designados árbitros de equidad o de derecho (Art.25). En segundo lugar, para potenciar el arbitraje no sólo se le substraigo del Código Procesal Civil, donde no era sino un procedimiento más, sino que se autorizó a las partes para elegir libremente el procedimiento idóneo frente a la naturaleza del conflicto suscitado, con la única limitación de respetar los principios constitucionales de derecho de defensa y de contradicción (Art.39)... ”.*<sup>460</sup>

#### G. PRINCIPIO KOMPETENZ – KOMPETENZ, VALIDEZ Y SEPARABILIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL.

<sup>459</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 02307- 1995, de las 16:00 horas, del día 09/05/1995, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>460</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 00004-2000, de las 15:00 horas, del día 05/01/2000, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

*“III.- Ya este Tribunal ha expresado en reciente Voto N° 160 de las 9:20 horas del 16 de junio de 2006, reiterado, entre otros, en el Voto N° 178 de las 10 horas del 30 de junio de 2006 y en lo que interesa, que: “...El someter las controversias a un arbitraje depende exclusivamente de las partes en conflicto. Es su voluntad lo que sustenta la posibilidad de sustraerse de la vía ordinaria o común. Resulta entonces necesario tener claridad sobre el particular, no obstante, ello no sería de resorte de un tribunal ordinario, en virtud de la naturaleza propia de esa cláusula. El artículo 37 de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social establece: “Competencia: **El tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva para decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia y sobre las objeciones de la existencia o validez del acuerdo arbitral**”. Y en párrafo separado agrega: “Además, **estará facultado para determinar la existencia o validez del convenio del que forma parte una cláusula arbitral. Para los efectos de este artículo, una cláusula arbitral que forme parte de un convenio y disponga la celebración del arbitraje con arreglo a la presente ley, se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del convenio. La decisión del tribunal de que el convenio es nulo, no implicará, necesariamente, la invalidez de la cláusula arbitral**”. La norma transcrita nos remite al principio del kompetenz-kompetenz, conforme al cual, el juez de la acción es el de la excepción, lo que implica en este caso, que el tribunal arbitral es el que conoce de su propia competencia (ver entre otras la sentencia de la Sala Primera número 177-A-00.BIS, de las 16:00 horas del 21 de junio del 2000). **No conviene subordinar la competencia del tribunal arbitral a lo que decida uno ordinario, pues ello podría implicar vaciar de contenido la cláusula arbitral, o abrir la posibilidad de retrasar todos los conflictos que por voluntad de las partes se remiten a este foro especial... Por el contrario, si tal y como lo establece el ordinal citado, la competencia la fijara el propio tribunal arbitral, lo que incluso tiene recurso ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (artículo 38 ibídem), la cuestión quedaría definida sin necesidad de entrar a analizar el fondo del asunto...**”<sup>461</sup>*

En conclusión, reiteramos que la Sala Constitucional ha desarrollado el derecho a arbitrar y el principio pro arbitraje, como un derecho fundamental típico y potestativo, cuyo ejercicio depende de la autonomía de la voluntad de las personas, quienes pueden optar por él, aún habiendo litigio pendiente, siempre y cuando se trate de diferencias patrimoniales.

<sup>461</sup> Tribunal Segundo Civil, Sección Primera, Resolución Número 00063-2007, de las 09:10 horas, del día 20/02/2007, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

#### IV. NORMAS CONSTITUCIONALES QUE LIMITAN EL ALCANCE DEL ARBITRAJE

Respecto a las normas relacionadas con el alcance del arbitraje, es preciso desarrollar brevemente la denominada arbitrabilidad subjetiva y objetiva; es decir, qué personas, físicas o jurídicas, pueden someter sus controversias en un proceso arbitral, y qué materias pueden ser conocidas en un arbitraje.

En Costa Rica no hay normas de rango constitucional que establezcan límites subjetivos al arbitraje o que limiten el sometimiento a arbitraje, de disputas relacionadas con cierta categoría de sujetos; no hay un desarrollo específico de la arbitrabilidad subjetiva.

La Ley RAC dispone que tanto los sujetos de derecho privado, como los de derecho público pueden someter sus controversias al arbitraje. En consecuencia, la arbitrabilidad subjetiva debe ser analizada en cada caso concreto y para ello ha de recurrirse a diversas leyes y parámetros, tales como, pero sin limitarse a: la Ley RAC, el Código Civil de Costa Rica y La Ley General de la Administración Pública,<sup>462</sup> entre otras.

Podemos decir que en Costa Rica pueden arbitrar todos los sujetos de derecho privado que según las leyes tengan capacidad jurídica para hacerlo y, en el caso de los sujetos de derecho público, cuando la ley lo autorice, siempre que se esté frente al ejercicio de funciones puramente patrimoniales del Estado.

Este tema no ha sido pacífico debido a que hay insuficiente regulación en cuanto al arbitraje en el sector público y porque, en algunos casos, la línea entre actividad patrimonial y función pública puede ser muy delgada. Sin embargo, es claro que sobre las Potestades de Imperio del Estado y respecto a la validez de un acto administrativo, no existe competencia en Costa Rica para que sean resueltos por medio del proceso arbitral.

Sobre este particular la Procuraduría General de la República (PGR) ha tenido varias opiniones jurídicas, no vinculantes, en las que se ha cuestionado los alcances de la capacidad del Estado de someter sus conflictos a arbitraje; el cuestionamiento surge porque la Administración Pública se encuentra sometida al principio de legalidad, siendo “...su capacidad jurídica la suma de las potestades que le atribuyen las leyes, con lo cual el arbitraje parece incompatible si no está expresamente regulado...”<sup>463</sup>. Es ésta opinión jurídica, la PGR sostiene que no existe para la Administración una capacidad universal para someter las controversias a arbitraje, como sí lo hay en derecho privado “...El arbitraje no es la regla sino la excepción en los casos de derecho público, por ello se requiere de una norma expresa que lo autorice, aunque pueden darse los casos de autorización genérica

---

<sup>463</sup> Procuraduría General de la República, OJ-077-2000, del 20 de julio del 2000, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

*para la Administración con los consecuentes problemas e indeterminación e inseguridad que pudieran plantearse si no se definen clara y específicamente todos los supuestos...”*<sup>464</sup>

Respecto a la arbitralidad objetiva, el artículo 43 Constitucional<sup>465</sup> nos da el único parámetro constitucional, cual es que, el objeto del arbitraje sea sobre diferencias patrimoniales.

Por **diferencia patrimonial** debe entenderse que versa sobre bienes o derechos susceptibles de estimación económica; es decir, que tengan relevancia económica y no sean intangibles. Los hemos entendido, como aquellos derechos que tienen por objeto el provecho económico y por tanto son susceptibles de tener un valor o contenido económico. El derecho patrimonial está integrado por los derechos reales y los personales que sean reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico. Por naturaleza, se trata de derechos que están dentro del comercio de las personas.

La Ley RAC dispone sobre arbitrabilidad objetiva en sus artículos 2 y 18. En el numeral 2 refiere que el arbitraje es una solución para resolver “*diferencias patrimoniales de naturaleza disponible*”; siguiendo el mismo hilo conductor el artículo 18 reitera que la arbitrabilidad contiene dos elementos esenciales: **la patrimonialidad y disponibilidad**. Dice la norma:

*“ARTÍCULO 18.- Arbitraje de controversias. Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley. Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes. Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública.”*<sup>466</sup> (Lo resaltado no es del original.)

En Costa Rica existen varias materias que están expresamente excluidas del arbitraje por disposición de la ley, entre ellas las siguientes, sin pretender hacer una lista

---

<sup>464</sup> Ibíd.

<sup>465</sup> “*Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente.*”

<sup>466</sup> Ley No. 7727.

taxativa: el estado civil de las personas y la validez del matrimonio,<sup>467</sup> los delitos de orden público, el derecho a recibir alimentos,<sup>468</sup> la sucesión futura o la herencia antes de abrirse el sucesorio,<sup>469</sup> los asuntos que ya hayan sido decididos judicialmente mediante sentencia firme,<sup>470</sup> los bienes o derechos de menores de edad o incapaces ya que se requiere autorización judicial para ello,<sup>471</sup> los recursos naturales y bienes de dominio público, incluyendo demaniales,<sup>472</sup> los derechos de propiedad intelectual cuando el objeto de la controversia sea la registrabilidad de una marca, signo distintivo o patente, en razón de que la competencia administrativa es irrenunciable y exclusiva de las autoridades públicas,<sup>473</sup> en derecho de la competencia queda excluida la determinación de conductas que pueden constituir prácticas monopolísticas absolutas o relativas, y las medidas y sanciones previstas en la Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor.<sup>474</sup> Tampoco son arbitrables los procesos concursales, debido a la naturaleza de orden público de las normas que prevén los supuestos de insolvencia.<sup>475</sup>

Hay otras materias que han quedado excluidas del arbitraje para los sujetos de derecho público, como lo son: las potestades de Imperio del Estado, la materia tributaria, el derecho sancionatorio, la disposición de bienes públicos, la organización del Estado, así como las que no sean estrictamente patrimoniales. En este sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha dicho para la Administración Pública, central y descentralizada que el ejercicio de potestades de imperio o deberes públicos, que por naturaleza son indelegables, irrenunciables e imprescriptibles, no puede ser objeto de compromiso arbitral. “...*En estos casos, además de no ser materia patrimonial*

---

<sup>467</sup> Artículo 1376 Código Civil.

<sup>468</sup> Artículo 1377 Código Civil.

<sup>469</sup> *Ibíd.*

<sup>470</sup> Código Civil, artículo 1379..

<sup>471</sup> Código de Familia, artículo 154

<sup>472</sup> Código Civil, artículo 261: “*Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona...*”.

<sup>473</sup> Ley General sobre la Administración Pública, número 6227, artículo 66.1: “Las potestades de imperio y su ejercicio, y los deberes públicos y su cumplimiento, serán irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles.”

<sup>474</sup> Ley de Promoción de la Competencia y Protección Efectiva del Consumidor, número 7472.

<sup>475</sup> En Costa Rica, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil en el año 2018, se creó el Juzgado Concursal Nacional, hay un obligado proceso de conocimiento, terceros que se apersonan y claramente no habrán suscrito cláusula, amén de que hay ejecución colectiva o control de la empresa, etc., nada de esto es propio del arbitraje.

*disponible, entra en juego el interés público o general, el cual trasciende al de las partes.*<sup>476</sup>

Los bienes de dominio público también están fuera del comercio de las personas y por lo tanto no pueden ser objeto de arbitraje. *“El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son los llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del derecho civil y en la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio ... En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, como las vías de la Ciudad Capital, sean calles municipales o nacionales, aceras, parques y demás sitios públicos, los coloca fuera del comercio de los hombres...”*<sup>477</sup> (Lo resaltado no es del original.)

En general, los derechos o convenios que versen sobre temas de interés público o afecten derechos de terceros<sup>478</sup> están excluidos del arbitraje

## V. EN COSTA RICA NO HAY INTERFERENCIAS CONSTITUCIONALES EN EL ARBITRAJE

La Constitución Política de Costa Rica dispone expresamente que no serán impugnables ante los Tribunales Constitucionales los actos jurisdiccionales del Poder Judicial; por lo tanto, como veremos, tampoco los son los actos jurisdiccionales de los árbitros. Dice la norma constitucional:

*“ARTÍCULO 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia<sup>479</sup> declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que*

<sup>476</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 00210-2001, de las 15:00 horas, del día 09 de marzo del 2001, extraído del sitio: <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr>

<sup>477</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 2306-91, de las 14:45 horas del día 06 de noviembre del 1991.

<sup>478</sup> En Costa Rica también se ha desarrollado la teoría de la aplicabilidad de la cláusula arbitral a partes no signatarias, pero no ahondaremos al respecto por no ser el tema de este estudio.

<sup>479</sup> Es la denominada Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

*haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.” (El resaltado no es del original.)*

En esa línea, los únicos recursos que proceden contra el laudo son la acción de nulidad y el recurso de revisión, previstos en el artículo 64 de la Ley RAC<sup>480</sup> y numeral 72 del Código Procesal Civil<sup>481</sup>; normas que establecen las causales específicas de procedencia de cada uno de ellos.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, específicamente sobre este tema, indicó que:

*“...III.- Un aspecto fundamental del arbitraje es el carácter de irrecurrible que ostenta el laudo. En otras palabras, **no se permite impugnar los aspectos de fondo que contenga la decisión del Tribunal.** Las únicas dos opciones para recurrir son la nulidad de lo resuelto, con*

480

Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social. Sección IV. Recursos contra el laudo. Artículo 64. *“Contra el laudo dictado en un proceso arbitral, solamente podrán interponerse recursos de nulidad y de revisión. El derecho de interponer los recursos es irrenunciable. El recurso de nulidad se aplicará según los artículos 65, siguientes y concordantes de la presente ley. El recurso de revisión se aplicará de acuerdo con el Código Procesal Civil.”.*

481

Código Procesal Civil. Sección II. Medios De Impugnación. Artículo 72. Revisión. *“72.1 Procedencia y causales. La revisión procederá contra pronunciamientos que tengan efecto de cosa juzgada material, siempre que concurra alguna de las siguientes causales: 1. Se hubieran dictado como consecuencia de prevaricato, cohecho o actos fraudulentos declarados en sentencia penal. 2. Cuando medie fraude procesal, colusión u otra maniobra fraudulenta de las partes para alcanzar el fallo. 3. Cuando alguna de las pruebas decisivas del pronunciamiento impugnado hubiera sido declarada falsa en fallo penal firme. 4. Se obtuvieran mediante violencia, intimidación o dolo. 5. Cuando, por fuerza mayor o por actos fraudulentos de la parte contraria, no se hubiera presentado prueba esencial o se hubiera imposibilitado la comparecencia de la parte interesada a algún acto donde se practicó prueba trascendente. 6. Se haya dictado la sentencia sin emplazar al impugnante. 7. Haya existido falta o indebida representación durante todo el proceso o al menos durante la audiencia de pruebas. 8. Que la sentencia sea contradictoria con otra anterior con autoridad de cosa juzgada material, siempre que no se hubiera podido alegar dicha excepción. 9. Que la sentencia sea contradictoria con otra penal posterior con autoridad de cosa juzgada material en la que se establezca si la persona a quien se imputan los hechos que constituyen una infracción penal es o no la autora de ellos. 10. Cuando se hubieran afectado, ilícitamente, bienes o derechos de terceros que no tuvieron participación en el proceso. 11. En cualquier otro caso en que se hubiera producido una grave y trascendente violación al debido proceso. 12. Cuando surjan nuevos medios probatorios científicos o tecnológicos que permitan desvirtuar las conclusiones que se obtuvieron en la sentencia impugnada. Será necesario que el vicio hubiera causado perjuicio al impugnante y no haya sido posible subsanarlo dentro del mismo proceso en que se produjo. No es procedente la revisión, cuando se sustente en una causal ya conocida y no invocada por el impugnante en una solicitud de revisión anterior. 72.2 Plazos. El plazo para interponer la demanda de revisión será de tres meses, contado a partir del momento en el cual el perjudicado tuviera la posibilidad de alegar la causal respectiva. No procederá cuando hayan transcurrido diez años desde la firmeza de la sentencia que motiva la revisión.”.*



*base en las causales taxativas que contempla el numeral 67 de la Ley n. 7727, o mediante el recurso de revisión.”<sup>482</sup>*

Siendo consistente con el respeto al derecho constitucional de optar por medios alternos de solución de conflictos, y en especial por el arbitraje, en Costa Rica tampoco existen acciones o recursos para la protección de derechos fundamentales o principios constitucionales, que interfieran con el proceso arbitral, con la validez del laudo arbitral, o con el reconocimiento y ejecución de este.

El objeto de la jurisdicción constitucional es “garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.”<sup>483</sup>

Es la citada Ley de la Jurisdicción Constitucional, la que regula los mecanismos que existen para la protección de derechos fundamentales y principios constitucionales, estos son: el hábeas corpus, el amparo, la acción de inconstitucionalidad<sup>484</sup> y la consulta facultativa de constitucionalidad. Ninguno de ellos, procede contra resoluciones o actuaciones jurisdiccionales, entran aquí tanto las resoluciones y actuaciones del juez ordinario, como las del árbitro; a quien, se le asemeja con el juez con poder jurisdiccional, por el tiempo que dure el proceso arbitral. En conclusión, en Costa Rica no hay recurso de amparo o de tutela en contra de ninguna actuación del tribunal arbitral, y mucho menos en contra del laudo. Así lo dispone explícitamente, el artículo 30.b de la Ley de la Jurisdicción Constitucional:

*“Artículo 30. No procede el amparo: (...) “... b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial...”<sup>485</sup>*

La improcedencia de mecanismos constitucionales para combatir un acto, resolución o laudo arbitral, derivan de la ley y de la uniformidad de la jurisprudencia “erga

<sup>482</sup> Sala Primera de Costa Rica. Resolución Número 704-F-2007, de las 10:35 horas del 27 de septiembre del 2007, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>. Por su parte, Las causales de nulidad del laudo, según el artículo 67 de la Ley 7727: “Únicamente podrá ser declarado nulo el laudo cuando: a) Haya sido dictado fuera del plazo, salvo si las partes lo han ampliado. b) Se haya omitido pronunciamiento sobre asuntos sometidos al arbitraje, sin cuya resolución resulte imposible la eficacia y validez de lo resuelto. c) Se haya resuelto sobre asuntos no sometidos a arbitraje; la nulidad se decretará en cuanto a los puntos resueltos que no habían sido sometidos al arbitraje, y se preservará lo resuelto, si fuere posible. d) La controversia resuelta no era susceptible de someterse a arbitraje. e) Se haya violado el principio del debido proceso. f) Se haya resuelto en contra de normas imperativas o de orden público. g) El tribunal carecía de competencia para resolver la controversia.”

<sup>483</sup> Ley de la Jurisdicción Constitucional, No. 7135, Título I, Capítulo Único, Artículo 1.

<sup>484</sup> Título I, La República, Capítulo Único, Artículo 10, Constitución Política de Costa Rica.

<sup>485</sup> Título III, Capítulo I, Artículo 30, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, No.7135.

omnes” de la Sala Constitucional, en cuanto a que ella: “... **no es un órgano contralor de legalidad, respecto a lo actuado y resuelto dentro de estos procesos de solución de conflictos...**”.<sup>486</sup> (Lo resaltado no es del original.)

La Sala Constitucional se ha encargado de desarrollar y fortalecer la normativa con sus resoluciones, en las que ha reiterado la improcedencia del recurso de amparo y de la acción de inconstitucionalidad en contra del proceso arbitral y su laudo. De seguido, citaremos seis pronunciamientos de la Sala Constitucional que sostienen lo expuesto:

A. NO PROCEDE EL AMPARO CONTRA EL LAUDO:

*“...II.- Como en el fondo lo que se pretende con la interposición del amparo, es que se revisen en esta vía las presuntas nulidades que a juicio del recurrente aduce el laudo arbitral que impugna, ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta jurisdicción, toda vez, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 67 de la Ley número 7727 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete, denominada “Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”, el órgano competente para tramitar el recurso de nulidad que se interponga contra el laudo arbitral, es la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, quien de acuerdo con los incisos e) y f) del artículo 67 de la Ley número 7727 citada, determinará si existen o no las violaciones constitucionales que alega el recurrente. Por lo expuesto, el recurso resulta inadmisibles y así debe declararse...”*<sup>487</sup> (Lo resaltado no es del original.)

B. NO PROCEDE EL AMPARO CONTRA ACTOS PROCESALES DEL ARBITRAJE:

*“...En la especie, como lo que el recurrente pretende con la interposición del amparo, es que este **Tribunal se pronuncie sobre la procedencia de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica**, en la resolución de las nueve horas del ocho de julio del dos mil nueve, ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta jurisdicción, por cuanto la Sala no es un órgano contralor de legalidad, respecto a lo actuado y resuelto dentro de estos procesos de solución de conflictos...”*<sup>488</sup> (Lo resaltado no es del original.)

<sup>486</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución Número 2009-16397, de las 15:25 horas del 27 de octubre del 2009, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>487</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución Número 2002-10270, de las 11:30 horas del 25 de octubre del 2002, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>488</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución Número 016473-2018, de las 11:40 horas del 02 de octubre del 2018, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

### C. EL CONTROL DE LEGALIDAD LO EJERCEN LOS JUECES ORDINARIOS Y LOS ÁRBITROS

*“...el recurso de **amparo** ha sido instituido como un proceso sumario que tiene por propósito exclusivo garantizar o restablecer el goce de los derechos fundamentales consagrados por el Derecho de la Constitución - con excepción de los protegidos a través del hábeas corpus-, violados o amenazados, de forma directa, en perjuicio de su titular. **Su objetivo no es el de servir como un instrumento genérico para fiscalizar en abstracto la correcta aplicación del Derecho o para ejercer control de legalidad** respecto de lo actuado por las administraciones o autoridades públicas. Control de legalidad que se encuentra en manos de las instancias administrativas correspondientes y, en último grado, de los **jueces ordinarios**, mediante los procedimientos previsto para tal propósito. En razón de lo anterior, no corresponde a esta Sala entrar a determinar la procedencia o no de la solicitud de traducción íntegra del contrato que señala el recurrente, ni sustituir a las autoridades del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje recurrido o actuar como alzada en la materia, dado que analizar si en el caso en discusión del Centro recurrido es necesario la aportación de la documentación echada de menos, en atención a la correcta apreciación de las pruebas aportadas en respaldo de su petición, y conforme a la adecuada interpretación y aplicación de la normativa infraconstitucional que rige la materia, pues ello hace referencia a un conflicto de legalidad ordinaria cuyo conocimiento y resolución es ajeno al ámbito de competencia de este Tribunal...”*<sup>489</sup> (Lo resaltado no es del original.)

*“...ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta jurisdicción, por cuanto **la Sala no es un órgano contralor de legalidad**, respecto a lo actuado y resuelto dentro de estos procesos de solución de conflictos. En todo caso, si el petente estima que con lo actuado por el tribunal recurrido, se violentan las normas procesales y civiles aplicables y los derechos y principios constitucionales, podrá plantearlo ante la misma autoridad recurrida, o en su defecto, ante la vía de legalidad pertinente, a fin de que se resuelva lo que en derecho corresponda. Por lo expuesto el recurso resulta inadmisibile y así debe declararse...”*<sup>490</sup>

### D. LOS RECLAMOS DE LEGALIDAD DEBEN HACERSE ANTE LA SALA PRIMERA DE LA CORTE:

<sup>489</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución Número 2008-18395, de las 17:13 horas del 11 de diciembre del 2008, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>490</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución Número 2009-16397, de las 15:25 horas del 27 de octubre del 2009, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

*“...ello constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta jurisdicción, por cuanto la Sala no es un órgano contralor de legalidad, respecto a lo actuado y resuelto dentro de estos procesos de solución de conflictos. En todo caso, si el recurrente estima que con lo actuado por le tribunal recurrido, se violenta el derecho al debido proceso y a la defensa de la amparada, podrá plantear de conformidad con lo dispuesto en los artículos 65 y 67 de la Ley número 7727 del nueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete, denominada “Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social”, ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral, por ser dicha Sala, el órgano competente que de acuerdo con los incisos e) y f) del artículo 67 de la Ley número 7722 citada, determinará si existen o no las violaciones alegadas por el recurrente. Por lo expuesto el recurso resulta inadmisibles y así debe declararse...”.<sup>491</sup> (Lo resaltado no es del original.)*

E. NO PROCEDE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL LAUDO O SU EJECUCIÓN:

*“... la Sala considera que en este caso la acción de inconstitucionalidad no es un medio idóneo para tutelar los derechos de los accionantes, ya que lo discutido en este proceso no es la nulidad del laudo, cuyos efectos se pretenden suspender, sino la ejecución del mismo en el proceso de quiebra, toda vez que según el recurso de nulidad contemplado en el artículo 65 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, su interposición procede únicamente ante la Sala Primera, no ante el Juzgado Concursal.(...) “... En consecuencia, la acción resulta inadmisibles, por lo que procede su rechazo de plano...”.<sup>492</sup>*

De conformidad con lo antes indicado, en Costa Rica no existen recursos dirigidos a proteger derechos o principios fundamentales, que puedan interferir con el arbitraje. En virtud de ello, los criterios jurisprudenciales señalan que no se puede ver a la Sala Constitucional como un contralor de legalidad de las actuaciones de un Tribunal Arbitral, ya que carecen de competencia para conocer de esta materia. Asimismo, los magistrados de lo constitucional han abordado importantes temas, en los que se desligan cada vez más del arbitraje, por ejemplo, desarrollando: la autonomía e independencia del proceso arbitral,<sup>493</sup>

<sup>491</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución Número 2009-14331, de las 15:02 horas del 16 de setiembre del 2009, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>492</sup> Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución Número 2010-018383, de las 16:07 horas del 03 de noviembre del 2010, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>493</sup> Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 350-A-08, de las 09:00 horas del 16/05/2008, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

los limitados medios recursivos en el proceso arbitral,<sup>494</sup> la no violación al derecho de doble instancia,<sup>495</sup> y la inadmisibilidad del recurso de nulidad por aspectos sustanciales,<sup>496</sup> entre otros.

¿Qué sucede con la acción de inconstitucionalidad y con la consulta de constitucionalidad?

Los árbitros, al igual que los jueces, deben aplicar las normas y los principios constitucionales, así como aplicar la jurisprudencia de los tribunales constitucionales nacionales en sus laudos. Sin embargo, ninguno de ellos está legitimado para realizar el control constitucional de las normas de modo directo, es decir que el árbitro no puede decidir sobre la constitucionalidad o no de una norma o acto que deba aplicar.

La **acción de inconstitucionalidad**<sup>497</sup> debe ser planteada por sujetos de derecho privado o público, pero no por los árbitros en el ejercicio de su función jurisdiccional. Su efecto sobre el arbitraje, se limita a que en caso de ser admisible se suspende la aplicación de la norma en el proceso base, por lo que, si se trata de un arbitraje, los árbitros serán notificados y podrán continuar con los procedimientos hasta que llegue la etapa de la

<sup>494</sup> Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución Número 12215 – 2009, de las 14:45 horas, del día 05/08/2009, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>495</sup> Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución Número 12215 – 2009, de las 14:45 horas, del día 05/08/2009, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>496</sup> Sala Constitucional de Costa Rica, Resolución Número 02999 - 2005, de las 14:45 horas, del 16/03/2005, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

<sup>497</sup> Dice el artículo 73 que cabrá la acción de inconstitucionalidad:

*“a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.*

*b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.*

*c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.*

*ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.*

*d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.*

*e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.*

*f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas.”*

resolución final; es decir, que en ese momento deben suspender el dictado del laudo hasta que haya resolución de la acción de inconstitucionalidad. En este sentido, el artículo 82 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, dice:

*“Artículo 82. En los procesos en trámite no se suspenderá ninguna etapa diferente a la de **dictar la resolución final**, salvo que la acción de inconstitucionalidad se refiera a normas que deban aplicarse durante la tramitación.”*<sup>498</sup>

Por su parte, la **consulta de constitucionalidad**, regulada en los artículos 102 al 108 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en lo que interesa dispone:

*“ARTICULO 102. Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.*

*“Artículo 104. La consulta se formulará mediante resolución en la que se indicarán las normas, actos, conductas u omisiones cuestionados, y los motivos de duda del tribunal sobre su validez o interpretación constitucionales. Se emplazará a las partes para dentro de tercero día y se suspenderá la tramitación del proceso o recurso hasta tanto la Sala Constitucional no haya evacuado la consulta.*

*Al enviar la consulta, se acompañará el expediente o las piezas pertinentes.”*

Queda claro que, en armonía con el poder jurisdiccional temporal otorgado al árbitro, este está legitimado para plantear consultas de constitucionalidad, cuando tenga dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar. La misma Sala Constitucional, en reiterados votos, ha expresado que el concepto de juez debe interpretarse de una forma amplia incluyendo a los árbitros.<sup>499</sup>

*“II.- ... El artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece los **presupuestos de admisión de las consultas judiciales facultativas**, disposición de la que se desprenden cuatro elementos condicionantes y fundamentales para su procedencia: **que sea formulada por un juez; que existan "dudas fundadas" sobre la constitucionalidad de***

<sup>498</sup> Ley No. 7135, denominada Ley de la Jurisdicción Constitucional, vigente desde 19/10/1989, versión de la norma 5 de 5 del 31/10/2011.

<sup>499</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Número 5802-2002, de las 17:31 horas, del día 12/06/2002, en igual sentido la Resolución Número. 15924-2007 de las 13:20 horas del 01/11/2007, la Número 4565-2011, del día 06/04/2011 y la número 13138-2003 de las 14:35 horas del 12/11/2013, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

*la norma, acto, conducta u omisión que se deba aplicar o juzgar; que exista un caso sometido al conocimiento del juzgador o tribunal; y que en ese asunto previo, deba aplicarse la norma o juzgarse el acto, conducta u omisión que suscite la duda de constitucionalidad); presupuestos que fueron analizado en detalle en la sentencia número 01617-97, de las catorce horas con cincuenta y cuatro minutos del diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y siete, de la siguiente manera:*

*"A. Que la formule un «juez», término genérico que –desde luego– se aplica tanto a los juzgadores unipersonales como a los tribunales colegiados, y sobre lo cual es innecesario precisar más que: a) que debe tratarse de autoridades dotadas de poder jurisdiccional, lo cual excluye las consultas formuladas por tribunales administrativos, pero sí incluye las que hagan los árbitros en el marco de los asuntos sujetos a su decisión (nótese que lo relevante en todos los casos es que se esté ante el trámite de un proceso conducente al dictado de una sentencia o laudo arbitral, dotados de la autoridad de la cosa juzgada); y, b) que el juzgador debe estar, al momento de formular la consulta, debidamente habilitado para ejercer esa competencia (ya que mal podría pensarse que una resolución que sea inválida en el proceso en cuestión pueda surtir el efecto de dar inicio a un trámite que, como éste, posee un carácter puramente incidental)."<sup>500</sup> (Lo resaltado no es del original).*

## VI. CONCLUSIÓN

La Constitución Política de la República de Costa Rica, en su artículo 43 ubica al arbitraje como un derecho fundamental, optativo y aplicable a los conflictos de carácter patrimonial, norma constitucional que se encuentra vigente en nuestro país por más de setenta años. A partir de esta norma, se aplican al proceso arbitral las mismas bases constitucionales sobre los derechos a obtener reparación por los daños sufridos, a la defensa y contradicción, a una justicia pronta y cumplida, y a obtener un laudo ejecutable.

Asimismo, nuestra constitución prohíbe de modo expreso la impugnación de actos jurisdiccionales del Poder Judicial ante la Sala Constitucional. Lo cual se ve reflejado en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuando expresamente prohíbe el recurso de amparo contra las resoluciones y actuaciones del Poder Judicial.

Del estudio realizado, quedó claro que la jurisprudencia constitucional ha sido conteste en indicar que el concepto de juez debe entenderse en sentido amplio, incluyendo así a los árbitros; a quienes ha conceptualizado como sujetos de derecho privado, que

<sup>500</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Resolución Número 5802-2002, de las 17:31 horas del 12 de junio del 2002, extraído del sitio: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>

tienen poder jurisdiccional, durante el tiempo que dure el proceso arbitral. Por esta razón, tampoco son impugnables ante la Sala Constitucional los actos jurisdiccionales del árbitro.

Adicionalmente, el desarrollo de la jurisprudencia arbitral en Costa Rica ha sido respetuosa del principio pro arbitraje, y a su vez, el Poder Judicial ha respetado los límites impuestos por el ordenamiento jurídico costarricense para no intervenir indebidamente en el proceso arbitral.

Es por todo lo expuesto que podemos concluir, que en Costa Rica no proceden acciones o recursos para la protección de derechos fundamentales o principios constitucionales, que interfieran con el proceso arbitral, con la validez del laudo arbitral, o con el reconocimiento y ejecución de este, lo cual hace que Costa Rica sea una jurisdicción en la cual existe seguridad jurídica para arbitrar, así como para el reconocimiento y ejecución de los laudos domésticos e internacionales, lo cual le da confianza a las partes para utilizar el arbitraje como un mecanismo eficiente y eficaz para resolver sus controversias.



## ECUADOR

### DERECHO CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE

*Alegría Jijón Andrade \**

*Patricia Vera Nieto\**

#### I. INTRODUCCIÓN

La historia del arbitraje parte desde tiempos remotos quizás de la mano con la historia de la humanidad. José Luis Siqueiros, en el prólogo escrito para el libro “El Arbitraje” de Francisco González de Cossío, menciona que existen referencias al arbitraje en la biblia en los libros del Génesis y Éxodo<sup>501</sup>.

Por otro lado, en Grecia se hace referencia al uso del arbitraje para resolver disputas entre los dioses griegos. Así lo señala Gary Born en su libro “International Commercial Arbitration” al referirse a los primeros casos de resolución de conflictos en la materia, posiblemente internacional, en los cuales se involucraron disputas entre Poseidón y Helios sobre la propiedad de Corinto, que según los informes se dividió entre un arbitraje ante Briareus, un gigante<sup>502</sup>.

El arbitraje desde sus orígenes nace como una alternativa a la justicia común, que más adelante debido a demoras excesivas y congestión de los sistemas judiciales,

---

\* Asociada Senior en Pérez Bustamante & Ponce, Ecuador. Abogada en España por la Universidad de Navarra, Abogada en Ecuador por la Universidad de los Hemisferios, Abogada en Nueva York y miembro de New York Bar Association. LL.M en Global Business Law en la Universidad de Nueva York, LL.M en Derecho Internacional Comparado en la Universidad Nacional de Singapur. Academic Visiting Reseacher en la Universidad de Harvard. Correo electrónico: [ajijon@pbplaw.com](mailto:ajijon@pbplaw.com)

\* Directora del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (Amcham) Quito, Ecuador. Abogada en Ecuador por la Universidad de las Américas. Master en Litigio y Arbitraje Internacional en la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Coordinadora para el grupo de -40 en América del Club Español de Arbitraje. Correo electrónico: [pvera@ecamcham.com](mailto:pvera@ecamcham.com)

<sup>501</sup> Siqueiros, José Luis, prólogo del libro “Arbitraje”, en González de Cossío, Francisco (comp.), *Arbitraje*, 3era. ed., México, Porrúa, 2011, pp.13.

<sup>502</sup> Ralston, Jackson, “International Arbitration from Athens to Locarno”, en Born, Gary (comp.), *International Commercial Arbitration*, 2da. ed., Estados Unidos de América, Wolters Kluwer, 2014, pp.7

especialmente en jurisdicciones como la ecuatoriana, se ha situado como una alternativa válida en el momento de resolver conflictos.

El derecho constitucional y el arbitraje en Ecuador se han ido desarrollando en la medida que el arbitraje fue evolucionando e incorporándose al ordenamiento jurídico ecuatoriano inicialmente de manera superficial y referencial hasta que fuera reconocido como una institución como tal y consagrarse en la Ley de Arbitraje y Mediación.

## II. DESARROLLO HISTÓRICO DEL ARBITRAJE EN EL MARCO CONSTITUCIONAL ECUATORIANO.

El arbitraje en Ecuador ha recorrido un largo camino legislativo y Constitucional, que data de finales del siglo XIX<sup>503</sup>. Inicialmente la información relativa al arbitraje como institución jurídica se encontraba dispersa y dividida en distintos artículos de manera enunciativa. No se encontraba codificado o recogido en un solo documento normativo, pero posteriormente a mediados del siglo XX inicio su regulación procedimental.

En Ecuador todo conflicto debía ser resuelto por la jurisdicción judicial la cual estaba conformada por juzgados, tribunales de apelación y la Corte Suprema de Justicia según lo establecía la Constitución Política de 1945.<sup>504</sup> Antes de ello, la Constitución Política de 1929 hace referencia al arbitraje, pero dentro del marco de los derechos laborales; y se lo incluyó para la resolución de conflictos de capital; y del trabajo. A partir de entonces, se ha mencionado el arbitraje para la resolución de conflictos en el derecho laboral ecuatoriano; y ha constado en todas las Constituciones posteriores incluida la actual.

El primer reconocimiento y mención que tuvo el arbitraje en la Constitución fue, exclusivamente, con relación a la resolución de conflictos colectivos laborales, con el fin de brindar una pronta solución de los conflictos entre patronos y trabajadores mediante la conformación de tribunales arbitrales escogidos por empleados, empleadores y por la autoridad laboral.

Adicionalmente, el procedimiento de arbitraje no tuvo un reconocimiento específico como tal sino hasta la codificación de 1997; y posterior Constitución de 1998 que lo reconoció como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos; y lo incluyó en el capítulo de los principios generales de la función judicial:

*Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.*

<sup>503</sup> Andrade, Karla, *Desarrollo históricos del arbitraje y mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Los 20 años de la Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador Historia, Desarrollo y Retos*, Ecuador, Cevallos, 2017, pp. 20,21.

<sup>504</sup> Ibidem

*De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.*

*Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.<sup>505</sup>*  
(Const., 1998, art. 191)

El reconocimiento a los medios alternativos de solución de conflictos se mantuvo también en la Constitución del año 2008 vigente en la actualidad, en la que se establece lo siguiente:

*Art. 190. Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la Ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*

*En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conforme a las condiciones establecidas en la Ley<sup>506</sup>. (Const., 2008, art. 190)*

Es así como la Constitución reconoce al arbitraje como un procedimiento alternativo de resolución de conflictos y además establece dos limitaciones a su aplicación. Tal como lo analiza Karla Andrade Quevedo<sup>507</sup>, estas limitaciones son: i) Que sea aplicable a materias susceptibles de transacción; y, ii) Que las instituciones públicas pacten el arbitraje en derecho únicamente con la aprobación del Procurador General del Estado. Con relación a la primera restricción que establece la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 1 también establece cuales son las materias transigibles y que pueden ser sometidas al arbitraje. En cuanto a la segunda restricción, está representa una limitante a la libertad de las instituciones públicas para recurrir al arbitraje, debido a que, sin previa aprobación del Procurador General del Estado, este no será procedente.

Así mismo, dentro del marco legal ecuatoriano, el arbitraje se encuentra reconocido en la Ley de Arbitraje y Mediación, de la siguiente manera:

*Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros*

<sup>505</sup> Constitución Política de la República del Ecuador. [Const.], 1998, Ecuador.

<sup>506</sup> Constitución de la República del Ecuador. [Const.], 2008, Ecuador.

<sup>507</sup> Ibidem, pp. 22, 23.

*independientes que se conformaren para reconocer dichas controversias*<sup>508</sup>. (LAM, 2005, art. 1)

Por otro lado, la legislación ecuatoriana permite que el arbitraje sea pactado por las partes para someter sus controversias existentes (una vez que ya han surgido) o las controversias futuras a la resolución de un tribunal arbitral. Así mismo, la ley, además de regular todos los aspectos relativos al procedimiento arbitral, determina: el tipo de arbitraje, la capacidad para acudir al arbitraje, la definición de convenio arbitral, otras formas de someterse al arbitraje, renuncia al convenio arbitral, medidas cautelares y acción de nulidad.

En cuanto a las materias que se consideran transigibles, estas se encuentran determinadas por el Código Civil Ecuatoriano<sup>509</sup> en los artículos que regulan el contrato de transacción y las materias susceptibles de transacción que en definitiva las delimitantes más importantes se constriñen a: terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o eventual, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, no se puede transigir sobre los alimentos futuros de las personas sin una aprobación judicial, no vale la transacción sobre derechos ajenos o derechos que no existan, se presume la aceptación de la transacción por consideración a la persona con quien se la realizó y surte efecto únicamente entre los contratantes.

Con relación al arbitraje internacional, la Constitución impuso una gran limitación con relación a éste, ya que prohibió la celebración de tratados internacionales en los que se someta controversias contractuales o comerciales al arbitraje internacional, constando de la siguiente manera en la norma Constitucional:

*Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.*

*En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la*

<sup>508</sup> Ley de Arbitraje y Mediación. [LAM], 2005, Ecuador.

<sup>509</sup> Código Civil. [CC.], 2017, Ecuador. Ver “**Artículo 2348.-** Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”

*deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.*<sup>510</sup> (Const., 2008, art. 422)

A propósito de esta disposición contenida en la Constitución, la Corte Constitucional declaró inconstitucionales todas las cláusulas arbitrales contenidas en los tratados bilaterales de inversión suscritos por el Ecuador.

### III. PROBLEMÁTICA ACTUAL DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN ECUADOR

Ahora bien, antes de continuar debemos retroceder un poco y destacar que actualmente al Ecuador se lo define como un “Estado constitucional de derechos y justicia” y ya no como un “Estado social de derecho” es por ello por lo que la Constitución del 2008 tomó un enfoque distinto al de la Constitución anterior y ahora los derechos constitucionalmente protegidos son el enfoque del sistema jurídico.<sup>511</sup> Esto, con el objeto de establecer un régimen proteccionista que garantice los derechos protegidos por la Constitución. Esto sin duda alguna, generó tensiones e incertidumbres entre el sistema arbitral y el control constitucional.

Con lo anterior mencionado, otra particularidad de la Constitución del 2008 es que en su artículo 94 estableció dentro del capítulo de Garantías Jurisdiccionales a la Acción Extraordinaria de Protección de la siguiente manera:

*Art. 94. La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado*<sup>512</sup>. (Const., 2008, art. 422)

Dicha acción procede en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia en los que se haya violado derechos constitucionales, en los que se demuestre que se han agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios.

En el mismo sentido, la Constitución establece que para admitir la acción extraordinaria de protección la Corte constatará el cumplimiento de dos requisitos: 1) Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; y 2) Que el recurrente

<sup>510</sup> Constitución de la República del Ecuador. [Const.], 2008, Ecuador.

<sup>511</sup> Muriel Bedoya, Camilo, “Control Constitucional en el sistema arbitral ecuatoriano: ¿Garantismo o Intervencionismo?”, *Revista de Instituto Ecuatoriano de Arbitraje*, Ecuador, 2016, núm. 7, pp. 205

<sup>512</sup> Constitución de la República del Ecuador. [Const.], 2008, Ecuador.

demuestre que, en el juzgamiento, se ha violado por acción u omisión el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución<sup>513</sup>.

A partir de dicha regulación, la acción extraordinaria de protección fue utilizada; y, en ciertos casos mal usada, como mecanismo de impugnación de laudos arbitrales o decisiones relacionadas con la nulidad. Esto debido a que, en algunos casos la parte que la planteaba lo hacía con el fin de cuestionar no solamente la decisión emitida por los árbitros, sino también las decisiones emitidas por los jueces en las sentencias que resolvían acciones de nulidad. Tal como lo señala Camilo Muriel<sup>514</sup> antes de la entrada en vigor de dicha Constitución, existía un debate previo respecto a la procedencia de recursos en contra de la sentencia que resuelve la acción de nulidad de laudo. Todo este debate debido a que la Ley de Arbitraje y Mediación, establece expresamente que los laudos son inapelables, pueden ser aclarados y ampliados, pero no son susceptibles de ningún otro recurso que no se encuentre establecido en la propia Ley. En tal sentido, es la Ley quien determina las causas taxativas por las que se podrá interponer una acción de nulidad en contra del laudo<sup>515</sup>, única acción procedente permitida por sistema jurídico ecuatoriano.

Este antecedente generó mucha tensión entre el sistema arbitral y el Control Constitucional que durante cierto tiempo emitió distintos fallos; y hasta pronunciamientos contradictorios con respecto a la admisión, inadmisión, aceptación y rechazo sobre acciones extraordinarias de protección presentadas en contra de laudos arbitrales e incluso en contra de decisiones sobre declaratoria de competencia del tribunal arbitral por un lado; y, por otro, en contra de sentencias que resuelven la nulidad del laudo.

Ahora bien, el debate suscitado a partir de la pertinencia de esta norma directamente como forma de impugnar laudos arbitrales, dejó desde un inicio claras posturas sobre la inaplicabilidad de la acción extraordinaria de protección en contra de decisiones arbitrales. Para Edgar Neira<sup>516</sup> en lo jurídico encuentra más sólida la conclusión de que la acción extraordinaria de protección no procede en contra de laudos arbitrales, ni tampoco en contra de decisiones adoptadas por tribunales arbitrales por las siguientes razones: *i)* Inexistencia de una norma que hubiere contemplado la acción extraordinaria de protección en contra de laudos arbitrales; *ii)* La alternabilidad del sistema arbitral; *iii)* La naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral; y *iv)* La eliminación que la Asamblea Constituyente respecto de la norma que preveía el control de constitucionalidad de las decisiones de los árbitros.

Como bien lo menciona Edgar Neira en los argumentos que sostienen su postura, la Constitución no hace ninguna referencia expresa con relación a laudos o decisiones

<sup>513</sup> Constitución de la República del Ecuador. [Const.], 2008, Ecuador.

<sup>514</sup> Ibidem.

<sup>515</sup> Ley de Arbitraje y Mediación. [LAM], 2005, Ecuador.

<sup>516</sup> Neira, Edgar, "La Constitución del 2008 y el Arbitraje bajo la Ley Ecuatoriana", *Revista de Instituto Ecuatoriano de Arbitraje*, Ecuador, 2011, núm. 3, pp.38.

arbitrales, además de ello la Ley de Arbitraje y Mediación es clara y manifiesta de forma expresa los recursos y el tipo de acción que procede en contra del laudo arbitral.

Otro aspecto importante es el origen del procedimiento arbitral, el cual se apega a normas especiales; y, que además nace de la autonomía de la voluntad de las partes, la cual no implica el desconocer derechos constitucionales; y ajenos a cualquier tipo de control. Sin embargo, la procedencia de la acción extraordinaria de protección en contra de laudos debería haber estado regulado inicialmente, para evitar contradicciones o interpretaciones extensivas de la norma. Sin duda alguna, esta función ha sido reglamentada por las causales de nulidad determinadas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, mismas que tienen por objeto velar por el cumplimiento del debido proceso más no entrar a revisar el fondo del laudo. No obstante, con la acción extraordinaria de protección estas causales taxativas en algunos casos fueron omitidas y desconocidas al momento de admitir o aceptar una acción formulada en contra de un laudo. Es por ello por lo que, la actual Corte Constitucional, a la cual nos referiremos más adelante se ha pronunciado al respecto marcando un antes y un después con relación a la procedencia de la acción extraordinaria de protección presentada en contra de laudos.

Otro de los argumentos analizados por el citado autor, es el objeto controvertido que tiene un procedimiento arbitral debiendo este ser respecto a una materia susceptible de transacción, conforme lo estipula el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, ya mencionado en este artículo.

Es claro que las cuestiones sometidas a un arbitraje no tienen por objeto la declaratoria de un derecho constitucional, los mismos que por disposición del artículo 11 de la Constitución son indivisibles, inalienables e irrenunciables<sup>517</sup>. Esto, no implica que los árbitros no estén obligados a velar por el respeto al debido proceso o a desconocer derechos constitucionales que son inherentes a las partes. Dado que el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos está reconocido por la propia norma Constitucional; esto conlleva a que los árbitros en el ejercicio de sus funciones velen por la no afectación de los derechos constitucionales de las partes involucradas en el arbitraje.

Finalmente, en el texto de la norma Constitucional no se incluyó expresamente el control constitucional aplicable directamente en contra de laudos; y, decisiones emitidas por tribunales arbitrales que, inicialmente se preveía y se trató en una de las mesas de trabajo de la Asamblea Constituyente que trabajó en la mencionada Constitución y es mencionado también por Edgar Neira en el artículo citado.

De los precedentes de la anterior Corte Constitucional, Edgar Neira<sup>518</sup> menciona algunos casos en los que la Corte haciendo una interpretación extensiva de los artículos 94 y 437 de la norma Constitucional, emitió pronunciamientos confiriéndose la potestad de

---

<sup>517</sup> Constitución de la República del Ecuador. [Const.], 2008, Ecuador.

<sup>518</sup> Ibidem, pp.47.

controlar la constitucionalidad de laudos arbitrales. En tal sentido, aceptaron a trámite acciones extraordinarias de protección sin hacer un análisis motivado sobre cuestiones de derecho.

Dichos precedentes marcaron una serie de contradicciones en criterios emitidos por la anterior Corte que sin tener un parámetro establecido aceptaba o rechazaba acciones extraordinarias de protección en contra de laudos y decisiones arbitrales sin apego estricto a las disposiciones establecidas en la norma Constitucional o las causales de nulidad contempladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Sin embargo, la trayectoria de pronunciamientos emitidos por la anterior Corte Constitucional que generó incertidumbre y contradicción entre el sistema arbitral y el malentendido control constitucional sobre laudos cambió con la actual Corte Constitucional, que a lo largo de tres sentencias emitidas hace poco tiempo, marcaron un icónico antecedente para el eficiente control constitucional y el arbitraje en el Ecuador.

#### **IV. PARTICULARIDADES EN LA RELACIÓN ENTRE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y ARBITRALES EN EL ECUADOR**

Tal como ha quedado explicado más arriba el arbitraje tiene un fuerte reconocimiento constitucional y legal como método de resolución de disputas en el Ecuador. Ahora bien, como vimos en el capítulo anterior, ya en su aplicación práctica la independencia del arbitraje del control judicial y constitucional no siempre ha sido respetada como se esperaba.

Previo al año 2019 la institucionalidad, y sobre todo la parcialidad de la Corte Constitucional fue bastante cuestionada en el Ecuador, el sentimiento casi general es que existía una cierta injerencia política que se ejercía por parte del poder ejecutivo dentro de la Corte Constitucional.

Entre los años 2009 y 2019, existieron resoluciones poco claras por parte de la Corte en lo que respecta al control constitucional del arbitraje sin que exista mayor claridad ni direccionamiento en los pronunciamientos de la misma.

Uno de los golpes importantes que dio la Corte Constitucional al arbitraje fueron varias decisiones declarando la inconstitucionalidad de los Tratados Bilaterales de Inversión (“TBIs”) y sus cláusulas de arbitraje de inversión tras una interpretación, por decir lo menos, dudosa del artículo 422 de la Constitución transcrito más arriba.

El otro punto en donde la Corte Constitucional se ha encontrado con el arbitraje, que será el objeto de estudio de esta segunda parte del artículo, es respecto del control constitucional de laudos, que en el Ecuador se realiza bajo la figura de la Acción Extraordinaria de Protección (AEP) -equivalentes o muy similares a las acciones de amparo que encontramos en varios países de la región-.



Ahora bien, en febrero del año 2019, la Corte Constitucional enfrentó una reforma sustancial, encaminada a otorgar al máximo organismo de protección constitucional de institucionalidad, reconocimiento e independencia. Con este afán se realizó un concurso público mediante el cual se escogieron a todos los nuevos magistrados de la Corte<sup>519</sup>. Los nuevos magistrados que integran la Corte Constitucional en Ecuador son todos juristas de reconocido prestigio, si bien cada uno tiene una visión y postura política distinta, no necesariamente esta es afín al poder ejecutivo de turno.

Este relevo del 100% de los miembros de la Corte Constitucional ha dado un nuevo aire a la institución. Además de que se han despachado una cantidad importante de procesos que se encontraban detenidos desde hace años dentro de esta renovación de la Corte se han ido esclareciendo los requisitos y características de las Acciones Extraordinarias de Protección frente a los laudos arbitrales.

Como vimos, el artículo 94 de la Constitución del Ecuador crea la figura de la Acción Extraordinaria de Protección, como la acción constitucional que cabe frente a resoluciones judiciales finales cuando dichas resoluciones vulneren derechos constitucionales de los afectados.

*Art. 94.- **La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución**, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado. (énfasis añadido).<sup>520</sup> (Const., 2005, art. 94)*

Por su lado los artículos 58 a 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) regulan más a fondo el procedimiento, requisitos de admisibilidad, y los remedios disponibles de las AEPs.

*Art. 58.- Objeto.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución.<sup>521</sup> (LOGJCC, 2009, art. 58)*

<sup>519</sup> El Comercio, “4 mujeres y 5 hombres integran la nueva Corte Constitucional de Ecuador”, *El Comercio*, Ecuador, 28 de enero de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/mujeres-hombres-nueva-corte-constitucional.html>

<sup>520</sup> Constitución de la República del Ecuador. [Const.], 2008, Ecuador.

<sup>521</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 2009, Ecuador.

Así, tanto la Constitución, la LOGJCC y ahora los nuevos precedentes constitucionales posteriores a 2019, nos dan luces sobre cuáles son los requisitos o características esenciales de las AEPs, y particularmente de las AEPs respecto de laudos arbitrales.

#### A. DECISIONES SUSCEPTIBLES DE AEP

El requisito principal que deben cumplir las resoluciones para ser susceptibles de impugnación a través de una Acción Extraordinaria de protección es que se trate de resoluciones finales. El artículo 94 de la Constitución específicamente requiere que las resoluciones que pueden impugnarse por medio de una AEP sean definitivas.

A pesar de la discusión doctrinal descrita más arriba, sobre si debería proceder o no el control de laudos arbitrales, en diversas sentencias la Corte Constitucional ha señalado que la acción extraordinaria de protección es adecuada para impugnar un laudo arbitral, puesto que es una decisión jurisdiccional que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, conforme lo exige el artículo 58 de la LOGJCC, *“con la única excepción de que dicha acción se muestre inadecuada o ineficaz para la resolución del problema”*.

#### B. LA JURISPRUDENCIA ANTIGUA Y NUEVA HA SIDO UNÁNIME EN QUE CABEN LAS AEPs ANTE LAUDOS ARBITRALES

Si bien es cierto que ni la Constitución del Ecuador ni la LOGJCC dice expresamente que cabe la AEP frente a laudos arbitrales causando las dudas expuestas. La literalidad de la LOGJCC sí parece incluirlos cuando habla de *“resoluciones con fuerza de sentencia”*. Ya que como vimos en los primeros apartados de este capítulo queda meridianamente claro que los laudos en el Ecuador tienen para todos los efectos prácticos la misma fuerza de las sentencias judiciales.

Además, aún cuando el cambio en la Corte Constitucional y en su tratamiento de las AEPs ante resoluciones arbitrales ha sido profundo, una constante que no ha variado es su interpretación de que en efecto debe existir control constitucional de los laudos arbitrales y que dicho control debe ser ejercido por la Corte Constitucional a través de las AEPs.

La Corte Constitucional en sus dos últimas sentencias, que estudiaremos en el siguiente apartado, ha sido muy clara en mantener dicha aceptación, en la sentencia No. 323-13-EP/19 estableció:

*21. Posteriormente, mediante sentencia No. 123-13-SEP-CC\ la Corte Constitucional sostuvo que la vulneración a derechos constitucionales puede producirse por el órgano jurisdiccional que realiza el control judicial del laudo en la acción de nulidad, así como por parte del Tribunal Arbitral al expedir el laudo arbitral, **por lo que, dado que la acción extraordinaria de protección no es un mecanismo de impugnación tendiente a corregir errores in iudicando o in procedendo, los laudos***

**arbitrales son impugnables mediante acción extraordinaria de protección siempre que la pretensión se relacione a vulneraciones constitucionales.** (énfasis añadido)<sup>522</sup>

Criterio que confirmado también en la sentencia 31-14-EP/19:

*52. Para activar la acción extraordinaria de protección contra un laudo arbitral, como una garantía constitucional de naturaleza jurisdiccional, se requería el agotamiento de la acción de nulidad únicamente por cinco causales taxativamente establecidas en la ley. **En lo demás, las violaciones de derechos constitucionales no relacionadas a las causales de nulidad del laudo contenidas en la ley, podían ser directamente reclamadas ante la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección.*** (énfasis añadido)<sup>523</sup>

Así, a pesar de que parte importante de la doctrina se opone al control constitucional de los laudos arbitrales parecería que, por el momento, en el Ecuador la discusión sobre si cabe una AEP frente a un laudo arbitral está zanjada por el momento.

#### C. CARÁCTER EXTRAORDINARIO DE LAS AEPs

Una AEP, como su nombre lo indica, tiene carácter extraordinario y está diseñada para solventar violaciones de derechos constitucionales, incluyendo los del debido proceso cometidas por una autoridad judicial o con facultades jurisdiccionales en el marco proceso.

En este sentido una AEP, no es un recurso ni una cuarta instancia dentro de un proceso judicial. El juez constitucional no entra a conocer la sustancia del asunto ni a dictaminar sobre el fondo de la disputa, sino que por el contrario se limita a conocer si la autoridad judicial violó o no alguno de los derechos constitucionales de una de las partes dentro del marco del proceso.

Si la característica de la extraordinariedad es fundamental para todas las AEPs. En sede de AEPs a laudos arbitrales este principio debe quedar, si cabe, muchísimo más claro. La esencia del arbitraje, tal y como fue expuesto en la introducción a este capítulo, es que las partes renuncian a su derecho de resolver sus disputas a través del sistema judicial y optan resolver su disputa o controversia a través de un mecanismo distinto y alternativo de resolución de disputas. Por este motivo, no existen recursos procesales en el Ecuador respecto de laudos arbitrales, lo que está previsto es una acción de nulidad de laudos para casos en los que exista una clara vulneración del debido proceso durante el procedimiento arbitral.

<sup>522</sup> Sentencia No. 323-13-EP/19, Corte Constitucional, 19 de noviembre de 2019.

<sup>523</sup> Sentencia No. 31-14 EP/18, Corte Constitucional, 19 de noviembre de 2019.

En este sentido, la AEP tiene que ser entonces un mecanismo incluso más extraordinario que la acción de nulidad, reservado únicamente para casos en los que o bien durante el proceso arbitral existió una vulneración grave de derechos constitucionales, que como discutiremos, no debería estar prevista en sede de acción de nulidad o para casos en los que la vulneración de los derechos constitucionales se haya dado por el juzgador durante la acción de nulidad del laudo.

Sería una verdadera desnaturalización de la figura de la AEP si con excusa de la misma el juzgador constitucional tuviese una puerta abierta para entrar a conocer sobre el fondo del laudo o de la sentencia de nulidad impugnada.

Para proteger potenciales abusos de las AEPs es menester que se reconozcan y respeten los principios de intervención mínima y de *última ratio*. La Sentencia No. 323-13-EP citada establece respecto del carácter extraordinario de las AEPs:

*26. Esta exigencia es de importancia constitucional, pues permite que sea la jurisdicción ordinaria, a través de los mecanismos de impugnación correspondientes, la llamada a precautelar los derechos de las partes procesales y corregir los yerros que otros operadores pudieron haber cometido, únicamente siendo posible que la jurisdicción constitucional intervenga en situaciones excepcionales.*<sup>524</sup>

Así, la Corte Constitucional ha tomado una interpretación estricta al momento de aplicar los requisitos establecidos por la LOGJCC:

*Art. 61.- Requisitos.- La demanda deberá contener: 1. La calidad en la que comparece la persona accionante. 2. Constancia de que la sentencia o auto está ejecutoriada. 3. Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado. 4. Señalamiento de la judicatura, sala o tribunal del que emana la decisión violatoria del derecho constitucional. 5. Identificación precisa del derecho constitucional violado en la decisión judicial. 6. Si la violación ocurrió durante el proceso, la indicación del momento en que se alegó la violación ante la jueza o juez que conoce la causa. (énfasis añadido)<sup>525</sup> (LOGJCC, 2009, art. 61)*

Justamente, con el fin de cautelar la extraordinariedad de las AEPs quien tiene la carga de la prueba para demostrar que su derecho efectivamente fue violado es la parte accionante. Quien presenta la acción tiene la carga de argumentar claramente sobre el

<sup>524</sup> Sentencia No. 323-13-EP/19, Corte Constitucional, 19 de noviembre de 2019.

<sup>525</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 2009, Ecuador.

derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial o jurisdiccional, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.

En la Sentencia 31-14-EP/19-CC se dejó este requisito meridianamente claro, la Corte fue tajante en que sin una especificación del derecho supuestamente vulnerado no cabe ni entrar a conocer la AEP:

*32. En cuanto al auto del 5 de diciembre de 2013, esta Corte observa que la accionante no identificó el derecho constitucional presuntamente vulnerado por esta decisión y se limitó a establecer que la misma es violatoria de derechos porque ratificó la decisión del Presidente de la Corte Provincial del Guayaquil de negar la acción de nulidad del laudo arbitral.<sup>526</sup>*

Finalmente, cabe mencionar que el término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial o arbitral que la actora considere al vulnerado su derecho fundamental. Dicho corto tiempo de acción constituye otro mecanismo de limitación de la acción para prevenir su abuso por parte de litigantes no satisfechos.

D. ES NECESARIO EL AGOTAMIENTO DE TODOS LOS RECURSOS PREVIOS PARA PODER INTERPONER UNA AEP FRENTE A UN LAUDO ARBITRAL

La Constitución y la LOGJCC son tajantes al exigir que el actor haya agotado todos los recursos previos ordinarios y extraordinarios frente al laudo o resolución judicial antes de que procesada presentar una AEP. El artículo 94 de la Constitución literalmente dice “Procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal”.

La sentencia No. 323-13-EP/19 también enfatizó en la necesidad de cumplir este requisito como corolario del carácter residual y extraordinario de la AEP:

*13. Previo al análisis del mérito de la presente acción extraordinaria de protección, corresponde a esta Corte Constitucional verificar el agotamiento de mecanismos impugnativos conforme al artículo 94 de la Constitución del Ecuador y 61 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ("LOGJCC") a fin de evitar la desnaturalización del carácter extraordinario y residual de esta garantía en desmedro de la norma constitucional. (énfasis añadido)<sup>527</sup>*

<sup>526</sup> Sentencia No. 31-14 EP/18, Corte Constitucional, 19 de noviembre de 2019.

<sup>527</sup> Sentencia No. 323-13-EP/19, Corte Constitucional, 19 de noviembre de 2019.

El artículo 61 de la LOGJCC también requiere al accionante, como requisito de admisión de la AEP la “*Demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado.*”

Una pregunta muy interesante es en que caso se considerará que el recurso sea ineficaz o inadecuado o como podría el actor probar que la falta de interposición del recurso no fuera atribuible a su negligencia. Como veremos, en las sentencias constitucionales que estudiaremos en el siguiente capítulo, parecería ser que en el caso de AEPs frente a laudos arbitrales esta excepción se entiende aplicable a violaciones de derechos constitucionales que no están cubiertos por las causales de nulidad de laudos de la Ley de Arbitraje y Mediación.

**40. La acción de nulidad sería inadecuada o ineficaz cuando se hayan vulnerado derechos constitucionales o el debido proceso durante el proceso arbitral o en el laudo, cuya violación no pueda ser enmendada por las causales de nulidad del laudo establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación, pues el control judicial que se efectúa dentro de la acción de nulidad del laudo es diferente al control que realiza la Corte Constitucional a través de la acción extraordinaria de protección.**<sup>528</sup>  
(LAM,2005,art.40)

Como veremos más abajo, esta distinción entre las causales de nulidad de y AEPs de laudos es absolutamente novedosa para el régimen jurídico ecuatoriano.

#### E. EL ESTÁNDAR DE LA REPARACIÓN INTEGRAL

La Ley otorga a la Corte Constitucional amplísimas facultades para remediar potenciales violaciones a derechos constitucionales que encuentre dentro de la resolución de una AEP, usando específicamente en concepto de reparación integral:

*Art. 63.- Sentencia.- La Corte Constitucional determinará si en la sentencia se han violado derechos constitucionales del accionante y si declara la violación, **ordenará la reparación integral al afectado.** (énfasis añadido)<sup>529</sup> (LOGJCC, 2009, art. 63)*

La reparación integral es el mecanismo de reparación que utiliza la Constitución ecuatoriana para remediar cualquier vulneración de derechos constitucionales. No se limita a un remedio específico para las AEPs sino que esta concebida transversalmente para cualquier acción constitucional en la que la Corte encuentre que se ha vulnerado algún

<sup>528</sup> Ley de Arbitraje y Mediación. [LAM], 2005, Ecuador.

<sup>529</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 2009, Ecuador.

derecho constitucional. La reparación integral se ha configurado como un concepto absolutamente abierto y expansivo, motivo por el cual ha sido criticado por la doctrina, en cuanto es una de las fuentes que más poder otorga a la Corte. La reparación integral se encuentra definida en el artículo 18 y 19 de la LOGJCC, a saber:

*Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.(...)*

*En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente. (énfasis añadido)<sup>530</sup>*  
(LOGJCC, 2009, art. 18,19)

La Corte ha entendido esta potestad amplísima de la reparación integral en los siguientes términos en la Sentencia 146-14-SEP-CC:

*“(...) [L]a reparación integral es un derecho con el que cuentan todas las personas, a fin de que el Estado otorgue el resarcimiento del daño causado mediante un conjunto de medidas que consideren todo el historial de sucesos que se efectuaron, tanto durante como después de la vulneración del derecho, incluyendo en ciertos casos no solo las afectaciones individuales de la persona cuyo derecho se vulneró, sino además la afectación que provocó en su entorno familiar y proyecto de vida.” (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1/10/14, página 51, párrafo 4). (énfasis añadido)<sup>531</sup>*

Por su lado, la Sentencia 287-16-SEP-CC repite que:

*“(...) [L]a reparación integral se constituye en un derecho constitucional que permite que las personas cuyos derechos han sido vulnerados o*

<sup>530</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 2009, Ecuador.

<sup>531</sup> Sentencia No. 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-11-EP, Corte Constitucional, 01 de octubre del 2014.

**menoscabados, reciban por parte de la justicia constitucional una solución que les permita ejercer nuevamente el derecho que les fue quitado.**” (Corte Constitucional de Ecuador, Sentencia 287-16-SEP-CC, Caso 0578- 14-EP, 31/08/16, página 69, párrafo 3) (énfasis añadido)<sup>532</sup>

La ya citada Sentencia 146-14-SEP-CC, en referencia a Sentencia 004-13-SAN-CC establece que la reparación integral es el eje transversal para la reparación de todos los derechos constituciones en el Ecuador:

*“(...) [L]a reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, **es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal al ejercicio de los derechos.**”* (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1/10/14, página 48, párrafo 3. En referencia a Sentencia 004-13-SAN-CC, Caso 0015-10-AN). (énfasis añadido)<sup>533</sup>

La Sentencia 146-14-SEP-CC determina la razón de ser de la reparación integral como mecanismo para solventar todas las vulneraciones de derechos constitucionales:

*“(...) [El] (...) cambio constitucional se da como respuesta a la denominación del Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, **cuyo objetivo principal no solo debe limitarse a garantizar el respeto de los derechos constitucionales, sino además debe ir más allá y encaminarse hacia el establecimiento de medidas que promuevan que la situación de la víctima de la vulneración de un derecho sea reparada,** con lo cual se cumple la finalidad de las garantías constitucionales de proteger eficaz e inmediatamente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.”* (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1/10/14, página 48, párrafo 2). (énfasis añadido)<sup>534</sup>

La Corte ha sido enfática y hasta cierto punto extrema en interpretar la reparación integral como susceptible de incluir cualquier medida que el juzgador considere pertinente instando incluso a la creatividad del juzgador constitucional:

<sup>532</sup> Sentencia 287-16-SEP-CC, caso No. 0578-14-EP, Corte Constitucional, 31 de agosto de 2016.

<sup>533</sup> Sentencia No. 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-11-EP, Corte Constitucional, 01 de octubre del 2014.

<sup>534</sup> Sentencia No. 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-11-EP, Corte Constitucional, 01 de octubre del 2014.



**“(…) [L]os jueces constitucionales se encuentran en la obligación de ser creativos al momento de determinar las medidas de reparación integral que dentro de cada caso puesto a su conocimiento deban ser establecidas, a fin de que la garantía jurisdiccional sea efectiva y cumpla su objetivo constitucional, evitando vincular únicamente a la reparación integral con una reparación reducida a lo económico, ya que su naturaleza es distinta. Por esta razón, dicha determinación deberá ser proporcional y racional con relación a la función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación del proyecto de vida de la persona.”** (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 146-14-SEP-CC, Caso 1773-11-EP, 1/10/14, página 49, párrafo 1). (énfasis añadido)<sup>535</sup>

Entre las medidas de reparación integral que el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se encuentran: a) la restitución del derecho; b) la compensación económica o patrimonial; e) la rehabilitación; d) la satisfacción; e) las garantías de que el hecho no se repita; f) la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar; g) las medidas de reconocimiento; h) las disculpas públicas; i) la prestación de servicios públicos; y, j) la atención de salud.

Ahora, respecto de la aplicabilidad del principio de reparación integral para remediar vulneraciones de derechos producidas en procesos arbitrales, la experiencia no es demasiado extensa. En ninguna de las dos sentencias que analizaremos a fondo en este artículo la Corte Constitucional encuentra que hayan existido vulneraciones a derechos constitucionales de los actores por lo que no se otorga una compensación ni se interpreta en la mismas el concepto de reparación integral.

Si vamos más atrás, la antigua Corte Constitucional se refirió a la reparación integral en casos de AEPs de laudos arbitrales en muy pocas ocasiones. La sentencia que más luces nos da al respecto es la 113-15-SEP-CC según la cual para reparar integralmente el derecho del afectado la reparación integral sería:

1. Dejar sin efecto el laudo arbitral y posteriores actuaciones procesales;
2. Retrotraer el procedimiento arbitral hasta el momento en el cual se produjo la vulneración de los derechos constitucionales, escogiéndose un nuevo tribunal arbitral.<sup>536</sup>

Es importante notar que la Corte en este caso entendió la reparación integral como inminentemente procesal y consideró suficiente para remediar el derecho retrotraer el proceso. Sin embargo, debido a la amplitud de la figura de la reparación integral no es

<sup>535</sup> Sentencia No. 146-14-SEP-CC, caso No. 1773-11-EP, Corte Constitucional, 01 de octubre del 2014.

<sup>536</sup> Sentencia 113-15-SEP-CC, caso 0543-14-EP, Corte Constitucional, 08 de abril de 2015.

imposible el plantearse que en algún caso la parte que sufrió la vulneración al derecho requiera, y se le otorgue, alguna compensación adicional a la sola reparación procesal. Podría pensarse, por ejemplo, en que se solicite una reparación económica por el tiempo perdido o por pérdidas de derechos u oportunidades irreparables.

## **V. CASOS PRÁCTICOS, LA PROBLEMÁTICA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y ARBITRALES EN ECUADOR**

Tras el cambio en el espíritu y funcionamiento de la Corte Constitucional mencionado en el capítulo anterior, en noviembre de 2019 la misma emitió dos sentencias de absoluta trascendencia en lo que respecta al arbitraje en el Ecuador.

Las sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 tienen ambas, puntual relevancia para el arbitraje en Ecuador, ya que, entre otras cosas, determinan las reglas a emplearse para casos de Acciones Extraordinarias de Protección (AEPs) en contra de laudos arbitrales. Su fundamento jurídico se encuentra en el Art. 94 de la Constitución del Ecuador y en los artículos 58 a 63 de la LOGJCC. Ambas sentencias, como vimos al repasar las características de la AEPs, resaltan el principio de poca intervención de la justicia ordinaria y de la justicia constitucional en el arbitraje, absolutamente trascendental para salvaguardar la independencia del arbitraje.

Pero estas sentencias van más a fondo y entran a tratar también en el tema de las causales de nulidad en el arbitraje ecuatoriano, mismo que hasta el momento era absolutamente confuso y heterogéneo. Así, la Corte Constitucional entró a regular las causales de nulidad de laudos establecidas expresamente en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación –LAM– dictaminando que las mismas deben ser previamente agotadas cuando la vulneración que se pretende alegar en la acción extraordinaria de protección se enmarque en una de ellas. Las sentencias aclaran que las causales de nulidad son taxativas y que no cabe en sede de acción de nulidad el interponer causales no previstas, como la falta de motivación del laudo. Este es un cambio en la posición de la Corte que se aparta de sentencias anteriores que admitían la causal de falta de motivación dentro del proceso de nulidad, específicamente de la N°.302-15-SEP-CC.

Sin que ello signifique, que otras vulneraciones que no encuentren sustento en la acción de nulidad puedan ser presentadas de forma directa ante la Corte Constitucional a fin de que se evite la violación del derecho constitucional. Si bien las sentencias no están exentas de dudas y preguntas son sin duda un avance para el arbitraje en Ecuador en la medida de que marcan reglas claras a seguir.

Debido a la importancia de ambas sentencias para el arbitraje en Ecuador entraremos a ver más afondo su contenido y como delimitan de manera muchísimo más clara los casos en los que cabe la acción de nulidad frente a un laudo arbitral, los casos en los que cabe una AEP directa frente al laudo y los casos en los que potencialmente cabrían ambos.

Curiosamente las dos sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 se dictaron el mismo día, el 19 de noviembre de 2019, por el pleno de la Corte Constitucional si bien fueron redactadas por dos Jueces Ponentes distintos. En las decisiones y raciocinio de ambas sentencias se puede ver una misma tendencia y posición de la Corte Constitucional haciendo que las mismas no se contradigan, sino que, por el contrario, en nuestra opinión, se complementen.

#### A. SENTENCIA 31-14-EP/19 JUEZ PONENTE HERRERÍA

La primera sentencia que vamos a estudiar someramente es la sentencia 31-14-EP/19 que tuvo como ponente al Juez Enrique Herrería Bonet, el tema de la misma, según consta en su encabezado es el “*agotamiento de la acción de nulidad de laudo*”. La sentencia contó con el voto favorable de seis jueces constitucionales, una abstención y dos ausencias.

El caso del que deviene este proceso es un arbitraje comercial presentado por la empresa DELGADO CONSTRUCTORES DELCON Cía. Ltda. ("DELCON") empresa constructora quien presentó una demanda arbitral en contra del Municipio de Pasaje frente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, reclamando el pago de lo debido, por un contrato de construcción de la Segunda Etapa del Sistema de Agua Potable del Cantón Pasaje.

Dentro de dicho procedimiento arbitral, el Municipio del Cantón Pasaje no contestó oportunamente la demanda, pero compareció posteriormente al proceso e impugnó la competencia del tribunal arbitral por considerar que la cláusula arbitral era aplicable sólo durante el desarrollo de la obra y que como el mismo había concluido, dicha cláusula no cubría el arbitraje presentado.

Tras conocer esta objeción el tribunal arbitral decidió de manera positiva sobre su competencia para conocer del proceso iniciado en el acto de la audiencia de sustanciación prevista al respecto. En el Ecuador la audiencia de sustanciación, según el artículo 22 de la LAM<sup>537</sup>, es la primera audiencia del proceso a la que acuden ambas partes procesales y en la que el tribunal arbitral debe pronunciarse sobre su competencia.

Tras la declaratoria de competencia del tribunal arbitral el proceso siguió su curso de manera regular y terminó en un laudo en el que el tribunal arbitral falló a favor de la actora DELCON y condenó al Municipio de Pasaje a pagar la cantidad debida en virtud del contrato de construcción, así como los intereses solicitados y las costas del proceso.

<sup>537</sup> *Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia. Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral. Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.*

Frente ha dicho laudo, presentaron acción de nulidad tanto el Municipio de Pasaje como la Procuraduría General del Estado (PGE) -entidad que por mandato legal está siempre presente en arbitrajes en contra de instituciones públicas-. Ambas acciones de nulidad fueron negadas por la Corte Provincial del Guayas, organismo competente para conocer de las acciones de nulidad de laudos en esa provincia.

Las causales de nulidad que alegó el Municipio de Pasaje y la PGE en esencia fueron dos (i) que la cláusula arbitral pactada para resolver conflictos durante la ejecución del contrato o el desarrollo de la obra no era aplicable para una controversia suscitada con posterioridad a la entrega-recepción definitiva de la obra; (ii) que no fue notificada en su correo electrónico de determinadas providencias dictadas en el arbitraje, por lo cual fue dejada en indefensión.

La Corte Provincial del Guayas negó ambas acciones de nulidad ya que consideró que dentro de las causales de nulidad bajo ley ecuatoriana no se encuentra la falta de competencia del tribunal y además consideró que la falta de notificación por vía electrónica no causó ningún perjuicio en cuanto sí se dieron las notificaciones físicas.

Tras la sentencia de nulidad el Municipio de Pasaje presentó una AEP ante en contra de (i) el laudo arbitral, (ii) de la sentencia que resolvió la nulidad del laudo, y (iii) en contra de la decisión que negó un recurso de ampliación de la sentencia de nulidad. En la AEP el Municipio alegó que las resoluciones habrían vulnerado sus derechos constitucionales a contar con un juez competente, su derecho al debido proceso por falta de motivación jurídica, su derecho a presentar prueba y su derecho a la tutela judicial efectiva, todos contenidos en el artículo 76 de la Constitución del Ecuador.

La Corte Constitucional determinó que como requisito para interponer la AEP era necesario que el accionante haya agotado la acción de nulidad prevista frente a laudos arbitrales, que en este caso se había cumplido.

Sin embargo, al resolver este punto la sentencia entró más allá y dictaminó que las causales de nulidad de laudos previstas en la LAM son taxativas. Las causales de nulidad bajo derecho ecuatoriano son:

*Art. 31 a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;*

*b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;*

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.<sup>538</sup> (LAM, 2005, art. 31)

Si bien esta determinación de taxatividad podría parecer evidente, lo cierto es que el considerar que no cabe ninguna otra causal para anular un laudo es de hecho un giro a la antigua postura de la Corte Constitucional. La anterior Corte Constitucional había resuelto en la sentencia N° 302-15-SEP-CC que el juez que conoce la acción de nulidad del laudo puede resolver sobre causales no previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Según la sentencia referida, *dicho juez está al servicio de la satisfacción de los derechos constitucionales en un Estado constitucional de derechos y justicia* por lo que podía anular el laudo si detectaba cualquier violación de un derecho constitucional, incluidos todos los del debido proceso y particularmente la falta o carente motivación de laudos.

Es importante recalcar que a través de la “falta o equivocada de motivación” se abría una indeseable puerta para que los jueces de nulidad entren a conocer el fondo de una disputa sometida y resuelta en arbitraje.

La sentencia de Herrería decide separarse de dicho precedente y por ende entra a explicar el raciocinio detrás de limitar las causales de nulidad a las establecidas en la LAM, dando esencialmente tres motivos para dicha interpretación:

1. Ya que debe respetarse la seguridad jurídica de las partes y las exceptivas que crea una sentencia firme:

**42. En primer lugar, en la ley deben establecerse expresamente aquellos motivos por los cuales una autoridad judicial está habilitada para nulificar una decisión que goza de cosa juzgada y que, por tanto, ha generado en las partes procesales una certeza sobre determinada situación jurídica.**

**43. Esto obedece al derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales del arbitraje, quienes requieren certidumbre sobre las normas jurídicas bajo las cuales se efectuará el control judicial del laudo, y al principio de legalidad establecido en el artículo 226 de la CRE, según el cual el juez que conoce la acción de nulidad del laudo puede ejercer sólo**

<sup>538</sup>

Ley de Arbitraje y Mediación. [LAM], 2005, Ecuador.

*las competencias y facultades que se le han atribuido en la Constitución y la ley. (...) (énfasis añadido)*

2. Debido a que la noción de que la nulidad de un laudo, en esencia, es una sanción y por lo tanto debe ser interpretada de manera restrictiva:

*45. En segundo lugar, **la nulidad del laudo es una sanción** y como sucede con toda sanción, la infracción que la genera debe estar establecida expresamente en la ley, conforme lo establece el numeral 6 del artículo 76 de la CRE 10. (énfasis añadido)*

3. En virtud de la naturaleza del arbitraje como mecanismo alternativo e independiente de resolución de disputas, para salvaguardar la voluntad expresada por las partes. Además, en este punto la Corte Constitucional se refiere a lo ya explicado sobre el reconocimiento constitucional del arbitraje en el Ecuador:

*46. En tercer lugar, **las causales de nulidad del laudo deben ser consideradas taxativas en atención a la naturaleza del arbitraje.** Este método alternativo de solución de conflictos substraer determinadas disputas de la administración de justicia por órganos estatales, por lo cual, el laudo que resulta de dicho método no es impugnabile de la misma manera que las decisiones provenientes de la justicia ordinaria.*

*47. **Lo anterior se fundamenta en el reconocimiento constitucional del arbitraje como alternativo a la justicia ordinaria y en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes al acordar someterse a una justicia convencional y no a la ordinaria, se obligan a acatar sus reglas. Esto incluye la inapelabilidad de los laudos y la posibilidad de impugnarlo de forma limitada,** esto es, únicamente a través de los medios establecidos en su ley especial y exclusivamente por las causales en ella determinadas. **De otra manera, resultaría un despropósito que, habiéndose acordado el arbitraje para dirimir el conflicto fuera de la justicia ordinaria, sea esta última quien revise el fondo de las decisiones de los árbitros.** (énfasis añadido)*

Consideramos que este razonamiento por parte de la Corte vigoriza el arbitraje y lo deja en una posición muchísimo mejor y de mayor independencia ante la justicia ordinaria.

Tras delimitar la taxatividad absoluta de las causales de nulidad la Corte Constitucional establece que existen dos vías alternativas para una parte que quiere impugnar un laudo arbitral, básicamente puede elegir el camino de la nulidad, con las causales taxativas expuestas, o puede elegir la vía de la AEP, misma que sólo cabría de manera directa en caso de que el derecho vulnerado no sea una tutelado por dichas causales de nulidad.

48. *Establecidos los motivos que justifican la taxatividad de las causales de nulidad del laudo determinadas en la Ley de Arbitraje y Mediación, es menester precisar que esto no significa que no puedan existir otras razones que comprometan la validez del laudo. **Implica que las causales no expresamente previstas en la ley, no pueden ser objeto de revisión dentro de la acción de nulidad, pues la competencia del juez que conoce dicha acción se encuentra limitada por las cinco causales taxativamente contenidas en la ley de la materia.***

49. ***Para remediar los vicios procesales y efectivizar los derechos constitucionales de las partes procesales, el ordenamiento jurídico ha construido un sistema con diferentes vías de reclamación.** Dependiendo de la naturaleza del **problema, los sujetos deben activar las vías de reclamación correspondientes. Particularmente, cuando se trate de una vulneración de derechos que no pueda ser reparada a través de la acción de nulidad del laudo, queda disponible la acción extraordinaria de protección como un remedio procesal excepcional para que la Corte Constitucional efectúe el respectivo control de la actividad jurisdiccional de los árbitros.** (énfasis añadido)*

Tras estas importantísimas reflexiones la sentencia entra a conocer si en el caso puntual se vulneraron o no los derechos constitucionales alegados por el Municipio de Pasaje. La Corte consideró que no se vulneró dentro de proceso arbitral, ni en la subsiguiente acción de nulidad ninguno de los derechos constitucionales de la accionante.

Ahora bien, es interesante, y ha sido cuestionada por el medio arbitral, la decisión de la Corte Constitucional sobre la alegación de falta de competencia del tribunal y consiguiente vulneración del derecho al juez competente. La Corte lo que dice en el párrafo 61 de la sentencia es que el laudo arbitral impugnado no contenía la declaratoria de competencia del tribunal por lo que no podría vulnerar el derecho de la parte accionante:

61. *Consecuentemente, **si el laudo impugnado no contiene la decisión sobre la competencia de los árbitros, mal podría vulnerar el derecho de la accionante al debido proceso en la garantía del juez competente,** y por tanto, se desestima el cargo de la accionante sobre la violación a este derecho constitucional. (énfasis añadido)*

Este razonamiento ha causado ciertas dudas, en cuanto es práctica común en el Ecuador que se resuelva la competencia en la audiencia de sustanciación y no necesariamente se repita en el laudo. ¿Sería suficiente entonces que un laudo no haga referencia a la competencia del tribunal para que quede blindado de una revisión sobre la competencia de tribunal arbitral?

Por otro lado, ¿puede plantearse acción de nulidad frente a la decisión de competencia dictada en la audiencia de sustanciación? Esta pregunta resulta bastante profunda y compleja, ya que como vimos más arriba (i) la falta de competencia del tribunal arbitral no es causal expresa de la acción de nulidad de un laudo, por lo que la vía parecería ser la de la AEP, sin embargo; (ii) solo las decisiones finales con fuerza de sentencia son susceptibles de AEP.

Es muy cuestionable que la decisión de competencia tomada en una audiencia de sustanciación pueda considerarse como una decisión final. Quizás es más claro en el caso de una decisión negativa de competencia que pone fin al proceso, mientras que la decisión positiva de competencia bien podría ser modificada por el tribunal en el laudo final tras practicar todas las pruebas del proceso.

Para solventar esta inquietud la Corte Constitucional acude en este caso al artículo 20 del Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil según el cual la decisión sobre competencia del tribunal no podría ser cuestionada en el laudo. Sin embargo, esta regla no se encuentra presente en la mayoría de otros centros arbitrales del Ecuador, y de hecho en muchas ocasiones los tribunales arbitrales son claros en que su declaratoria de competencia en el momento de la audiencia de sustanciación es *prima facie* y puede revertir la misma al momento de dictar el laudo. Veremos en el futuro como la Corte Constitucional resuelve esta interrogante.

#### B. SENTENCIA NO. 323-13-EP/19 JUEZ PONENTE KARLA ANDRADE

La segunda sentencia, dictada el mismo día y que ostenta un razonamiento jurídico muy parecido a la primera es la dictada por el pleno de la Corte Constitucional si bien fue redactada por la Juez Ponente Karla Andrade Quevedo y se aprobó por los mismos seis jueces constitucionales, una abstención y dos ausencias.

Nuevamente la sentencia resuelve sobre una AEP planteada frente a un laudo arbitral comercial iniciado por la empresa Primax Comercial del Ecuador frente a Gustavo Iván Gómez, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil en sede de una disputa comercial. El Tribunal arbitral dictó un laudo dando la razón al actor.

En este caso la AEP fue propuesta por la parte demandada sin antes agotar la vía de la acción de nulidad de laudo. El motivo de interposición de la Acción Extraordinaria de Protección según el accionante es que se vulneró su derecho al debido proceso en la garantía del cumplimiento de las normas y el derecho a la defensa, por cuanto se dictó el laudo arbitral sin que este haya sido citado al demandado en su domicilio y sin que el citador de la Cámara de Comercio de Guayaquil haya estado autorizado para tal diligencia.

Según vimos más arriba, la primera causal de nulidad del artículo 31 de la LAM es la falta o deficiente citación al actor. En ese sentido, la sentencia no tuvo problema en determinar que no se habría cumplido con el requisito de agotar de manera previa la acción



de nulidad cuando la causal específica por la que se solicita la AEP está expresamente recogida dentro de las causales de nulidad de laudos. Por lo tanto, la sentencia rechazó la AEP.

Al igual que la otra sentencia, esta segunda sentencia entra a regular la importancia de la taxatividad de las causales de nulidad y el principio de mínima intervención de la Corte Constitucional en el arbitraje:

**30. De forma que la acción de nulidad constituye un mecanismo adecuado y eficaz para la tutela del debido proceso arbitral que, necesariamente debe ser agotada cuando la supuesta vulneración se enmarque en una de las causales taxativas del artículo 31 de la LAM.**  
(énfasis añadido)

La sentencia vuelve a reiterar su cambio de postura respecto de que el juez de nulidad del laudo pueda anular un laudo con base a causales constitucionales no previstas expresamente en la LAM.

**32. Sin embargo, este Organismo se aparta de este criterio por cuanto taxatividad que tienen las causales de la acción de nulidad y que con principio de intervención judicial mínima que precisamente limita la interferencia injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje.** (énfasis añadido)

Recalcando que la vía de la AEP estaría disponible para los casos en que existía una violación de derecho constitucional no establecido como causal de nulidad:

*35. No obstante, esto no significa que el sistema arbitral no esté sujeto a un control constitucional y judicial; sino que este debe efectuarse dentro de las limitaciones previstas en la Constitución y la ley para garantizar su naturaleza y efectividad.*

Así, ambas sentencias constituyen un aporte valiosísimo que otorga mayor claridad respecto del control constitucional y judicial al arbitraje y sus laudos.

## VI. CONCLUSIÓN

En el Ecuador, el arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, ha recorrido una largo y complejo camino para alcanzar el reconocimiento Constitucional y legal que posee en la actualidad.

A pesar aquello, es claro que la labor de la Corte Constitucionale ha tenido sus ideas y vueltas en lo que respecta al arbitraje. Las nuevas sentencias estudiadas en este artículo, ambas producto de Acciones Extraordinarias de Protección, dan claras directrices (i) respecto al arbitraje y su independencia como medio alternativo de resolución de disputas,

(ii) sobre las características y particularidades de las Acciones Extraordinarias de Protección aplicadas a laudos arbitrales y (iii) perfilan la acción de nulidad de laudos que hasta ese momento era contradictoria y poco clara. La taxatividad en la ley constituye un amparo para los usuarios de este sistema de justicia.

El camino del arbitraje continúa, y esperamos que se extienda hasta alcanzar una legislación que lo ampare de forma adecuada, corrigiendo incompatibilidades e incongruencias y dotándolo de más herramientas que deriven en mayor eficacia y calidad, volviéndose un soporte y una alternativa viable a la justicia ordinaria.

## ESPAÑA

### ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN: ESPAÑA

*Elena Gutiérrez García de Cortázar\**

#### I. EL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: UNA AUSENCIA NOTABLE

El arbitraje es la modalidad más antigua de sistema alternativo de resolución de disputas que ha reconocido la legislación española.

La primera constitución moderna española, que data de 1812 y fue apodada “la Pepa” por ser proclamada el día de San José (19 de marzo), constitucionalizó el arbitraje y lo artículo como derecho fundamental (derecho ciudadano).

Disponía su artículo 280 que “*no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes*”, y su artículo 281 que “*la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar*”.

La Constitución de 1812 fue en esto tributaria de la tradición histórica que la institución arbitral había tenido en el Derecho español desde tiempos inmemoriales, y tuvo la audacia y el mérito de rescatar y constitucionalizar el arbitraje.

Como mantiene Merino Merchán<sup>539</sup>, el arbitraje surge en la Constitución de 1812 como un instrumento de la incipiente burguesía, que veía en él un mecanismo necesario para resolver de forma razonable y sencilla sus controversias. Se convertía así el arbitraje en aquel primer texto constitucional en el epítome de la libertad de comercio.

Infelizmente, la actual Constitución española de 1978, vigente hoy día, no hace mención explícita ni implícita al arbitraje. Ello resulta cuando menos sorprendente y sin duda decepcionante, dada la larga tradición jurídica y constitucional de la que ha gozado el arbitraje en España, y máxime si se tiene en consideración que en julio de ese mismo año 1978 España ratificó el Convenio de Nueva York de 1958<sup>540</sup>.

---

\* Abogada experta en Arbitraje y Litigación Internacional. Árbitro Independiente. Ex Secretaria General de la Corte de Arbitraje de Madrid. <https://www.eggc-arbitration.com/>

<sup>539</sup> Merino Merchán, José Fernando, “La Constitución de 1812 y el Arbitraje”, *Revista de las Cortes Generales*, Madrid 2012.

<sup>540</sup> La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958

Tampoco la actual Ley 60/2003, de Arbitraje contiene referencia alguna a la Constitución, como sí hacía en cambio, la vieja Ley 36/1988 de Arbitraje, que en el último apartado de su Exposición de Motivos, configura al arbitraje como un mecanismo para remover, “*conforme ordena el artículo 9.º de la Constitución, los obstáculos que dificulten o impidan la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra*”.

La última reforma de la Ley de Arbitraje, la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de Reforma de la Ley 60/2003, guarda asimismo silencio constitucional, no incluyendo ninguna mención a la Carta Magna o al pleno reconocimiento que el Tribunal Constitucional ha otorgado al arbitraje a través de sus múltiples pronunciamientos.

En efecto, resulta justo poner en valor el mérito del Tribunal Constitucional español, que cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia arbitral a lo largo de los años, ha mantenido una doctrina sólida, coherente y homogénea, que ha dotado al ordenamiento jurídico en esta materia de una seguridad jurídica de agradecer.

No obstante lo anterior, y ante la falta de una referencia directa al arbitraje en el texto constitucional, no es posible, en derecho español, conceptualizar al arbitraje como derecho fundamental propiamente dicho.

Lo que sí hace la Constitución de 1978, es configurar la libertad de los ciudadanos como un derecho fundamental insoslayable en el primero de sus artículos, lo que, como a continuación se desarrollará, servirá de base constitucional a la institución arbitral tal y como la conocemos hoy.

## **II. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL Y NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE; EQUIVALENCIA JURISDICCIONAL QUE EMANA DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL.**

### **A. EL ANCLAJE CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE: LA LIBERTAD CONTRACTUAL, EN EL EPICENTRO DEL ARBITRAJE**

El arbitraje encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes como manifestación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 de la Constitución<sup>541</sup>) y en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1. 1 de la Carta Magna<sup>542</sup>). Esta es la concepción de la naturaleza del arbitraje que se desprende de la moderna doctrina constitucional.

---

<sup>541</sup> Artículo 10 de la Constitución: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

<sup>542</sup> Artículo 1,1 de la Constitución: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia,*

(a) *La autonomía de la voluntad, como prius al reconocimiento constitucional del arbitraje*

A pesar de que, como se ha dicho, la actual Constitución omite cualquier referencia explícita al arbitraje, ello no es óbice para su reconocimiento, hoy plenamente pacífico, con apoyo de una jurisprudencia constitucional muy reiterada en este aspecto.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad del mecanismo arbitral cuando es fruto del concurso de voluntades de ambas partes del litigio<sup>543</sup>, dejado meridianamente claro que el arbitraje es plenamente “*compatible con la Constitución*”<sup>544</sup>,

Las distintas resoluciones del Alto Tribunal configuran al arbitraje como una genuina expresión de la libertad contractual. El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad que, como se ha dicho, el artículo 1.1 de la Constitución española consagra como un valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

De esta forma, el Tribunal Constitucional reconoce que el arbitraje es

*“un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)”*<sup>545</sup>.

También reconoce el Alto Tribunal que:

*“La autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial”*<sup>546</sup>.

y es muy claro al poner el énfasis en la nota de voluntariedad en el arbitraje.

*“lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos”*<sup>547</sup>.

---

*la igualdad y el pluralismo político. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado”.*

<sup>543</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero

<sup>544</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre con cita a las Sentencias 43/1988, 233/1988, y 288/1993

<sup>545</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005, de 17 de enero

<sup>546</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre

<sup>547</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre

Es precisamente la nota de voluntariedad la que fija el límite de la compatibilidad del arbitraje con los valores constitucionales:

*“La única limitación establecida por el Tribunal Constitucional al instrumento arbitral como sustitutivo de la jurisdicción se sitúa en su propia naturaleza de solución pactada entre partes, de tal manera que es esencial para el Alto Tribunal la autonomía de la voluntad, que entendida negativamente supone que a una de ellas no se le pueda obligar a acudir a esta solución, por lo que tiene de renuncia a un derecho fundamental<sup>548</sup>”.*

*(b) El arbitraje obligatorio excluyente de la jurisdicción ordinaria es incompatible con la Constitución*

El Tribunal constitucional ha reaccionado ante algunos intentos legislativos de imponer un arbitraje obligatorio en determinadas materias, dejando declarado que la noción de arbitraje obligatorio compromete la tutela judicial efectiva que garantiza la Constitución, con el doble efecto de que las partes hayan de estar y pasar por lo decidido en el laudo y de que se impida a los jueces y tribunales conocer de los litigios sometidos a arbitraje.

Así lo hizo cuando la Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, en su artículo 38.2, intentó imponer el arbitraje obligatorio para disputas menores, salvo pacto en contrario<sup>549</sup>.

En esa ocasión, en su importantísima Sentencia 176/1996, el Tribunal Constitucional sostuvo que:

*“La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el artículo 38.2, párrafo primero, de la LOTT, que, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, está supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra, lo que, por las razones que han quedado expuestas, resulta contrario al artículo 24.1 de la Constitución<sup>550</sup>”*

<sup>548</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero

<sup>549</sup> Artículo 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación de los transportes terrestres: *"siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario"*.

<sup>550</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1996, de 11 de noviembre

Un año después, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 38.1, párrafo tercero, de la misma Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>551</sup>.

Dicho texto legal atribuía a las juntas arbitrales de transportes las controversias que pudieran surgir en esta materia y que las partes decidieran someter a arbitraje, y presumía una voluntad de sometimiento a arbitraje para controversias de menor cuantía siempre que ninguna de las partes hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra.

En esta ocasión, el Tribunal Constitucional no encontró incompatibilidad alguna del precepto legal ante citado y la constitución, ya que, como afirmó:

*“La redacción del precepto aquí cuestionado permite evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, ejercitando pretensiones frente a la otra parte, por la mera declaración unilateral del interesado, sin necesidad de pacto y de consentimiento de la otra parte.*

*Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada -sometimiento al arbitraje-, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el dies ad quem para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento «en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada» que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos”.*

---

<sup>551</sup> Artículo 38.1, párrafo tercero, de la Ley 16/1987: “Corresponde a las Juntas Arbitrales resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de común acuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten interés legítimo en su cumplimiento. Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado”.

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otra ley que también preveía una suerte de arbitraje obligatorio. Se trata del artículo 76.e) de la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro<sup>552</sup>, introducido por la Ley 21/1990 de 19 de diciembre, y que dentro del marco del seguro de defensa jurídica facultaba al asegurado a someter a arbitraje las controversias que pudieran surgir con su compañía aseguradora en relación a la póliza de seguro, privando de esta forma a la entidad aseguradora de su derecho a debatir la disputa ante los tribunales de justicia ordinarios.

El artículo 76.e de la Ley de Contrato de Seguro fue consecuencia de la transposición del artículo 6 de la Directiva 87/344/CEE, y que actualmente se mantiene en el artículo 203 de la Directiva 2009/138/CEE<sup>553</sup>.

Mediante la Sentencia STC 1/2018 de 11 de enero, el Alto tribunal declaró inconstitucional el mencionado artículo, al considerar, de forma coherente con sus anteriores pronunciamientos, que la imposición del arbitraje a una de las partes del contrato de seguro vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva incluso en los casos en los que persigue un fin loable como es el fomento de los métodos de resolución alternativa de controversias:

*“La posible vulneración del artículo 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de que el contrato de defensa jurídica haya de someterse inicialmente a un procedimiento arbitral, sino, más precisamente, por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo (...).*

*No puede decirse, ciertamente, que la sumisión a arbitraje de las eventuales diferencias entre asegurado y asegurador en los términos del artículo 76 e) LCS, imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva. Responde tanto a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para la solución de conflictos, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, así como, preferentemente, a la de otorgar una especial protección al asegurado en su condición de consumidor, en tanto que el*

<sup>552</sup> Artículo 76.e de la Ley 50/1980 “El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.”

<sup>553</sup> Artículo 203 de la Directiva 87/344/CEE: “Arbitraje. Los Estados miembros preverán, con vistas a la solución de todo litigio que pueda surgir entre la empresa de seguros de defensa jurídica del asegurado y sin perjuicio de cualquier derecho de recurso a una instancia jurisdiccional que eventualmente hubiera previsto el derecho nacional, un procedimiento arbitral u otro procedimiento que ofrezca garantías comparables de objetividad. El contrato de seguro deberá prever el derecho del asegurado recurrir a tales procedimientos”.



*objeto del seguro es la prestación a favor de este, de los servicios de defensa jurídica frente a terceros.*

*Sin embargo, el servicio a un fin constitucionalmente lícito no justifica en este caso la consecuencia jurídica cuestionada, la restricción al derecho fundamental que el arbitraje obligatorio supone. Dicha restricción deriva de que el sometimiento de la cuestión a arbitraje se impone por la sola voluntad de una de las partes del contrato, de modo que establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial de la otra que es contrario al derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. (...)*

*Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella». Por ello, resulta contrario a la Constitución que la Ley de contrato de seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional<sup>554</sup>”.*

Ahora bien, debe señalarse que el Tribunal Constitucional sí considera compatible con la Constitución aquellas normas que imponen un arbitraje obligatorio y público (como es el caso de la legislación laboral española<sup>555</sup>) siempre que quepa recurso de su resultado a la jurisdicción ordinaria:

*“un arbitraje obligatorio para una de las partes en la controversia resultaría plenamente compatible con el artículo 24.1 CE si no excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado.*

*El art. 82.3 ET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos del órgano autonómico correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en*

<sup>554</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero

<sup>555</sup> Artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores

*motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa”<sup>556</sup>.*

Resulta pues, que el arbitraje impuesto por ley es compatible con la Constitución siempre que su resultado pueda ser impugnado ante los tribunales de justicia de forma integral, y no únicamente por motivos formales, ya que en dicho supuesto la intervención judicial amparada constitucionalmente no se vería excluida.

Por el contrario, cualquier previsión legal que someta a arbitraje cualquier controversia prescindiendo de la voluntad de una de las partes será inconstitucional si fija una vía alternativa excluyente de la jurisdiccional, lo que ocurre cuando el laudo que resulte de dicho arbitraje solo está sujeto, como es norma en derecho español, a un control judicial formal. En dicho caso, únicamente cabe el amparo constitucional del arbitraje consensuado de forma libre y contractualmente por las Partes:

*“una mera revisión formal sólo puede ser compatible con las exigencias del artículo 24 CE cuando la decisión arbitral es consecuencia de un verdadero y real convenio arbitral, entendido éste como la manifestación expresa de la voluntad de ambas partes de someterse a él y en consecuencia al laudo que se obtenga”<sup>557</sup>*

B. EL ARBITRAJE COMO EQUIVALENTE JURISDICCIONAL, PERO SOLO EN SUS EFECTOS, NO EN SU BASE CONSTITUCIONAL.

(a) *Consagración de la equivalencia jurisdiccional y evolución de dicho concepto*

La doctrina constitucional ha configurado el arbitraje como un verdadero equivalente jurisdiccional, sin que ello implique, como se desarrollará más adelante, que los árbitros ejerzan, *stricto sensu*, jurisdicción, que la constitución reserva en exclusiva al poder judicial.

En este sentido, son numerosas las Sentencias que aclaran el verdadero sentido del artículo 117.3 de la Constitución española<sup>558</sup>, que proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes.

En este sentido, son innumerables las Sentencias del Tribunal Constitucional que clarifican que la finalidad de dicha previsión constitucional no es otra que la prohibir a los

<sup>556</sup> Sentencias del Tribunal constitucional 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero

<sup>557</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero

<sup>558</sup> Artículo 11.7.3 de la Constitución española: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

otros poderes del estado (concretamente el poder legislativo y el poder ejecutivo) el que dictar resoluciones con fuerza de cosa juzgada.

No fue sin embargo la intención del legislador Constituyente al redactar el artículo 117.3 de la Constitución española el excluir la posibilidad de que las Partes encomienden la resolución de sus diferencias a un tercero no juez y romper de esta manera con la larguísima tradición histórica de la que goza el arbitraje en España.

Lo que más bien se pretendía con el antecitado precepto constitucional era reconocer y reiterar a vigencia de la clásica doctrina política de la separación de poderes.

Por tanto, la exclusividad jurisdiccional proclamada por la Constitución, bien entendida e interpretada, en modo alguno afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 de la Constitución<sup>559</sup>.

De hecho, la primera doctrina constitucional sobre el arbitraje declaró que el derecho a la tutela judicial efectiva podía ejercitarse tanto ante la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje. En este sentido, son elocuentes las Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de junio de 1985 o 18 de julio de 1991, cuando explicitan que el artículo 11.7.3 de la Constitución española:

*“...no impide la igualmente facultad constitucional de optar para dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje<sup>560</sup>”.*

Mas adelante, el Tribunal Constitucional comenzó a alejarse lentamente del concepto del ejercicio de la tutela judicial efectiva por los árbitros, para considerar, como lo hace de forma homogénea desde el año 1995, que el sometimiento a arbitraje más bien debe entenderse como una renuncia transitoria y voluntaria al derecho a la tutela judicial efectiva garantizada, en exclusiva, por el poder judicial. Una renuncia que encuentra su fundamento en la libertad, otro valor supremo de la Constitución:

*“En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio<sup>561</sup>”.*

<sup>559</sup> Artículo 24.1 de la Constitución: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

<sup>560</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 92/1985 de 24 de julio; y 160/1991, de 18 de julio

<sup>561</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre

Por tanto, no es que el árbitro ejerza jurisdicción *strictu sensu*, ya que de hacerlo, entonces sería susceptible de vulnerar los derechos constitucionales de las partes durante el proceso arbitral. Y, como veremos más adelante, el Tribunal Constitucional lleva más de 30 años afirmando que el laudo no puede ser objeto de recurso de amparo, puesto que en su seno no cabe la vulneración de la tutela judicial efectiva, y ello por no emanar de un poder público.

Lo que el Alto Tribunal reconoce es que los árbitros ejercen un equivalente jurisdiccional o jurisdicción privada, que obliga a que su actividad deba ser desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso con los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, y que conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la Sentencia judicial, que da acceso a la ejecución judicial forzosa:

*“El que existan vías judiciales para anular el laudo corrobora que los árbitros prestan auténtica tutela jurisdiccional o, si se prefiere, que los árbitros ejercen una función intrínsecamente jurisdiccional -una jurisdicción privada por concesión de la Ley- diciendo definitivamente el derecho con observancia de las garantías esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de partes, aunque no por ello sea forzoso aplicarles automáticamente toda la doctrina elaborada respecto a la prestación jurisdiccional efectuada por los Jueces y Tribunales del Poder Judicial”<sup>562</sup>.*

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha reiterado que:

*“Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un “equivalente jurisdiccional”, dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero, y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE<sup>563</sup>”.*

La función que ejerce el árbitro es pues, en palabras del Alto Tribunal *“parajurisdiccional o cuasijurisdiccional. Y en ese casi está el quid de la cuestión”<sup>564</sup>*

Finalmente, y precisamente por ser equivalente jurisdiccional en los términos expuestos, el establecimiento y regulación de un sistema arbitral debe estar encomendada al Estado:

<sup>562</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre

<sup>563</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero

<sup>564</sup> Auto del Tribunal Constitucional ATC 259/1993, de 20 de julio

*“no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, fundamento jurídico 9 b), es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un 'equivalente jurisdiccional', mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia (STC 62/1991, FJ 5), doctrina que se ratifica en las SSTC 146/1996, FJ 6, y 196/1997, FJ 12<sup>565</sup>”.*

*(b) Equivalencia jurisdiccional solo si hablamos de arbitraje voluntario*

Ahora bien, tal y como se ha explicado anteriormente, para ser compatible con la tutela judicial efectiva y funcionar como verdadero equivalente jurisdiccional, el arbitraje debe ser contractual, emanado de la libre voluntad de las partes y no impuesto de forma imperativo u obligatoria. Así lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones cuando ha afirmado que:

*“Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional se sustenta, en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Ello quiere decir que la falta de la necesaria concurrencia de la voluntad de ambas partes litigantes para someterse a este mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos y su imposición a una de ellas, en principio, no se compadece bien con el básico aspecto contractual del arbitraje y con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales (art. 24.1 CE).<sup>566</sup>”.*

En definitiva, y en palabras del Alto Tribunal *“el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor<sup>567</sup>”.*

*(c) Equivalencia jurisdiccional solo en sus efectos, pero no en su base jurisdiccional*

Ligado con este concepto de autonomía de la voluntad, debe hacerse referencia a que la más moderna jurisprudencia constitucional y la mayoría de la doctrina científica consideran

<sup>565</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2011, de 3 de marzo

<sup>566</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero, con cita de las Sentencias 174/1995, 75/1996 y 176/1996

<sup>567</sup> Auto del Tribunal Constitucional 259/1993, de 20 de julio

necesario matizar que el hecho de que la institución arbitral se considere un equivalente jurisdiccional no quiere decir que tenga su asiento en el art. 24 de la Constitución, sino en los artículos 1 y 10 de la Carta Magna.

Así, la equivalencia jurisdiccional del arbitraje, tal como debe ser entendida en la actualidad, se predica respecto a sus efectos de cosa juzgada, pero no en cuanto a su naturaleza.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018 reitera la idea de que el arbitraje constituye una renuncia expresa y transitoria al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24 de la Constitución, por lo que difícilmente puede considerar dicho artículo como la base constitucional de la institución arbitral:

*“En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio<sup>568</sup>”*

De hecho la Sentencia es clara en proclamar la naturaleza *ius privatista* del arbitraje:

*“Hay que subrayar, como se ha hecho en anteriores ocasiones, que el arbitraje, en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es “un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados<sup>569</sup>”*

Más claro aún es el voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos a dicha Sentencia en cuanto manifiesta que:

*“Es cierto que inicialmente la doctrina constitucional explicó su naturaleza como «equivalente jurisdiccional» (SSTC 43/1988, 233/1988, 288/1993, 176/1996), pero posteriormente tan desafortunada expresión se ha ido matizando gracias a una jurisprudencia constitucional que ha ido evolucionando hacia una doctrina mixta, en la que, como elemento esencial, se subraya la naturaleza contractual del arbitraje en sus orígenes; y, como lógica consecuencia, se admite el carácter jurisdiccional en sus efectos. El fundamento del arbitraje radica, pues, en la voluntad de las partes, si bien para su efectividad requiere de la*

<sup>568</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero

<sup>569</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 de enero

*asistencia judicial, dado que no tendría sentido un mecanismo de resolución de conflictos cuyas decisiones no tuvieran carácter ejecutivo o carecieran del valor de cosa juzgada y no pudieran invocarse con tal carácter ante los poderes públicos y ante los tribunales.*

*Sostengo, por consiguiente, que en nuestra Constitución el arbitraje no tiene su asiento en el artículo 24, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, sino en el artículo 10 CE que proclama la dignidad y la autonomía de la persona, en relación con otros preceptos en los que se desarrolla este principio (por ejemplo, los arts. 33 y 38 CE). Esta es, por otro lado, la doctrina sentada en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, que haríamos bien en no abandonar. Como ejemplo puede citarse la STC 9/2005, de 17 de enero. En ella se declara que el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Este modo de comprender la naturaleza jurídica del arbitraje permite configurar adecuadamente como características esenciales de esta institución la neutralidad, la prevalencia de la autonomía privada y el establecimiento de una intervención judicial limitada y reglada, fundada, a su vez, en el principio de Kompetenz-Kompetenz y en la presunción en favor de la correcta actuación del órgano arbitral en cuanto a los límites y ejercicio de sus facultades decisorias”.*

Esta concepción del arbitraje como equivalente jurisdiccional en sus efectos pero no en su naturaleza es la mayoritariamente acogida por la actual doctrina, que en efecto configura el arbitraje como un sistema de resolución de conflictos de naturaleza mixta, basado en el principio de autonomía de la voluntad pero con efectos jurisdiccionales.

*(d) Los límites a la equivalencia jurisdiccional.*

Además del requisito de la voluntariedad del arbitraje para ser considerado como equivalente jurisdiccional, existen otros límites a esa equivalencia jurisdiccional, que se derivan de la configuración del arbitraje como una institución de origen contractual pero con efectos jurisdiccionales.

Un límite al poder jurisdiccional de los árbitros es su imposibilidad de formular cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Según establece el artículo 163 de la Constitución española<sup>570</sup>, en caso de que un juez ordinario tenga dudas sobre la constitucionalidad de una norma que deba aplicar a un

<sup>570</sup>

Artículo 163 de la Constitución: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la

caso del que esté conocimiento, el juzgador puede plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie sobre la compatibilidad de la norma en cuestión con la Carta Magna.

Pues bien, según ha declarado el Tribunal Constitucional, el planteamiento de este tipo de cuestiones constitucionales está reservadas a los órganos judiciales:

*“La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese «casi» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 C.E.), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987<sup>571</sup>”.*

Ante la imposibilidad de acceder a la cuestión de inconstitucionalidad, cabría plantearse como hace Remón<sup>572</sup> cómo debe reaccionar un árbitro ante un caso en el que debe aplicar una norma de cuya constitucionalidad duda.

¿Debe erigirse interprete de la Ley Suprema e ignorar dicha norma por entenderla inaplicable por razones de inconstitucionalidad? ¿Debe aplicar la norma a pesar de mantener dudas acerca de su adecuación a la Constitución?

La respuesta a la pregunta parece decantarse por la segunda opción, dado que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo y único de la Constitución española y solo dicho órgano tiene competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas<sup>573</sup>.

De hecho, es doctrina del Tribunal Constitucional que la inaplicación judicial de una norma sin mediar el paso previo de su declaración de inconstitucionalidad a través del

*Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.*

<sup>571</sup> Auto del Tribunal Constitucional ATC 259/1993, de 20 de julio

<sup>572</sup> Remón, Jesús “La Anulación Del Laudo: El Marco General, El Pacto De Exclusión Y El Orden Público” *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 1, 2008

<sup>573</sup> Artículos 159 a 165 de la Constitución Española.



mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>574</sup>.

Por tanto, el árbitro no tendrá más opción que aplicar la norma de cuya constitucionalidad duda. No obstante, al aplicar dicha ley, deberá el árbitro interpretarla de la forma más acorde y respetuosa posible con la Constitución.

El test de constitucionalidad sobre la decisión del árbitro deberá articularse dentro de la acción de anulación, siempre que la infracción constitucional que impute a la ley aplicada pueda encuadrarse dentro del concepto de orden público previsto como motivo de anulación de laudo en el artículo 41.1.f) de la Ley de arbitraje<sup>575</sup>.

En tal caso, lo que ocurrirá es que, invocada la inconstitucionalidad de la ley como motivo de anulación, el órgano judicial competente para conocer de la acción de anulación de laudo (la Sala Civil y Penal del Tribunal superior de Justicia de la sede del arbitraje<sup>576</sup>) podrá entonces plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con carácter previo a la decisión del recurso.

Otro límite a la jurisdicción de los árbitros lo encontramos en que carecen de legitimación para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea previsto en el artículo 267 del Tratado de la Unión Europea.

Según dicho artículo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene competencia exclusiva y excluyente para interpretar la legislación de la UE a fin de garantizar que se aplique de la misma manera en todos los países miembros.

A dicho efecto, cualquier juez nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea puede elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando tenga dudas sobre la aplicación de una norma comunitaria en una determinada causa, siendo competencia de este tribunal el resolver la cuestión sobre dicha norma comunitaria.

---

<sup>574</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1988, de 22 de febrero y 173/2002, de 9 de octubre

<sup>575</sup> Artículo 41.1 de la Ley 60/20023 de Arbitraje: “*Motivos. 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido. b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley. e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. f) Que el laudo es contrario al orden público*”.

<sup>576</sup> Artículo 8.5 de la Ley 30/2003 de Arbitraje: 5. “*Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado*”.

Pues bien, dicha posibilidad no está a disposición de los árbitros. En efecto, hace ya más de 30 años que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (antecesor del actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea ) aclaró en su sentencia del caso Nordsee<sup>577</sup> que un tribunal arbitral constituido de conformidad con un acuerdo de arbitraje es de naturaleza puramente privada, derivando su autoridad únicamente de la autonomía de las partes y, por lo tanto, no es un "tribunal o tribunal de un Estado miembro" a los efectos del artículo 177 del Tratado de la Unión Europea (actual artículo 267).

Por tanto, un árbitro que albergue dudas sobre la aplicación a un caso concreto del Derecho de la Unión Europea (que tiene en muchas ocasiones carácter imperativo) carece de legitimación para acudir al interprete supremo de dicha legislación comunitaria, que si atiende dudas de cualquier juez de cualquier estado de la Unión Europea que se encuentre en la misma situación de duda interpretativa.

A la fecha, España no ha articulado sistema alternativo alguno para superar este déficit, que sin duda alguna, impide una armonización en la aplicación de la normativa europea, contribuyendo a una dispersión interpretativa que precisamente se quiso evitar con la atribución competencial exclusiva efectuada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Otros países europeos como Dinamarca sí han implementado sistemas que permiten a los árbitros buscar el auxilio judicial para que en su nombre, sean los jueces daneses los que eleven la consulta interpretativa al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>578</sup>.

El último límite a la equivalencia jurisdiccional de árbitro y jueces lo encontramos en el hecho de que el árbitro carece de capacidad de hacer ejecutar lo juzgado, necesitando el auxilio judicial a ese efecto.

Así pues, y como comúnmente se dice, si la justicia típicamente es representada en el arte como una mujer ciega que porta una balanza para juzgar y una espada para hacer ejecutar lo juzgado, la justicia arbitral debería ser representada únicamente con la balanza o como algunos dicen, con una espada de madera, "porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo Juzgado"<sup>579</sup>.

Tienen pues, los árbitros *autoritas*, pero les falta *potestas* para a ver efectivas sus resoluciones.

---

<sup>577</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de marzo de 1982: caso Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co KG

<sup>578</sup> Artículo 27(2) de la Ley Arbitraje Danesa de 24 de junio de 2005: "Si el tribunal arbitral considera que es necesaria una decisión sobre una cuestión de Derecho de la Unión Europea para poder dictar un laudo, el tribunal arbitral podrá solicitar al juez que solicite al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronuncie al respecto".

<sup>579</sup> Auto del Tribunal Constitucional ATC 259/1993, de 20 de julio

### III. LA AUSENCIA DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES

El recurso de amparo constitucional es un mecanismo esencial por el que el ordenamiento jurídico español garantiza determinados derechos fundamentales, aquellos que considera nucleares, y a los que hace mención el artículo 53.2 de la Constitución<sup>580</sup>.

El Tribunal Constitucional ha sido rotundo al afirmar que carece de jurisdicción para enjuiciar la constitucionalidad de un laudo arbitral en sí mismo considerado, ya que éste no puede ser objeto de recurso de amparo directo, dado su origen contractual:

*“El arbitraje es un «medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 4); y «aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional»<sup>581</sup>.*

La base de ello reside en que las garantías del artículo 24 de la Constitución, y que velan por que se cause indefensión por los juzgadores, no pueden trasladarse con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral:

*“no corresponde a esta jurisdicción dirimir si a la recurrente en amparo se le causó indefensión en el proceso arbitral, pues las garantías que consagra el art. 24 de la CE se refieren a la actividad prestacional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino comprobar si el órgano judicial al verificar las formalidades y requisitos legales del arbitraje ha vulnerado el derecho de la solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva, al desestimar el recurso de anulación mediante una resolución judicial que pudiera ser arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable”<sup>582</sup>.*

<sup>580</sup> Artículo 53 de la Constitución: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.*

<sup>581</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005, de 17 de enero

<sup>582</sup> Auto del Tribunal Constitucional 179/1991, de 17 de junio

En efecto, y de conformidad con el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo protege a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución originadas por disposiciones, actos jurídicos o simples vía de hecho de los poderes públicos, sus funcionarios y agentes<sup>583</sup>.

Dado que el laudo arbitral no emana de un poder público, sino de un árbitro privado dotado de jurisdicción por voluntad contractual, no puede ser objeto de impugnación directa recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dicho recurso únicamente procederá contra la sentencia judicial que resuelva la acción de anulación del laudo y siempre que le sea atribuible al órgano jurisdiccional a cargo de ésta una vulneración de derechos y libertades fundamentales.

Así lo ha establecido el Tribunal constitucional desde el inicio de su actividad:

*“el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 de la Constitución se refiere a una actividad prestacional del Estado, que es la prestación de actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, es decir, por los órganos jurisdiccionales del Estado, integrados en el Poder Judicial, habiendo de destacarse asimismo que el recurso de amparo constitucional se da contra los actos de los poderes públicos que lesionan los derechos fundamentales. Ello significa que, si bien en algunos casos los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia respecto de las decisiones de los árbitros pueden ser vulneradoras de tal derecho, esta regla no puede extenderse más allá de los límites que establece el precepto constitucional, pues, aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de Derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa*

---

<sup>583</sup> Artículo 41 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional “Artículo cuarenta y uno. Uno. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución.

Dos. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Tres. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso”.

*juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a los preceptos constitucionales*<sup>584</sup>.

Ahora bien, el que no haya una traslación automática de las garantías del artículo 24 de la Constitución no implica que se nieguen éstas. El árbitro debe aplicar la Constitución como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico. En cuestiones procesales, está obligado a garantizar a las partes los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Pero dicha obligación le es atribuible por virtud de la Ley de Arbitraje<sup>585</sup>, no de la Constitución.

Ello determina que las garantías del proceso arbitral procedan del ámbito de la legalidad ordinaria, por lo que estos derechos no tienen la categoría de Derechos Fundamentales. Por ello su infracción dará lugar a una acción de anulación contra el laudo arbitral por motivo, pero no podrá dar lugar a un recurso de amparo.

En consecuencia, contra un laudo arbitral únicamente cabe acción de anulación de laudo ante los tribunales de justicia ordinarios, pero no cabe el acceso a la justicia constitucional.

Por tanto, las garantías establecidas en el artículo 24 de la Constitución española solo serán objeto de examen por el Tribunal Constitucional cuando su vulneración se produzca en el seno de un proceso judicial de anulación de laudo y sea imputable al órgano judicial, que naturalmente cualifica como poder público a los efectos del artículo 41 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

*“Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que «este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo» (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). «Sólo en la medida... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el art. 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo*

<sup>584</sup> Auto del Tribunal Constitucional 701/1988, de 6 de junio

<sup>585</sup> Artículo 24.1 de la Ley 30/2003 de Arbitraje: *Principios de igualdad, audiencia y contradicción. 1. Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos”.*

*cuando la infracción alegada sea «imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles» dichas garantías, pero trasladar éstas «con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción» (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)»<sup>586</sup>.*

Por ende, debe concluirse que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sólo es susceptible de promoverse cuando la infracción del derecho fundamental deriva única y exclusivamente de la acción de los órganos de la jurisdicción, nunca de la actuación del árbitro.

Resulta pues claro que en España el laudo arbitral es ajeno a la actuación del Alto Tribunal y queda excluido del objeto del proceso constitucional.

Ello distingue a España de otras jurisdicciones, cuyos regímenes constitucionales si prevén la posibilidad de constitucionalizar una determinada controversia arbitral por la vía del amparo, lo que en ocasiones se convierte en causa de importantes dilaciones y es utilizado como espada de Damocles por algunos litigantes.

#### **IV. CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LOS LAUDOS ARBITRALES**

##### **A. CONTROL JUDICIAL EXTERNO, LIMITADO A LOS MOTIVOS DE ANULACIÓN, QUE DEBEN SER INTERPRETADOS DE FORMA RESTRICTIVA.**

El Tribunal constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la forma en la que los órganos jurisdiccionales ejercen el control judicial con respecto de los laudos cuya anulación se solicita la amparo del artículo 41 de la Ley de arbitraje<sup>587</sup>.

Un análisis de la jurisprudencia existente al respecto permite concluir, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional reconoce de forma explícita que es también predicable de los laudos arbitrales el principio de inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes,

<sup>586</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2005, de 17 de enero

<sup>587</sup> Artículo 41.1 de la Ley 60/2003 de Arbitraje: “*Motivos. 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido. b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley. e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje. f) Que el laudo es contrario al orden público*”.

que en su efecto negativo impide a los órganos jurisdiccionales dejen sin efecto resoluciones firmes fuera de los supuestos y cauces taxativamente previstos:

*“La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1998. En este sentido su art. 37 establece con absoluta claridad que “el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las Sentencias judiciales firmes”. Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es (STC 62/1991) “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”<sup>588</sup>”.*

Consecuencia de ello es que, como dice el Tribunal Constitucional, si un órgano jurisdiccional anula un laudo por motivos distintos a los legalmente previstos, vulneraría *“el principio de inmodificabilidad de las decisiones judiciales firmes que les es de aplicación, y, en última instancia, desconociendo la tutela judicial efectiva del beneficiado por él”<sup>589</sup>*.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional reconoce de forma reiterada que control judicial que cabe realizar sobre los laudos se limita a las causas tasadas previstas en la ley. Se trata de un *“un control limitado a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje”<sup>590</sup>*.

En este sentido, y concretamente sobre los motivos de anulación de laudos previstos en la vigente Ley de Arbitraje, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido recientemente que:

*“La impugnación del laudo arbitral es únicamente posible por motivos formales (arts. 40 y ss., de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje), con la consiguiente falta de control judicial sobre la cuestión de fondo (...).*

*Efectivamente, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, configura la institución arbitral como un mecanismo heterónimo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la*

<sup>588</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre

<sup>589</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993, de 4 de octubre

<sup>590</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de noviembre y 75/1996, de 30 de abril

*jurisdicción la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros el conocimiento y solución de sus conflictos, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción por expresa voluntad de las partes.*

*Por consiguiente, es claro que la acción de anulación debe ser entendida como un proceso de control externo sobre la validez del laudo que no permite una revisión del fondo de la decisión de los árbitros, «al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse estas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3, y 75/1996, de 30 de abril, FJ 2) <sup>591</sup>».*

En tercer lugar, y de gran trascendencia, el Tribunal Constitucional enseña que los motivos de anulación de laudo deben ser aplicados por los órganos judiciales de forma restrictiva, ya que una interpretación extensiva de estos que permitiera una revisión de fondo conduciría a la desnaturalización de la propia institución arbitral:

*“ninguna de las causas de anulación previstas en el art. 41.1 de la Ley de arbitraje puede ser interpretada en un sentido que subvierta esta limitación, pues «la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo» (ATC 231/1994, de 18 de julio, FJ 3). A ello hay que añadir –a diferencia de lo afirmado por el órgano judicial– que es doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las «exigencias relativas a la eficacia del procedimiento arbitral justifican que el control de los laudos arbitrales tenga carácter limitado y que solo pueda obtenerse la anulación de un laudo en casos excepcionales» (STJCE de 26 de octubre de 2008, asunto Mostaza Claro, C-168/05) <sup>592</sup>.*

En cuarto lugar, el Tribunal Constitucionales ha dejado establecido recientemente el carácter disponible de la acción de anulación del laudo arbitral, entendiendo que no existe ninguna norma legal que prohíba el derecho de disposición de las partes del objeto del proceso de anulación del laudo.

*“Entiende este Tribunal que debe reputarse contrario al derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes el razonamiento del órgano judicial que niega virtualidad a un acuerdo basado en el poder dispositivo de las partes sin que medie norma prohibitiva que así lo autorice,*

<sup>591</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Sentencia 46/2020, de 15 de junio

<sup>592</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Sentencia 46/2020, de 15 de junio



*imponiendo una decisión que subvierte el sentido del proceso civil y niega los principios en que se basa, en concreto, el principio dispositivo o de justicia rogada.*<sup>593</sup>”

En este sentido resulta relevante poner de relieve que, de conformidad con el artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje<sup>594</sup>, algunos motivos de anulación de laudo, y, en particular el referido al orden público, pueden ser apreciados de oficio por el órgano judicial a cargo del procedimiento de anulación. Ello había dado lugar a que algunos órganos jurisdiccionales, y, particularmente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, había entendido indisponible el procedimiento de anulación de laudos, y, por ende, no susceptible de ser terminado anticipadamente por voluntad de las Partes vía desistimiento o acuerdo de terminación por satisfacción extraprocésal de su objeto<sup>595</sup>.

A juicio del Tribunal Constitucional, la acción de anulación de laudo debe encuadrarse dentro del procedimiento civil, que está gobernado por el principio básico de disposición de las partes y justicia rogada

*“no se puede afirmar de manera tan categórica que las partes no puedan alcanzar un acuerdo posterior al laudo ni que, de dicho acuerdo, no se pueda entender que tanto demandante como demandada decaigan en su interés en seguir litigando. Mediante tal línea argumentativa se llega a negar el carácter subjetivo de los derechos que se ejercen en el proceso de anulación de laudos, otorgando a las partes tan solo el poder de desencadenar el proceso, pero sin poder hacer valer, a posteriori, los cambios sobrevenidos que afecten a su interés para obtener la sentencia. Por el contrario, ha de entenderse que ello entra dentro del terreno del poder de disposición de las partes en un proceso civil, como lo es el proceso de anulación del laudo arbitral, sin que exista norma legal prohibitiva a dicho respecto*<sup>596</sup>”.

Sobre el particular, debe recordarse que el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>597</sup> española faculta a los litigantes a disponer del objeto del juicio, excepto cuando la

<sup>593</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Sentencia 46/2020, de 15 de junio

<sup>594</sup> Artículo 41.2 de la Ley 30/2003 de Arbitraje: “Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida”.

<sup>595</sup> Auto de 3 de mayo de 2017 de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

<sup>596</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Sentencia 46/2020, de 15 de junio

<sup>597</sup> Artículo 19.1 de la ley 1/200 de Enjuiciamiento Civil: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.”

ley prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

Finalmente, el Alto Tribunal ha aclarado que, con independencia de que la causa de pedir de la anulación afecte o no al orden público, es lo cierto que la cuestión de fondo que fue objeto de laudo es jurídico-privada y disponible, por lo que, “*en nuestro sistema procesal civil, para que haya una decisión, se requiere que las partes acrediten su interés en litigar*<sup>598</sup>”.

#### B. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE ANULACIÓN DEL LAUDO.

El Tribunal constitucional ha tenido la oportunidad de analizar el orden público como motivo de anulación de laudo.

A su respecto, el Alto Tribunal, ha señalado en numerosas ocasiones que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente:

*“Es jurisprudencia reiterada de este Tribunal la de que por orden público material se entiende el conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada (SSTC 15/1987, de 11 febrero; 116/1988, de 20 junio, y 54/1989, de 23 febrero), y, desde el punto de vista procesal, el orden público se configura como el conjunto de formalidades y principios necesarios de nuestro ordenamiento jurídico procesal, y solo el arbitraje que contradiga alguno o algunos de tales principios podrá ser tachado de nulo por vulneración del orden público. Puede decirse que el orden público comprende los derechos fundamentales y las libertades garantizados por la Constitución, así como otros principios esenciales indisponibles para el legislador por exigencia constitucional o de la aplicación de principios admitidos internacionalmente*<sup>599</sup>”.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha respaldado una aplicación restrictiva del orden público como motivo de anulación del laudo, prohibiendo cualquier ensanchamiento artificial del mismo.

De hecho, en una reciente sentencia el Alto Tribunal procedió a anular varias resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sede de anulación

<sup>598</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Sentencia 46/2020, de 15 de junio

<sup>599</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Sentencia 46/2020, de 15 de junio

de laudo arbitral<sup>600</sup> por considerar que había realizado "*una interpretación extensiva e injustificada del concepto de orden público contenido en el art. 41.2.f) LA*<sup>601</sup>".

En particular, el Alto Tribunal ha alertado del riesgo de que la falta de nitidez y concreción del concepto pueda ser utilizado por el órgano judicial como pretexto para reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral, lo que desnaturalizaría la institución arbitral y vulneraría la autonomía de la voluntad de las partes:

*"Precisamente porque el concepto de orden público es poco nítido se multiplica el riesgo de que se convierta en un mero pretexto para que el órgano judicial reexamine las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral desnaturalizando la institución arbitral y vulnerando al final la autonomía de la voluntad de las partes. El órgano judicial no puede, con la excusa de una pretendida vulneración del orden público, revisar el fondo de un asunto sometido a arbitraje*<sup>602</sup>".

De forma similar, el Alto Tribunal afirma tajantemente que el análisis del fondo de la controversia pertenece únicamente a los árbitros, y que una interpretación amplia del concepto de orden público como motivo de anulación del laudo arbitral va en contra del principio de justicia rogada y el poder de disposición de las partes.

*"El ensanchamiento del concepto de "orden público" que realizan las resoluciones impugnadas para llevar a cabo una revisión del fondo del litigio por el órgano judicial, lo que pertenece en esencia sólo a los árbitros, desborda el alcance de la acción de anulación y desprecia el poder de disposición o justicia rogada de las partes del proceso"*

Por tanto, si el órgano judicial efectúa una interpretación arbitraria e irrazonable de lo que deba entenderse por orden público, entonces no está siendo respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva, y por lo tanto vulneraría el derecho de las partes a una motivación razonable de las resoluciones judiciales.

Dicha interpretación de orden público es pues, dice el Tribunal Constitucional, incompatible con los valores protegidos constitucionalmente.

#### C. LA FALTA DE MOTIVACIÓN COMO MOTIVO DE ANULACIÓN DE LAUDO: A LA ESPERA DE NOTICIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

<sup>600</sup> Auto de 4 de abril de 2017, Auto de 3 de mayo de 2017, Sentencia de 4 de mayo de 2017, y Providencia de 8 de junio de 2017, todos ellos dictados por la Sala de lo Civil y los Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

<sup>601</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Sentencia 46/2020, de 15 de junio

<sup>602</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Sentencia 46/2020, de 15 de junio

A la fecha de firma del presente artículo está pendiente la resolución de un recurso de amparo interpuesto contra dos resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>603</sup> por las que se anuló un laudo dictado en equidad entenderlo contrario al orden público procesal, por indebida valoración de la prueba e insuficiencia de motivación.

El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de amparo por entender que: (i) concurre una especial trascendencia constitucional; (ii) que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional; y (iii) la vulneración del derecho fundamental que se denuncia en el recurso pudiera traer causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley de Arbitraje, que el Tribunal Constitucional pudiera considerar lesiva del derecho fundamental.

El quid de la cuestión a resolver se centraría en determinar si el test de control que es aplicable a la motivación de las resoluciones judiciales lo es también a la motivación de los laudos. Se trata del llamado "canon de la arbitrariedad" establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 147/1999<sup>604</sup>) y que exige la razonabilidad de la decisión, su acomodación a las reglas de la lógica y la no comisión de un error patente.

La necesidad de clarificación por el Tribunal Constitucional viene motivada por la proliferación de sentencias en las que particularmente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha considerado que el control que debe realizar de la validez de los laudos arbitrales en sede de anulación incluye "*fiscalizar, desde la perspectiva del control del orden público, la motivación, en general, y la valoración probatoria, en particular, contenidas en el Laudo que pudieran lesionar el art. 24.1 CE... deberes de motivación cuya infracción constituiría por sí sola una vulneración del art. 24.1 CE, tal y como, aparecen identificados, con especial claridad, por todos, en el Fundamento Jurídico 3 de la emblemática STC 147/1999*<sup>605</sup>".

Los recurrentes en amparo mantienen que la motivación del laudo no es una cuestión de orden público en España. Según su tesis, cuando el artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje<sup>606</sup> dispone una obligación de motivar el laudo, con ello no plantea un imperativo de orden público, porque la motivación del laudo no es cuestión de orden público ni afecta al artículo 24 de la Constitución. Y ello especialmente considerando que el Convenio de

---

<sup>603</sup> Sentencia 1/2018 de 8 de enero de 2018 y Auto de 22 de mayo de 2018 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

<sup>604</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Sentencia 147/1999, de 4 de agosto

<sup>605</sup> Sentencias 58/2017, de 24 de octubre, 61/2017, de 31 de octubre y 1/2018 de 8 de enero de 2018 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

<sup>606</sup> Artículo 37.4 de la Ley 60/2003 de Arbitraje: "*El laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior*".

Ginebra<sup>607</sup>, suscrito y ratificado por España y que, por tanto, también hace parte del derecho español, admite el laudo no motivado<sup>608</sup>.

De hecho, gran parte de la doctrina es de la opinión que la naturaleza contractual del arbitraje, que nace de la autonomía privada de las partes, determina que no pueda exigirse a los laudos la misma fundamentación que a las sentencias. Por ello no debe confundirse el reconocimiento de equivalente jurisdiccional establecido por el Tribunal Constitucional con el hecho de que quepa aplicar el mismo estándar de fundamentación y motivación a laudos arbitrales y sentencias judiciales.

Así, si se ha querido configurar el arbitraje como un sistema alternativo, y por tanto excluido del sistema judicial, no tiene sentido, afirma la doctrina, que hagamos identidad entre laudo y sentencia a los efectos de exigirles idénticos estándares de motivación, y ello a pesar de que se les otorguen los mismos efectos jurídicos, puesto que ambos comparten la fuerza de cosa juzgada, como reconoce explícitamente la Ley de Arbitraje<sup>609</sup>.

Por ello, siempre que el procedimiento arbitral haya respetado el debido proceso, y garantizados los principios de igualdad, audiencia, contradicción y proscripción de la arbitrariedad, el laudo que emane no puede ser sometido al mismo test de motivación de una sentencia.

Está por ver, si el Tribunal Constitucional amparará es tesis doctrinal, compatible con el estándar internacional, o bien entenderá la equivalencia jurisdiccional en el sentido de aplicar el mismo test de motivación a sentencias judiciales y laudos arbitrales.

La estimación del recurso podría determinar el abandono por parte de los órganos judiciales a cargo del control judicial del laudo arbitral de esta concepción amplia de orden público procesal, en la que encuentran legitimación para hacer un enjuiciamiento no solo sobre la suficiente motivación de los laudos, incluidos los de equidad, sino también sobre la valoración de la prueba efectuada por los árbitros.

---

<sup>607</sup> Convención Europea Sobre Arbitraje Comercial Internacional hecha en Ginebra el 21 de abril de 1961

<sup>608</sup> Convención de Ginebra: “*Artículo VIII Motivación de la sentencia arbitral: Se presumirá que las partes han convenido en el acuerdo o compromiso arbitral que el laudo deberá ser motivado, salvo,*  
*a) Si las partes hubieran estipulado expresamente que la sentencia arbitral no deberá ser fundada o,*  
*b) Si las partes hubieran elegido un procedimiento arbitral dentro de cuyo marco no esté aceptada la costumbre de motivar los fallos y siempre, que en tal caso, las partes o una de ellas no soliciten expresamente, antes de terminar la vista o audiencia, o si no hubiere habido vista antes de redactar el fallo, que éste sea fundado”.*

<sup>609</sup> Artículo 43 de la Ley 60/2003 de Arbitraje: “*El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”.*

## MÉXICO

### GENERALIDADES DEL JUICIO DE AMPARO

*Julieta Ovalle Piedra\**

#### I. PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO E INDIRECTO.

Los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen las bases del juicio de amparo, las cuales son reglamentadas por la nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013. A través del juicio de amparo, las personas que se consideren afectadas por un acto de autoridad que estimen violatorio de los derechos humanos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, pueden impugnarlo ante el órgano competente del Poder Judicial Federal. Si este considera que el acto de autoridad infringe los derechos humanos o las garantías para su protección, en su sentencia debe ordenar la inaplicación o desaplicación del acto reclamado. De acuerdo a Mariano Azuela Rivera, “el efecto de la sentencia de amparo será el de una sentencia de nulidad que se refiera a un acto que no ha producido efectos prácticos porque coloca a la autoridad responsable en la imposibilidad de darle efecto de ningún género”.<sup>610</sup>

El juicio de amparo se tramita en la vía directa o indirecta, dependiendo el tipo de causa que se intenta combatir a través de él. Mientras que a través del amparo indirecto se dirimen aquellas causas en las cuales el acto de autoridad no ha sido materia de enjuiciamiento y por tanto no se trata de una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio, en el amparo directo se ventilan las causas en las cuales el acto de autoridad ya ha sido materia de enjuiciamiento y por tanto se combate una sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio.

El amparo fue creado en el Proyecto de Constitución yucateca<sup>611</sup>, fue llevado a nivel federal en el Acta constitutiva y de Reforma de 1847, y se consolidó en la Constitución de 1857. Durante el siglo XIX los amparos fueron de dos instancias: la primera se seguía ante un Juez de Distrito, y la segunda, en revisión ante la Suprema Corte de Justicia.

---

\* Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y LL.M. por la Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Socia de Bufete Ovalle Favela, S.C. y Profesora de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, julieta@bof.com.mx

<sup>610</sup> Azuela Rivera, Mariano, *Amparo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2006, t. 2, p. 368.

<sup>611</sup> *Cfr.* Chávez Padrón, Martha, *Evolución del juicio de amparo y del Poder Judicial Federal mexicano*, México, Porrúa, pp. 53-55.

En su artículo “El artículo 14. Estudio constitucional” de 1906, Emilio Rebas Estebanell planteó la diferencia entre lo que él llamo el amparo juicio y el amparo recurso. La diferencia entre juicio y recurso depende de la naturaleza de la reclamación que las origina: mientras que el juicio se inicia intentando una acción para reclamar la satisfacción de un derecho, el recurso de se entabla sobre una resolución judicial para reclamar la revisión y tiene por objeto que se corrija la mala aplicación de la ley.<sup>612</sup> Fix -Zamudio considera que Rabasa “intuyó la verdadera naturaleza procesal del amparo al considerar que reúne el doble aspecto de proceso autónomo y de recurso extraordinario.” Agrega este autor que “tal y como se encuentra reglamentado nuestro juicio de amparo en la actualidad, asume esa doble naturaleza, en cuanto al procedimiento biinstancial está estructurado para la tramitación de un proceso autónomo, mientras que el relativo al amparo directo o de única instancia configura un simple recurso.”<sup>613</sup>

En la Constitución de 1917 se establecieron dos tipos de trámites para el amparo, según se tratara de sentencia definitiva o de actos distintos a esa sentencia. El amparo que se pedía contra una sentencia definitiva, se interponía directamente ante la Suprema Corte de Justicia, de ahí la denominación de amparo directo. En los otros casos, el amparo se haría valer primero ante un Juez de Distrito y en instancia de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, es decir, que esta conocería de manera indirecta. En 1951 se crean los Tribunales Colegiados de Circuito con el fin de abatir el rezago existente en los asuntos en trámite ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, especialmente en materia civil.

La nueva Ley de Amparo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de abril de 2013 continúa con el este sistema. El juicio de amparo indirecto procede en contra de los siguientes actos (art. 107):

- Normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de su aplicación causen perjuicio al quejoso (fr. I).
- Actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales administrativos o del trabajo (fr: II).
- Actos, omisiones o resoluciones provenientes de u procedimiento administrativo seguido en forma de juicio (fr. III).
- Actos de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo realizados fuera de juicio o después de concluido (fr. IV).

<sup>612</sup> Azuela Rivera, Mariano, op. cit., pp. 188-189.

<sup>613</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1999, p. 151.

- Actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte (fr. V).
- Actos dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas (fr. VI).
- Leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1o. de la Ley de Amparo(fr. VI).
- Omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de acción pena, o por suspensión de procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño (fr. VII).
- Actos de autoridad que determinen inhibir o declinar la competencia o el condimento de un asunto (fr. VIII).
- Normas generales, actos u omisiones de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Federal de Telecomunicaciones (fr. IX).

A su vez, el juicio de amparo directo procede en contra de sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendido al resultado del fallo, y en contra de sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin al juicio dicitadas por tribunales de lo contencioso administrativo cuando éstas sean favorables al quejoso, para el único efecto de hacer valer conceptos de violación en contra de normas generales aplicadas (art. 170).

El principio de mínima intervención que rige al apoyo judicial al arbitraje se encuentra plasmado en el artículo 5 de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Los tribunales nacionales no deberán intervenir en el arbitraje, salvo en los casos en que dicha Ley así lo disponga. El artículo 1421 del Código de Comercio acoge esta disposición, señalando que salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el Título Cuarto del Libro Quinto, no se requerirá intervención judicial. Los supuestos en los que se permite intervención judicial son la remisión al arbitraje, las medidas cautelares, el nombramiento, recusación, remoción y sustitución de árbitros, la resolución sobre la competencia del tribunal arbitral, la asistencia para el deshago de pruebas, la consulta para la fijación de honorarios y del monto de los depósitos, y la nulidad, reconocimiento y ejecución de laudos.



Las resoluciones que se dicten por los jueces dentro de los procedimientos que se entablen en apoyo al arbitraje pueden ser susceptibles de ser impugnadas en amparo indirecto.

En el caso particular de las resoluciones definitivas dictadas por los Jueces en los procedimientos de reconocimiento, ejecución y nulidad de laudo, han existido varias posturas por parte de los tribunales federales respecto de si procede el amparo directo o indirecto. Esto tiene en parte que ver con la manera en que fue implementada la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI en el Código de Comercio. En la Ley Modelo no se fijan los detalles procesales para el recurso de nulidad y para el reconocimiento y ejecución de laudo. Toca a cada país determinar de acuerdo a sus leyes y prácticas procesales cuál serán las reglas de procedimiento que deberán seguirse en cada uno de estos casos. Cuando la Ley Modelo de Arbitraje se introdujo en 1993 en el Código de Comercio, se previó que tanto el procedimiento de nulidad como el de reconocimiento y ejecución se sustanciarían incidentalmente de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y que la resolución que se dictare no sería objeto de recurso alguno. Posteriormente, con la reforma al Código de Comercio de 2011<sup>614</sup> se previó que la nulidad y el reconocimiento y ejecución de laudos se tramitarían mediante el juicio especial sobre transacciones y arbitraje, que ya no tendría el carácter de incidental.

Por lo que se refiere a los actos en los juicios y procedimientos relacionados con los supuestos de apoyo judicial al arbitraje, que no constituyan una resolución que ponga fin al juicio, y que tengan efectos de imposible reparación, procedería el amparo indirecto únicamente cuando afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. La “afectación material” que se necesita para la procedencia del amparo indirecto debe trascender “a la persona o bienes del justiciable más allá de lo meramente procedimental, lo cual resulta indispensable para actualizar la procedencia excepcional del amparo indirecto contra actos intraprocesales”.<sup>615</sup> También se han considerado actos de imposible reparación las violaciones procesales relevantes, “debiendo entenderse como tales aquellas cuyos efectos afectan a las partes en grado predominante o superior”.<sup>616</sup> Dentro de los actos que se han considerado susceptibles de ser impugnados mediante el amparo indirecto se encuentra la resolución que deja insubsistente un embargo.<sup>617</sup>

---

<sup>614</sup> Diario Oficial de la Federación de 27 de enero de 2011.

<sup>615</sup> Tesis P./J. 7/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 63, febrero de 2019, p. 6.

<sup>616</sup> Tesis VI.1o.A.J/10 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, libro 6, mayo de 2014, p. 1570.

<sup>617</sup> Tesis PC.I.C. J/59, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 51, febrero de 2018, p. 1040.

## II. SUSPENSIÓN Y ARBITRAJE

Dentro del juicio de amparo, es posible solicitar la suspensión del acto reclamado. La suspensión tiene el carácter de providencia o cautelar “si se toma en cuenta que dicho fenómeno o situación procesal conserva la materia del amparo, impidiendo que el acto de autoridad impugnado en la vía constitucional se ejecute o produzca sus efectos o consecuencias en detrimento del quejoso mientras se resuelve ejecutoriamente el juicio de garantías.”<sup>618</sup>

Salvo que con el juicio de amparo se impugnen de normas generales, actos u omisiones del Instituto Federal de Telecomunicaciones y de la Comisión Federal de Competencia, el Juez decretará la suspensión siempre que la solicite el quejoso y que no se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.<sup>619</sup> Cuando la suspensión pueda causar un daño o perjuicio a un tercero, al concederla el Juez fijará una garantía que sea suficiente para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que se puedan causar si el quejoso no obtiene sentencia favorable en el juicio de amparo.<sup>620</sup> A su vez, para dejar sin efecto la suspensión, el tercero puede otorgar una contragarantía para restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación reclamada y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al quejoso, en caso de que no se conceda el amparo.<sup>621</sup>

Para otorgar la suspensión, el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho, de la no afectación del interés social, y de la no contravención del orden público.<sup>622</sup> Al emitir su resolución sobre la suspensión definitiva, el Juez deberá precisar sus efectos para su estricto cumplimiento; deberá fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio, pudiendo establecer condiciones de cuyo cumplimiento dependa el que la medida suspensiva siga surtiendo efectos. Tomando en cuenta la naturaleza del acto reclamado, el Juez ordenará que las cosas se mantengan en el estado que guarden y de ser posible jurídica y materialmente, restablecerá provisionalmente al quejoso en el goce del derecho violado mientras se dicta sentencia ejecutoria en el amparo.<sup>623</sup> El Juez podrá modificar la resolución que conceda o niegue la suspensión definitiva, de oficio o a petición de parte, cuando ocurra un hecho superviviente que lo motive, mientras no se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio de amparo.<sup>624</sup>

---

<sup>618</sup> Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 31a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 711.

<sup>619</sup> Artículo 128 de la Ley de Amparo.

<sup>620</sup> Artículo 132 de la Ley de Amparo.

<sup>621</sup> Artículo 133 de la Ley de Amparo.

<sup>622</sup> Artículo 138 de la Ley de Amparo.

<sup>623</sup> Artículos 146 y 147 de la Ley de Amparo.

<sup>624</sup> Artículo 154 de la Ley de Amparo.

Los Jueces de amparo deben ser especialmente cuidadosos al otorgar la suspensión en los juicios de amparo indirecto promovidos en contra de actos dentro de juicios relacionados con apoyo judicial al arbitraje. La procedencia del juicio de amparo en contra de estos actos es excepcional, pues es necesario que tengan efectos que sean de imposible reparación, es decir, que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; o que versen sobre violaciones procesales relevantes, es decir, cuyos efectos afectan a las partes en grado predominante o superior. El Juez de amparo no debería aceptar a trámite amparos indirectos contra actos que no tengan estos efectos. Una vez superado este requisito de procedencia, para otorgar o no la suspensión, el Juez deberá incluir en su valoración de si existe o no contravención al orden público, el principio pro arbitraje que debe de respetarse al ser México un Estado Parte de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, y el principio de mínima intervención judicial que rige al apoyo judicial al arbitraje en México. Ambos principios son de orden público. Cada vez existen más precedentes en los cuales los tribunales federales consideran el acceso a los medios alternativos de justicia como un derecho humano reconocido por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>625</sup> Una suspensión otorgada en un juicio de amparo que tenga como efecto directo o indirecto el impedir o suspender el curso de un arbitraje sería entonces violatoria del orden público.

---

<sup>625</sup> Cfr. Tesis I.3o.C.426 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, libro 74, febrero de 2020, p. 2608; Tesis PC.III.P.J.1 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, libro 76, mayo de 2014, p. 1331; Tesis III.2o.C.6 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 3, libro XXV, octubre de 2013, p. 1723.

## ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS Y SU INTERACCIÓN CON EL JUICIO DE AMPARO

*Christa Mueller García\**

### I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el juicio de amparo y la nulidad o reconocimiento y ejecución de los laudos ha sido pendular, oscilando siempre entre la vía uniinstancial (amparo directo) y la biinstancial (amparo indirecto). Si bien es claro que el laudo en si mismo no está sujeto a revisión constitucional; lo que está sujeto al control constitucional es la resolución emitida por un tribunal jurisdiccional al momento de pronunciarse respecto de la nulidad o el reconocimiento y ejecución de un laudo comercial. Llegado ese momento en donde se dicta la sentencia de nulidad o de reconocimiento y ejecución de un laudo, es donde nos enfrentamos a un cierto grado de incertidumbre puesto que a pesar de la evolución de la ley arbitral mexicana a través de sus diversas reformas que buscan regular y dotar de la mayor eficiencia la intervención judicial en materia arbitral, lo cierto es que el Poder Judicial de la Federación simplemente no logra consensuar una postura clara y terminante sobre la vía procedente para combatir dicha sentencia, por lo que a lo largo de nuestra historia judicial, encontramos criterios a favor y en contra tanto de la procedencia del amparo directo como del amparo indirecto.

En México como en otros países se ha buscado que la intervención judicial sea limitada y que el procedimiento de nulidad o de reconocimiento y ejecución de los laudos sea expedito. Así inicialmente, el legislador consideró que la vía idónea para obtener de manera expedita la nulidad o reconocimiento y ejecución de un laudo era la vía incidental; sin embargo, considerando que la sentencia emitida en dicha vía no era definitiva para los efectos del juicio de amparo, la judicatura mayoritariamente sostuvo que procedía en su contra el amparo indirecto o biinstancial.

En consecuencia, en la reforma a la ley arbitral de 2011, se sustituyó la vía incidental y en su lugar se estableció que la nulidad o el reconocimiento y ejecución de los laudos sería a partir de ese momento a través del “Juicio Especial Sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje” (en lo sucesivo “JUICIO ESPECIAL”), creyendo que al cambiar la vía de un incidente a un juicio se zanjaba de una vez por todas cualquier duda respecto de la definitividad de la sentencia y, por consiguiente, la indiscutible procedencia del amparo directo.

---

\* Christa Mueller García es Licenciada en Derecho por el INSTITUTO TECNOLÓGICO AUTÓNOMO DE MÉXICO (ITAM) con posgrado en Argumentación Jurídica por la misma institución, Socia fundadora de Mueller Abogados, S.C., [cmueller@muellerabogados.com.mx](mailto:cmueller@muellerabogados.com.mx)

Lamentablemente, el optimismo con el que se recibió la reforma de 2011 resultó un espejismo, pues si bien durante los primeros años se sostuvo la procedencia del amparo directo, lo cierto es que de nuevo fueron surgiendo tesis aisladas en donde la judicatura sostenía que no procedía el amparo directo e insistían en que la vía correcta para impugnar la sentencia de nulidad o ejecución de un laudo era el amparo indirecto, a pesar de que la sentencia recurrida emanaba de un juicio especial.<sup>626</sup>

Así a mediados de 2019, se denunció una contradicción de tesis que llevó a la SCJN a analizar la procedencia del juicio de amparo contra una resolución emitida en el JUICIO ESPECIAL cuyo objeto haya sido la nulidad o reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Basta en este momento decir que de nuevo nos cambiaron las reglas del juego.

## II. ANTECEDENTES

El 4 de enero de 1989, se introdujo por primera vez un capítulo especial en el Código de Comercio a fin de regular el arbitraje comercial nacional e internacional, inspirándose en diversas disposiciones de la LEY MODELO, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, (CONVENCIÓN DE NUEVA YORK) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CONVENCIÓN DE PANAMÁ)<sup>627</sup>. Con dicho propósito, el legislador mexicano incorporó en el referido código el artículo 1347-A que contenía los requisitos que se debían cumplir para poder ejecutar un laudo. Asimismo, dentro del Libro Quinto del Código de Comercio se adicionó el Título Cuarto que se denominó como “Procedimiento Arbitral”, contenido en los artículos 1415 a 1437.

En este primer periodo de la ley arbitral mexicana, el artículo 1436<sup>628</sup> del Código de Comercio establecía que para la ejecución de los laudos sería competente el juez de primera instancia a quien “*se le entregaría los autos*” (entiéndase el expediente arbitral) y, en caso de que fuese admisible algún recurso, lo admitiría el juez y lo enviaría al tribunal superior sujetándose en todo su procedimiento a lo dispuesto en las reglas aplicables a los juicios comunes.

Como era de esperarse, conforme a dicho dispositivo la ejecución de los laudos arbitrales era un camino tortuoso, obstaculizado por diversos recursos intraprocerales

<sup>626</sup> Tesis I.6o.C.41 C (10a.) Registro: 2007898, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 12, Tomo IV, Noviembre de 2014.

<sup>627</sup> Siqueiros Prieto, Dr. José Luis; Pauta No. 59, Mayo 2009, No. ISSN:1870-2082

<sup>628</sup> “**Art. 1436.-** Una vez que haya sido notificado el laudo arbitral, **se pasarán los autos al juez de primera instancia para efectos de su ejecución**, a no ser que las partes pidieren la aclaración de dicho laudo.

Para la ejecución de autos y decretos, se acudirá también al juez de primera instancia.

**Si hubiere lugar a algún recurso que fuere admisible, lo admitirá el juez que recibió los autos y remitirá éstos al tribunal superior sujetándose, en todos sus procedimientos a lo dispuesto en los juicios comunes.”**

propios de los juicios ordinarios jurisdiccionales, que retardaban la obtención de una sentencia definitiva.

En consecuencia, el 22 de julio de 1993, solo cuatro años y medio después de su creación se modificó íntegramente el Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio, ahora referido como “Del Arbitraje Comercial”, adoptando casi íntegramente la LEY MODELO, con algunas variaciones menores, se reformaron los artículos 1415 al 1437, y se adicionaron los artículos 1438 al 1463, y se reformó el artículo 1347-A primer párrafo, fracción I y último párrafo<sup>629</sup>;

A partir de la reforma de 1993, durante casi veinte años, ley arbitral mexicana aplicable a los arbitrajes comerciales nacionales e internacionales se mantuvo vigente e intocada, salvo por diversos criterios jurisprudenciales que fueron en su mayoría emitidos en apoyo a una interpretación pro arbitraje.

Así hasta antes del 27 de enero de 2011, la vía para tramitar la nulidad<sup>630</sup> o el reconocimiento y ejecución<sup>631</sup> de un laudo era la vía incidental, conforme al Código Federal de Procedimientos Civiles; con el inconveniente de que el criterio mayoritario era que contra dicha sentencia procedía el amparo indirecto toda vez que la sentencias interlocutorias, al resolver cuestiones adjetivas y no sustantivas, no eran consideradas para efectos del amparo como sentencias definitivas que ponen fin al juicio.

En consecuencia, ante los inconvenientes que presentaba dicha interpretación, entre otros, el 27 de enero de 2011, vino la segunda reforma al Título Cuarto Libro Quinto el Código de Comercio; cuyo objetivo era precisar ciertos temas claves, como fueron (i) la remisión al arbitraje, (ii) las medidas cautelares aplicables y (iii) la vía correcta para combatir la resolución judicial que ordenaba ya sea la nulidad o reconocimiento y ejecución de los laudos.

---

<sup>629</sup> El artículo 1347-A en su primer párrafo, fracción I y en el último párrafo hacia referencia a que la fuerza de ejecución de las sentencias, laudos y resoluciones, eliminando la referencia a los laudos en virtud de la reforma integral antes referida

<sup>630</sup> “**Art. 1460.-** El procedimiento de nulidad se sustanciará incidentalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución no será objeto de recurso alguno.”

<sup>631</sup> “**Art. 1463.-** [...]”

El procedimiento de reconocimiento o ejecución se sustanciará incidentalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución no será objeto de recurso alguno.”

### III. EL CRITERIO PENDULAR DE LA VÍA DE AMPARO FRENTE A LA NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES.

Como quedó establecido en el capítulo anterior, la ley arbitral mexicana y sus reformas han buscando siempre impulsar y fortalecer el arbitraje; sin embargo, la relación incierta entre la procedencia del juicio de amparo frente a la sentencia de nulidad o reconocimiento y ejecución de los laudos ha subsistido.

Durante el periodo en donde la ley arbitral establecía la vía incidental para anular u obtener el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, el Poder Judicial de la Federación se inclinó mayoritariamente por sostener que el amparo indirecto era la vía procedente para reclamar las sentencias interlocutorias de mérito.<sup>632</sup>

Uno de los argumentos centrales de la judicatura, visible en diversas tesis aisladas e incluso en algunas jurisprudencias derivadas de contradicciones de tesis, se basaban en que una sentencia interlocutoria no puede revestir el carácter de sentencia definitiva que pone fin al juicio en términos del hoy artículo 170 de la Ley de Amparo.<sup>633</sup> En esta tesitura, una buena parte de la judicatura estimaba que la resolución incidental versaba sobre cuestiones netamente procesales (adjetivas) y, por tanto, debía considerarse como un acto dictado fuera de juicio tendiente a que un juez competente asumiese el contenido del laudo arbitral como propio, equiparándolo a un acto jurisdiccional (homologación).

<sup>632</sup> Voto Particular Cossío Díaz, José Ramón, *Amparo Directo en Revisión 1225/2006*

<sup>633</sup> Ley de Amparo vigente, Artículo 170

“**Artículo 170.** El juicio de amparo directo procede:

**I.** Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.

Se entenderá por sentencias definitivas o laudos, los que decidan el juicio en lo principal; por resoluciones que pongan fin al juicio, las que sin decidirlo en lo principal lo den por concluido. En materia penal, las sentencias condenatorias, absolutorias y de sobreseimiento, podrán ser impugnadas por la víctima u ofendido del delito.

Para la procedencia del juicio deberán agotarse previamente los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales aquellas sentencias definitivas o laudos y resoluciones puedan ser modificados o revocados, salvo el caso en que la ley permita la renuncia de los recursos.

Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva.

Para efectos de esta Ley, el juicio se inicia con la presentación de la demanda. En materia penal el proceso comienza con la audiencia inicial ante el Juez de control;

[...].”

Otro argumento recurrente que encontramos en diversas tesis aisladas establece que la labor del juez ante la petición de nulidad o reconocimiento y ejecución de un laudo, se limita al análisis de los supuestos taxativos contenidos en los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio, supuestos que versan sobre cuestiones de forma y no de fondo del laudo y, por tanto, el incidente carece de materia propia para ser considerado como un verdadero juicio *“entendido este último como el procedimiento que tiene por objeto la satisfacción del interés legalmente tutelado a través de una decisión judicial.”*<sup>634</sup>

En conclusión, la postura generalizada de la judicatura era que la sentencia dictada en el incidente de nulidad o reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, *“por equiparación, constituye la última resolución dictada en el procedimiento arbitral que culminó con una etapa jurisdiccional en la que se pretende la homologación o la nulidad del laudo”*,<sup>635</sup> respecto de la cual procedía el juicio de amparo biinstancial (amparo indirecto)

Cabe resaltar que uno de los casos que más atención atrajo sobre si la resolución que pone fin a un incidente de nulidad de laudo arbitral tiene o no el carácter de sentencia definitiva para efectos del juicio de amparo directo fue el caso de Grupo Radio Centro contra José Gutiérrez Vivo; dicho caso ameritó que la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN) ejerciera su derecho de atracción para conocer del juicio de amparo directo en revisión (expediente número 1225/2006),<sup>636</sup> hecho valer por una de las partes; recurso en el que la SCJN determinó que la vía procedente era el juicio de amparo indirecto.

En el marco de los pronunciamientos jurisprudenciales del Poder Judicial de la Federación sobre la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de la sentencia incidental en comento, es que se da la segunda reforma a la ley arbitral mexicana, con el objetivo claro de zanjar la discusión sobre la procedencia de la vía uniinstancial del juicio de amparo, mediante la derogación de los artículos 1460 y 1463 del Código de Comercio (que establecían la vía incidental para solicitar la nulidad o reconocimiento y ejecución de los laudos) y, en su lugar, establecer un juicio especial cuya sentencia fuese definitiva para efectos del juicio de amparo.

Así, se pensó que la reforma habría superado los argumentos de la judicatura que tildaban la sentencia incidental de nulidad o reconocimiento y ejecución de laudo como un acto dictado fuera de juicio, y ahora bajo la nueva figura se tendría necesariamente que

<sup>634</sup> Tesis VI.2o.C.250 C, Registro: 186919, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tesis Aislada, Novena Época, t. XV, Mayo de 2020.

<sup>635</sup> Tesis: 1a./J. 146/2007, Registro 170496, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Jurisprudencia, Novena Época, t. XXVII, Enero de 2008.

<sup>636</sup> A fin de evitar confusiones, es de precisarse que conforme al artículo 81 de la Ley de Amparo, el amparo directo no admite revisión salvo que el tribunal realice una interpretación directa de algún precepto constitucional, o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas.



concluir que la sentencia dictada en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje si constituiría una sentencia definitiva y, por tanto, la misma sería combatible mediante el juicio de amparo directo; dotando de esta manera la ejecución de los laudos de una vía expedita necesaria y acorde a los principios que rigen al arbitraje comercial.

De esta manera, la legislatura entendió que la migración de la vía incidental al juicio especial modificaba la naturaleza jurídica de la sentencia de nulidad o reconocimiento y ejecución de un laudo, dotando la Litis de una sustantividad propia *“pues consta de una fase de apertura de la instancia e integración de la litis (artículo 1473 del Código de Comercio); una fase probatoria (artículo 1475); una diversa de alegatos (artículo 1474); y, finalmente el dictado de una sentencia; motivos por los que era dable concluir que dicho procedimiento contaba con las etapas y formalidades de un juicio, como son: presentación de demanda, ofrecimiento y desahogo de pruebas, alegatos y resolución; destacando que además en lo accesorio, se prevén medidas cautelares y la posible acumulación con otros juicios especiales”*<sup>637</sup>, ello a pesar de que en esencia, la forma y alcance de ambos procesos se mantuvo casi intocada puesto que la labor del juzgador seguía siendo la de analizar los supuestos de ley a fin de constatar si se actualizaba o no alguno de ellos que tornara inejecutable el laudo.

La reforma de 2011 nos permitió sostener con mediana claridad la procedencia del juicio de amparo directo<sup>638</sup>; sin embargo, en diciembre de 2019, la SCJN publicó un nuevo criterio jurisprudencial producto de la contradicción de tesis 250/2019. En ella, se vuelve a discutir la procedencia o improcedencia del amparo directo contra la sentencia dictada ahora en el juicio especial de transacciones comerciales y arbitraje, y revierte el criterio en el sentido de que la vía procedente contra la sentencia dictada en el juicio especial es el amparo indirecto.

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito (Puebla) cuyo criterio fue uno de los denunciados en la contradicción de tesis antes referida, sostuvo su incompetencia respecto del amparo directo en contra de la sentencia dictada en el JUICIO ESPECIAL arguyendo que la misma no era una verdadera sentencia definitiva sino que revestía *“el carácter de un acto dictado fuera de juicio”*<sup>639</sup>, y continúa razonando en el sentido de que *“toda vez que no decidió en lo principal la litis que las partes dirimieron, sino que ello fue propio del procedimiento arbitral seguido en forma de juicio [...] cuyo laudo es el que resolvió precisamente la controversia que se suscitó, tramitándose a partir de ese momento solamente la ejecución de la determinación que en definitiva resolvió la controversia principal, lo que se logra por medio del `juicio especial de ejecución de laudo*

<sup>637</sup> Contradicción de tesis 250/2019, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ministro Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, 16 de octubre de 2019, pp. 27-28

<sup>638</sup> Tesis PC.I.C. J/23 C (10a.), Registro: 2010812, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Jurisprudencia, Décima Época, Libro 26, Tomo III, Enero de 2016.

<sup>639</sup> Contradicción de tesis 250/2019, Op. Cit., p. 15, último párrafo.

*arbitral*,<sup>640</sup> por lo que el juez se limita a verificar si se actualizan o no los supuestos contenidos en el artículo 1462 del Código de Comercio para denegar el reconocimiento de un laudo, por lo que la sentencia recurrida *“fue emitida en un procedimiento en el que no existe un contradictorio ni se permite deducir derechos entre las partes”*.<sup>641</sup>

Luego, derivado de la denuncia de contradicción de tesis, la Primera Sala de la SCJN por “identidad jurídica” hizo suyas (por no decir auto plagió) los argumentos establecidos en su momento en la contradicción de tesis 78/2017<sup>642</sup>, resolvió con carácter de jurisprudencia que la vía procedente era el amparo indirecto considerando que si bien el JUICIO ESPECIAL abarca las etapas procesales de un juicio, lo cierto es que la materia que en él se dilucidan versan sobre cuestiones ajenas a la litis principal resuelta en la vía arbitral.

La citada Primera Sala de la SCJN entendió que derivado de la contradicción de tesis 250/2019, su labor era *“determinar si la resolución que se emita en el juicio especial de referencia, puede ser considerada o no como una sentencia definitiva para efectos de la procedencia del amparo directo, o bien, es una determinación dictada en ejecución de sentencia, susceptible de reclamarse a través del amparo indirecto”*<sup>643</sup> con base en la materia del procedimiento.

Bajo dicha óptica, la SCJN sostuvo que a pesar de que el JUICIO ESPECIAL abarcaba las etapas procesales<sup>644</sup> para ser considerado un juicio, la sentencia no constituía una verdadera sentencia definitiva en términos de la Ley de Amparo ya que *“el solo hecho de que ni contra el laudo arbitral ni contra la resolución que declaró su nulidad, proceda algún recurso, no convierte a dicha resolución en una sentencia definitiva [...] cuando en realidad no resuelve el fondo del asunto; de ahí que se considere la reforma multicitada no tuvo el alcance de cambiar el contenido del incidente mencionado, [...]por lo que los aspectos que se refieren a la ejecución del laudo, continúan siendo adjetivos y no de fondo”*.<sup>645</sup>

Y concluye: *“la sentencia en él dictada no es una sentencia definitiva o resolución que ponga fin al juicio para los efectos del amparo directo, sino una determinación tomada por un tribunal judicial, emitida después de concluido el juicio, procediendo en su contra el juicio de amparo indirecto”*.<sup>646</sup>

---

<sup>640</sup> Ibidem, pp.16-17.

<sup>641</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>642</sup> La cual dio pie a la jurisprudencia *“Laudo Arbitral. Contra la interlocutoria que declara su nulidad procede juicio de amparo indirecto”*.

<sup>643</sup> Op. Cit. P. 45

<sup>644</sup> Demanda, Contestación, Pruebas, Alegatos y Sentencia.

<sup>645</sup> Contradicción de tesis 250/2019, Op. Cit., p. 48.

<sup>646</sup> Op. Cit. p. 49

En suma, la SCJN sustenta la procedencia del amparo indirecto bajo un argumento de técnica procesal aduciendo que se debe atender “*a los efectos legales que produce la declaratoria de nulidad o de homologación*”<sup>647</sup> sin que para ello influya ni el tribunal que la dicte ni la forma del procedimiento; debiendo estarse a la materia que resuelven.

Por tanto, sostiene que el juicio arbitral es el marco de referencia del JUICIO ESPECIAL, cuyo propósito es determinar la validez o invalidez del laudo, es decir, su materia es meramente adjetiva y no susceptible de considerarse una sentencia definitiva pues la naturaleza de éstas es justamente decidir el fondo de un litigio, máxime que “*no se instaure en el ejercicio de una acción personal, ni real ni del estado civil, pues su objeto (nulidad de laudo) no es ni equivale a hacer efectivo un derecho personal, ni uno real, ni está referido al estatuto civil de la persona física; razón por la que la sentencia con la que culmina el juicio especial respectivo, no puede reputarse igual a las que ponen fin a juicios del orden civil*”<sup>648</sup>.

#### IV. CONCLUSION

Hoy de nuevo tenemos una jurisprudencia obligatoria que marca que la vía procedente para combatir una sentencia de nulidad de laudo o de reconocimiento y ejecución de laudo, es a través del amparo indirecto, con los inconvenientes que ello implica al existir una segunda instancia o recurso de revisión lo cual alarga y entorpece la ejecución rápida y expedita de un laudo.

Parece lamentable que la SCJN bajo la nueva configuración de ministros no haya hecho eco a los atinados argumentos esbozados en su momento por el hoy Ex Ministro José Ramón Cossío Díaz en su voto particular respecto de la resolución dictada en el Amparo Directo en Revisión 1225/2006, quien atinadamente señalaba los errores en la valoración del criterio de la mayoría, y que hoy se repiten nuevamente al haber auto plagiado los argumentos de antaño perdiendo la oportunidad de presentar una discusión real sobre el tema.

Sostener, como lo hace la SCJN que la sentencia dictada en el JUICIO ESPECIAL no cumple con los requisitos de la ley de amparo para ser considerada como definitiva por no resolver una acción principal es errada, como lo es también el sostener que la función del juez es simplemente analizar si se actualizan o no una serie de supuestos de naturaleza adjetiva.

Lo cierto es que en el JUICIO ESPECIAL las partes se enfrentan nuevamente y ejercen una acción nueva, a saber, si procede o no la nulidad o el reconocimiento y ejecución de un laudo; acciones que no guardan ninguna relación con la litis del procedimiento arbitral, pues ello ni siquiera es materia del juicio; la materia sobre la que versa el JUICIO ESPECIAL

---

<sup>647</sup> Op. Cit. p. 57

<sup>648</sup> Op. Cit. p. 61

nada tiene que ver con el fondo que fue materia de lo resuelto por el tribunal arbitral, por el contrario es un acción nueva en la que se disputan acciones sustantivas y, por tanto, constituye un verdadero juicio cuya sentencia pone fin de manera definitiva a la controversia sobre la validez o no de un laudo, por lo que contrario a lo sostenido por la SCJN sí debería proceder el amparo directo.

## PANAMÁ

### EL ARBITRAJE Y LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES EN PANAMÁ: ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

*Liliana Sánchez Ortega\**

#### I. INTRODUCCIÓN

El sistema de justicia en Panamá tiene instrumentos especializados del control judicial de la constitucionalidad de carácter amplio<sup>649</sup>; en lo que respecta a la legitimidad misma de la acción procesal, ya que estos procesos constitucionales le son aplicables a actos de autoridad o puede ejercerse de forma abstracta o concreta, dependiendo si se ejerce contra una Ley o si la actuación de una autoridad es violatoria de la Constitución. Sin embargo, cuando hablamos de arbitraje el panorama no ha sido amplio; de hecho, surge la discusión que ha sido también debate en una gran cantidad de países, si los instrumentos de control judicial de la constitucionalidad son o no aplicables al arbitraje, ya sea a las decisiones de los centros o instituciones de arbitraje o bien, a las decisiones del tribunal arbitral durante el curso del proceso o incluso, el laudo arbitral.

Existen diversas posturas que han variado con el tiempo a través de precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y que se remontan desde antes de 1999, año en que Panamá aprobó su primera Ley de Arbitraje; luego, tras la aprobación de la actual Ley de Arbitraje Nacional e Internacional, algunas posturas se han mantenido en el tiempo y otras, a pesar de que han variado en pro del arbitraje, mantienen abierta la posibilidad de que continúe la discusión, pues existe un grupo minoritario de practicantes que argumentan que la Ley – refiriéndose a la de arbitraje- no puede estar por encima de la Constitución y las garantías que esta ofrece a los ciudadanos, y que el arbitraje no escapa del escrutinio de los instrumentos constitucionales. Esta postura ha tenido su asidero debido a una corriente desarrollada en los últimos años en la Corte Suprema de Justicia, con relación a la aplicación de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos en la evaluación del trámite de admisión de los recursos de inconstitucionalidad y amparos

---

\* La Autora es abogada panameña, árbitro y especialista en arbitraje nacional e internacional. Su experiencia como árbitro está enfocada primordialmente en controversias mercantiles y civiles. Ha formado parte de la comisión redactora de la actual Ley de Arbitraje Nacional e Internacional (ley 131 de 2013) y de los principales cuerpos jurídicos sobre arbitraje y conciliación en su país. Es Miembro de ICC Panamá; del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la ICC; de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (Alarb); y ha participado en calidad de observadora en Mesas de trabajo de Procesos Abreviados de Arbitraje de UNCITRAL. Fue Directora General Interina de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y es la Directora General del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CeCAP).

<sup>649</sup> Hoyos, Arturo, “La Justicia Constitucional en Panamá: una apretada síntesis”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 591-598

contra laudos arbitrales y otras resoluciones del tribunal arbitral, aun cuando existe una disposición en la Ley de Arbitraje, donde se establece que la vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso de un arbitraje o en el laudo es el recurso de anulación<sup>650</sup>. No obstante, la efectividad positiva de la acción de amparo y el recurso y advertencia de inconstitucional ha sido casi nula con relación a los argumentos del accionante.

Por el otro lado, están los “*pro-arbitraje*”, quienes han adaptado su práctica al principio de mínima intervención judicial, que se ve reflejada al involucrar a los tribunales judiciales en fases muy puntuales del proceso arbitral. Esta postura también ha tenido su fortaleza en decisiones del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, donde la tónica de las decisiones ha sido no admitir recursos constitucionales contra laudos u otras decisiones del tribunal arbitral bajo la afirmación de que los árbitros no son servidores públicos y que los instrumentos constitucionales se ejercen contra actos de autoridad pública.

Para conocer cómo se han ido forjando ambas posturas, debemos conocer sobre el Régimen Jurídico de los procesos constitucionales y su relación con el arbitraje.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y SU RELACIÓN CON EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

En Panamá, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia<sup>651</sup> ejerce la función de Corte Constitucional, es decir el control de la constitucionalidad está centralizado y no es difuso. Los procesos constitucionales están fundamentados en nuestra Carta Magna y desarrollados en el Código Judicial<sup>652</sup>.

Existen cinco procesos constitucionales que están consagrados en nuestra Carta Magna: el recurso de inconstitucionalidad (Art. 206), la advertencia de inconstitucionalidad (Art. 206), el amparo de garantías constitucionales (Art. 54), el habeas corpus (Art. 23) y el habeas data (Art. 44); no obstante, me referiré a aquellos que de alguna u otra forma guardan relación con el arbitraje; es decir, los tres primeros.

### A. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El artículo 206 de la Constitución Política contempla el ejercicio de dos (2) procesos constitucionales: el Recurso o Acción de Inconstitucionalidad y la Advertencia de

<sup>650</sup> Artículo 66 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013.

<sup>651</sup> El término Pleno atiende a la totalidad de los nueve (9) magistrados de la Corte.

<sup>652</sup> Denominado en otras legislaciones Código de Procedimiento Civil.

Inconstitucionalidad,<sup>653</sup> los cuales son la manifestación de lo que en doctrina se denomina “*control abstracto*” y “*control concreto*” de la Constitución; entendiéndose el primero, el control abstracto, “también conocido en la doctrina como control por vía de acción, en el cual se establece un proceso contra una Ley ante un tribunal determinado, al cual se solicita examinar su validez constitucional<sup>654</sup>”; y el segundo, el control concreto, “o sea, el promovido dentro de un proceso, conocido también con la denominación control por vía incidental, se dan en el sistema de justicia constitucional panameño”.<sup>655</sup>

Ambos recursos son desarrollados por el Código Judicial.

### 1. El Recurso de Inconstitucionalidad<sup>656</sup>:

Cualquier persona, por medio de apoderado legal, puede impugnar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes, decretos de gabinete, decretos leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de una autoridad que estime pertinente y pedir la correspondiente declaración de inconstitucionalidad, a través de este recurso.

El recurso de inconstitucionalidad, además de los requisitos comunes a toda demanda, debe contener:

- a. Transcripción literal de la disposición, norma o acto acusados de inconstitucionales; y
- b. Indicación de las disposiciones constitucionales que se estimen infringidas y el concepto de la infracción.

Se debe acompañar de copia debidamente autenticada de la ley, decreto de gabinete, decreto ley, orden, acuerdo, resolución o acto que se considere inconstitucional; si se trata

<sup>653</sup> El **artículo 206 de la Constitución Política** dispone que “*La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.*

*Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.*

*Las partes sólo podrán formular tales advertencias una sola vez por instancia.”*

<sup>654</sup> Gonzalez Montenegro, Rigoberto, *La Justicia Constitucional en Panamá*, p.282

<sup>655</sup> *Supra*, 283

<sup>656</sup> CODIGO JUDICIAL DE LA REPUBLICA DE PANAMA, Libro Cuarto, Capítulo IV. Inconstitucionalidad. Artículos 2559-2562

de una ley u otro documento publicado en la Gaceta Oficial no habrá necesidad de acompañar la copia, bastando citar el número y fecha de la respectiva Gaceta Oficial.

En los casos donde el recurrente no haya podido obtener la copia autenticada in comento, lo expondrá ante la Corte, señalando las causas de la omisión y el tribunal ordenará de oficio a la corporación o funcionario respectivo que compulse y envíe las copias correspondientes.

La inobservancia de estos requisitos producirá la inadmisibilidad de la demanda.

Es importante destacar que a la acción de inconstitucionalidad no le cabe desistimiento, por lo que el Pleno de la Corte se ve obligado a resolverla una vez sea admitida.

(a) *Recurso de Inconstitucionalidad y el Arbitraje*

La acción o recurso de inconstitucionalidad tuvo una gran incidencia en el desarrollo del arbitraje en el foro panameño, a principios del siglo XXI. En esa época, el arbitraje era visto como una práctica novísima impulsada por los gremios empresariales del país; la vida jurídica de la primera Ley de Arbitraje<sup>657</sup> era de reciente data y el poco o razonado conocimiento de sus normas, generó defensores y detractores.

Haciendo uso del recurso de inconstitucionalidad se presentaron varias acciones ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, logrando que esta máxima Corporación declarara la inconstitucionalidad de importantes artículos de la primera Ley de Arbitraje como fueron el artículo 17 (Kompetenz-Kompetenz)<sup>658</sup>, parte del artículo 7 (Arbitraje con El Estado)<sup>659</sup> y el artículo 36 (Renuncia al Recurso de Anulación del laudo)<sup>660</sup>. Estos

<sup>657</sup> Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999 mediante el cual se estableció el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y la Mediación.

<sup>658</sup> Mediante el **Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 13 de diciembre de 2001** que declaró inconstitucional el artículo 17 del Decreto Ley 5 de 1999, basado en la denominada tutela del Estado. La Corte señaló en su momento que: “Los tribunales de justicia han sido establecidos por el Estado para administrar justicia, y toda persona tiene derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado en demanda de justicia para que se le reconozcan o restablezcan sus derechos cuando lo crees necesario, siendo los tribunales ordinarios los que deben decidir sobre la competencia del tribunal arbitral y no que sean los Árbitros los jueces de su propia competencia o más bien que sea la que determine la incompetencia de los tribunales ordinarios en violación del artículo 32 de la Constitución.

*Esta Superioridad colige, sin lugar a dudas, que el artículo 17 del decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, desconoce una de las garantías esenciales amparadas por el artículo 32 de nuestra Carta Magna, que es derecho a la tutela judicial, elemento que integra la garantía constitucional del debido proceso, ya que se está negando el acceso a la justicia estatal o pública a la parte que lo considera necesario.*

<sup>659</sup> Otro precedente gran importancia fue la **Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de junio de 2003**, mediante el cual se declaró inconstitucional la parte final del segundo párrafo del artículo 7 del Decreto ley 5 de 1999. Entre los argumentos de nuestra máxima Corporación de Justicia destacan: “Es importante precisar entonces, que el inciso 4 del mencionado artículo 195 de la



resultados en su mayoría fueron revertidos al aprobarse la Reforma Constitucional del año 2004 e incorporarse en nuestra Carta Magna que la administración de justicia también es ejercida por los tribunales arbitrales, quienes podrán decidir acerca de su propia competencia, creando con esto una real jurisdicción. También se incluyó en dicha reforma, el reconocimiento de la validez de los acuerdos arbitrales pactados contractualmente por el Estado<sup>661</sup>, los cuales son válidos por sí mismos y no requerirán la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador General de la Nación.

Bajo el asidero constitucional, dos años más tarde, la Asamblea Nacional aprobó la Ley 15 de 22 de mayo de 2006, con la cual se modificaron, adicionaron y restituyeron artículos del Decreto Ley 5 de 1999”, restituyéndose específicamente los artículos 7 y 17 en su totalidad.

A partir de la reforma constitucional se inicia una nueva etapa en lo concerniente a las acciones o recursos de inconstitucionalidad, pues mediante sus fallos, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa, no solo en reconocer el sitio de la jurisdicción arbitral como administradores de justicia privada<sup>662</sup>, sino reconocer que, en el ejercicio de sus poderes, los árbitros ejercen la denominada “tutela judicial” bajo autoridad del acuerdo de voluntades pactado por las partes.

Las normas de la actual Ley de Arbitraje<sup>663</sup> no han sido objeto de acción o recurso de inconstitucionalidad, aun cuando han pasado cerca de siete años de su ejecución. Esta Ley de Arbitraje está basada en la Ley Modelo de UNCITRAL, cuya propuesta emerge como resultado de discusiones de practicantes y expertos a nivel global, en el marco de las Naciones Unidas, lo cual en gran medida marca un sello de calidad de sus normas, sobre todo contando con el reconocimiento constitucional del arbitraje; sin embargo, las normas jurídicas que regulan el recurso de inconstitucionalidad existen y permiten a cualquier ciudadano que considere que una norma de la Ley 131 o de su reglamentación -de existir-, viola un derecho o garantía constitucional pueda hacer uso de la acción ante el Pleno de la Corte.

---

*Constitución Nacional, señala expresamente las pautas que hay que seguir para transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en la que sea parte el Estado. Esto es, que debe obtenerse la aprobación del Consejo de Gabinete, más el concepto favorable del Procurador General de la Nación...” ... “La cláusula compromisoria pactada por el Estado o cualquiera de las instituciones mencionadas en el artículo 7 del Decreto Ley 5 de 1999, es válida pero tiene eficacia diferida: sólo puede surtir efectos si se cumple la condición prevista en el artículo 195 numeral 4 de la Constitución. Sólo así puede surtir su efecto principal: el sometimiento de la controversia a arbitraje.”*

<sup>660</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 7 de octubre de 2005.

<sup>661</sup> Artículo 200, 202 de la Constitución Política de la República de Panamá.

<sup>662</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 27 de agosto de 2009.

<sup>663</sup> Ley 131 de 31 de diciembre de 2013. Publicada en la Gaceta Oficial 27449-C del 8 de enero de 2014.

Por otro lado, tal como hemos mencionado, el recurso de inconstitucionalidad no sólo se puede interponer contra leyes, decretos de gabinete, decretos leyes, decretos, acuerdos, sino también “*resoluciones*” y demás actos provenientes de una autoridad.

En esta vía, surge la discusión de si el laudo arbitral, siendo una resolución que emana de un tribunal arbitral competente, podría ser demandado por inconstitucional a través de este recurso.

A través del tiempo, la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias emanadas de recursos de Inconstitucionalidad contra laudos, ha planteado varios argumentos interesantes que, aunque discrepantes, han ido reforzando la justicia arbitral. Veamos algunos de ellos:

### **1° La Acción o Recurso de Inconstitucionalidad es contra Servidores Públicos**

Uno de los argumentos que ha planteado la Corte es que, tal como lo prescribe el artículo 206 de la Constitución Nacional, el control constitucional puede ejercerse contra leyes, decretos, acuerdos y demás actos, teniendo como elemento común, que se trata de actos expedidos por “*servidores públicos*” y que los miembros de un Tribunal Arbitral, personas que aunque investidas temporalmente de la facultad de administrar justicia para ese caso específico, no ostentan la calidad de funcionarios públicos.<sup>664</sup>

A pesar de lo anterior, hubo una cierta corriente minoritaria en la Corte, vertida a través de votos razonados de algunos Magistrados donde se ha afirmado el hecho de que por estar revestidos de la función pública de administrar justicia, los laudos emitidos por tribunales arbitrales pueden ser sujetos al examen del Pleno de la Corte, indistintamente de la naturaleza jurídica del arbitraje en donde las decisiones de los árbitros se fundamentan en el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes del acuerdo de arbitraje y de la condición *suigeneris* de los árbitros pues el tribunal de arbitraje, aun siendo entre particulares debe respetar el Instituto del Debido Proceso.

El criterio minoritario anterior, no tuvo en principio muchos adeptos dentro de la Corte, prevaleciendo la postura de que, ante un recurso de inconstitucionalidad contra un laudo, se examina su admisibilidad antes de dar paso a un examen del fondo, declarándose inadmisibles por la falta de cumplimiento de presupuestos jurídicos, aquellos referidos a decisiones de tribunales arbitrales y no tener la condición de autoridad pública.

### **2° La acción o recurso como medio idóneo para garantizar derechos constitucionales no un examen de legalidad.**

Esta postura es de más reciente data, donde la Corte al realizar un análisis con relación presupuestos de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad contra laudos o decisiones arbitrales, plantea que el mismo no es un examen de legalidad. Es decir, “con un

<sup>664</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 25 de febrero de 2013.

planteamiento estrictamente de constitucionalidad, más no así buscando un examen de legalidad.”<sup>665</sup> Este planteamiento ha surgido porque algunos prácticamente de arbitraje han pretendido utilizar un recurso de inconstitucionalidad para presentar una especie de examen con relación al análisis jurídico que utilizó el tribunal arbitral para decidir, argumentando errores jurídicos o ilegalidades, vulneración del artículo 32 de la Constitución<sup>666</sup> y consecuentemente, vulneración del orden público.

Relacionado con lo anterior, la Corte, ante la interposición de recursos de inconstitucionalidad contra un laudo, ha señalado que la acción de inconstitucionalidad no es un medio procesal idóneo ni vía equivalente a una tercera instancia, para que el tribunal constitucional proceda a un nuevo examen del caudal probatorio de un proceso; como tampoco para que se adentre en consideraciones en materia de interpretación de la ley.<sup>667</sup>

Aunque esta postura no es opuesta a la anterior, donde diametralmente no se admitían los recursos de inconstitucionalidad contra laudos o decisiones de tribunales arbitrales, porque no se cumplía con el requisito de que fuera emitido por autoridad pública, ahora la Corte al analizar los presupuestos de admisibilidad examina la intención real del accionante y si estos buscan una nueva instancia con intención dilatoria o si por lo contrario su intención es realmente de vulneración de la norma constitucional.

Con relación a este último punto, las sentencias revisadas para este análisis, no tuvieron un resultado positivo en su acción, fueron declaradas no admisibles por las deficiencias de pruebas preconstituidas y porque los cargos iban dirigidos a convertir este proceso en una tercera instancia; con lo cual deja abierta la ventana para considerar la viabilidad del recurso siempre que se sustente la vulneración del derecho constitucional y no por el planteamiento si es emitido por funcionario o servidor público. Más adelante, cuando analicemos la Acción de Amparo veremos una sustentación mayor sobre el tema, por parte de la Corte.

---

<sup>665</sup> Mediante **Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 31 de enero de 2017** la Corte señaló que “...la insatisfacción de la accionante estriba en una decisión que profiere el Tribunal Arbitral, luego de haber valorado las piezas probatorias incorporadas en el proceso arbitral. Este elemento tiene un efecto fundamental en la viabilidad de la presente demanda, ya que entrar el Pleno a resolver la inconformidad del accionante, convertiría la acción de inconstitucionalidad en un medio de impugnación adicional dentro del proceso arbitral lo que desnaturaliza la razón de ser de esta iniciativa constitucional...” “...A juicio de esta Superioridad, lo que en el fondo pretende la accionante, es que el Pleno examine y corrija la interpretación y valoración del Tribunal Arbitral, en cuanto a la condena en concepto de daños y perjuicios por la terminación anticipada del contrato, que le perjudica, convirtiendo este negocio constitucional en una instancia adicional, lo cual es ajeno a la naturaleza de la demanda de inconstitucionalidad, que pretende defensa objetiva de la Carta Magna. Ahora bien, de lo planteado hasta aquí el Pleno puede señalar que la acción de inconstitucionalidad se deriva del contenido del artículo 206 numeral 1 de la Constitución Nacional, mismo que otorga a esta Corporación de Justicia la guarda de integridad de constitucionalidad, más no así buscando un examen de legalidad” .

<sup>666</sup> El artículo 32 de la Constitución Política de Panamá se refiere a la tutela jurídica efectiva.

<sup>667</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 21 de julio de 2004.

## 2. La Advertencia de la Inconstitucionalidad:

La Advertencia de la Inconstitucionalidad es la manifestación expresa del control concreto del control de la constitucionalidad y está regulada por los artículos 2557 y 2558 del Código Judicial.

La Advertencia de la Inconstitucionalidad de una norma jurídica procede cuando un servidor público encargado de impartir justicia advierta o le adviertan las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional; en esos casos, elevará consulta a la Corte Suprema de Justicia y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

Entiéndase que existe un proceso judicial y que una de las partes, ante la aplicación de una determinada norma jurídica, le advierte al tribunal de la causa que la misma es inconstitucional y este tiene la obligación de remitirla al Pleno de la Corte Suprema de Justicia quien conocerá y decidirá respecto a la misma.

Cuando la Corte declare la inconstitucionalidad del acto impugnado, comunicará la decisión mediante copia auténtica de la sentencia a la autoridad, corporación o funcionario que la hubiere dictado y a los funcionarios a quienes corresponda dar cumplimiento al fallo.

<sup>668</sup>

### (a) *La Advertencia de la Inconstitucionalidad y el Arbitraje*

La advertencia de la inconstitucionalidad ha sido utilizada en procesos relacionados con un arbitraje, de forma más directa, por tratarse del control concreto de la Constitucionalidad.

El accionante la promueve ante el propio juzgador, quien es un tribunal judicial de primera instancia quien conoce de las medidas cautelares previas al proceso arbitral, o bien, es el tribunal judicial donde alguna de las partes de un determinado contrato con acuerdo de arbitraje, presentó una demanda ordinaria y al avistar la existencia de un acuerdo arbitral el juez declina competencia al tribunal arbitral; o bien es el tribunal judicial durante el proceso de ejecución del laudo y en donde una de las partes ataca, a través de la Advertencia de Inconstitucionalidad, la aplicación de alguna de la norma de la Ley de Arbitraje.

El tribunal arbitral, a pesar de ejercer la administración de justicia no podría examinar una advertencia de inconstitucional, pues no existe como en otras legislaciones el denominado control difuso de la Constitución, que obliga a órganos revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad. Si se ataca directamente la norma aplicada por un tribunal arbitral, deberá presentarse la advertencia de inconstitucionalidad al Pleno de la Corte. Tal como lo dispone el artículo 2558 del Código Judicial <sup>669</sup>

<sup>668</sup> Ver Artículo 2570 del Código Judicial de la República de Panamá.

<sup>669</sup> Ver Artículo 2558 del Código Judicial de la República de Panamá.

Rescato tres (3) temas importantes en materia de arbitraje, que guardan relación con el análisis de Sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia respecto a Advertencias de Inconstitucionalidad:

**1° La norma invocada en una advertencia de inconstitucionalidad debe ser de derecho público.**

Al principio de la aplicación de la primera Ley de Arbitraje algunos practicantes utilizaron la vía de la advertencia de inconstitucionalidad para tratar de evitar la ejecución de un laudo, cuando había sido decidido un recurso de anulación contra el mismo laudo, argumentando que un artículo del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje era inconstitucional porque vulneraba su derecho a las instancias.

La Corte decidió que no puede invocarse so pretexto de vulneración de normas constitucionales una advertencia de inconstitucionalidad en contra de una determinada norma de un Reglamento de Arbitraje de un Centro o Institución Administradora de Arbitrajes o cualesquiera otra de derecho privado.<sup>670</sup>

**2° La Limitación de los Recursos contra decisiones de Incidentes dentro de un Proceso Arbitral no contraviene la tutela efectiva.**

La Corte ha señalado que la limitación de recursos contra decisiones de incidentes dentro del proceso arbitral no afecta el debido proceso contenido en el artículo 32 de la Constitución, pues la doble instancia "no está recogido en la Constitución, sino que es el legislador quien, en atención a la necesidad social de defensa contenida en las diversas circunstancias, es quien normatiza dicha necesidad, y le suple los instrumentos necesarios para satisfacerla".<sup>671</sup>

**3° La Declinación de Competencia por parte Juez de Primera Instancia no contraviene el artículo 202 de la Constitución**

Un tema que ha provocado posiciones encontradas entre algunos colegas es la aplicación del artículo 17 de la Ley de Arbitraje Nacional e Internacional actual. Este artículo, no es

---

<sup>670</sup> En la **Sentencia de 11 de julio de 2001**, la Corte Suprema de Justicia ante la Advertencia de Inconstitucionalidad del artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá señaló que: "el artículo impugnado pertenece al Reglamento de Arbitraje adoptado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá, que no es un ente de derecho público, sino de derecho privado que aglutina a miembros del sector empresarial industria y agrícola de nuestro país, por lo que dicho Reglamento no tiene categoría de un acto normativo (ley o reglamento) dictado por el estado, que son los que al tenor de lo dispuesto en los artículos 2559 del Código Judicial y 203, numeral 1° de la Constitución, pueden ser objeto de Control constitucional."

<sup>671</sup> **Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia** 11 de febrero de 2000, citada en la **Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 6 de enero de 2009**, a propósito de una Advertencia de Inconstitucionalidad.

una norma nueva, más bien fue mejor desarrollada en esta Ley, pues la primera Ley de Arbitraje contenida el mismo concepto del efecto procesal del acuerdo de arbitraje<sup>672</sup>, que consiste en la declinación de competencia por parte del tribunal judicial al tribunal arbitral, ante la existencia de un acuerdo de arbitraje en el contrato objeto de la demanda ordinaria. El denominado “*efecto negativo*” de pactar un acuerdo de arbitraje, que no es más aquel que obliga a las partes a no someter los litigios a la jurisdicción estatal: una obligación de no hacer. A su vez, este efecto negativo implica que la jurisdicción estatal no tiene jurisdicción y en consecuencia debe declinar su competencia.<sup>673</sup>

La decisión de declinar la competencia al tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente, por parte del juez de primera instancia fundamentada en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, fue objeto de advertencia de inconstitucionalidad, ya que a juicio del accionista vulnera el artículo 202 de nuestra Carta Magna, ya que a su criterio la norma demandada impone al tribunal judicial la obligación de declinar a favor de la jurisdicción arbitral pactada cualquier solicitud de falta de competencia por cualquiera de las partes dentro de un proceso que conozca, sin permitirle poder entrar a determinar si es competente o no para conocer de dicha controversia. A juicio de los activadores constitucionales, ambas jurisdicciones deben estar en la posibilidad y la capacidad de poder determinar si la causa llevada ante una u otra es o no de su competencia.

Dentro del proceso, participaron terceros interesados quienes alegaron en favor de la declinación de competencia inmediata por parte del tribunal judicial, señalando que no se vulnera la Carta Magna, ya que es precisamente dicha norma constitucional la fuente en la que sustenta el párrafo demandado.

La Corte concluyó que el arbitraje es un mecanismo establecido en la Constitución y en la Ley, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto delegan expresamente su solución a un tribunal arbitral, el cual se encuentra investido de la facultad de administrar justicia y emite una decisión a la cual se le denomina laudo arbitral y tiene los mismos efectos de una sentencia proferida por los tribunales ordinarios. Así las cosas, al existir un acto entre las partes, en el cual se conviene someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas con respecto a una determinada relación jurídica, el Pleno compartió los señalamientos del Procurador de la Administración en cuanto a que el efecto procesal, al señalar que no es más que el reconocimiento de la supremacía del principio de autonomía de la voluntad de las partes, que les permite sustraerse de la jurisdicción ordinaria de justicia y dirimir sus controversias a través de la institución del arbitraje, el cual está contenida en nuestra Carta Magna.

---

<sup>672</sup> Artículo 11 del Decreto Ley 5 de 1999.

<sup>673</sup> González Arrocha, Katherine y Sánchez Ortega, Liliana. *El Arbitraje comercial internacional en Panamá*. Marco Legal y Jurisprudencial. La Ley, 2012 p. 545.

Y, por lo tanto, estimó el Pleno, que la norma advertida (artículo 17 de la Ley 131 de 2013) no infringe el artículo 202 de la Constitución Nacional ni ninguna otra disposición constitucional<sup>674</sup>

## B. LA ACCIÓN DE AMPARO DE GARANTÍAS FUNDAMENTALES

El Amparo de Garantías Constitucionales está consagrado en el artículo 54 de nuestra Carta Magna. Procede contra órdenes de hacer o de no hacer expedidas por un servidor o funcionario público contra una persona que se le han violado los derechos o garantías que la propia Constitución consagra. Su efecto inmediato es la revocatoria de dicho “acto emanado de la voluntad arbitraria o la no ejecución de un acto del cual resulte disminuido con el goce de algún derecho que la Constitución reconoce y garantiza”<sup>675</sup>

El Código Judicial regula el Amparo, al igual que los demás procesos constitucionales, del artículo 2614 al 2632. Dispone entre sus normas, que esta acción de Amparo de Garantías Constitucionales puede interponerse contra toda clase de acto (orden de hacer o no hacer), que a la vista del accionante transgreda los derechos o garantías fundamentales que consagra la Constitución, cuando por la gravedad e inminencia del daño que representan requieren de una revocación inmediata.

También se establecen requisitos especiales, además de los requisitos comunes a todas las demandas: la mención expresa de la orden impugnada; el nombre del servidor público, funcionario, institución o corporación que la impartió; los hechos en que funda su pretensión; y las garantías fundamentales que se estimen infringidas y el concepto en que lo han sido.

El Amparo es de competencia de diversos tribunales según la autoridad que expidió el acto. Si se trata de autoridades con mando y jurisdicción en dos (2) o más provincias será la Corte Suprema la competente; si es solo en una provincia será el Tribunal Superior; y si son funcionarios con mando en un solo distrito serán los juzgados de circuito los competentes.

### 1. El Amparo y su relación con el Arbitraje

El Amparo de Garantías Fundamentales ha sido el proceso constitucional con mayor desarrollo jurisprudencial, a través de la historia del arbitraje en Panamá; siendo este desarrollo de carácter evolutivo. Lo anterior es entendible, tomando en consideración que no fue hasta el año 1999, cuando Panamá tuvo su primera Ley de Arbitraje y este método de resolución de controversias se desarrollaba muy incipientemente por practicantes locales, quienes, ante lo desconocido, desvirtuaban su objetivo. El instrumento

<sup>674</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 22 de octubre de 2015.

<sup>675</sup> Moscote, José Dolores. “El Derecho Constitucional Panameño”. Universidad de Panamá, 1960, p-595.

constitucional de preferencia de aquella época lo constituía el Amparo, ya como hemos mencionado uno de los efectos de su tramitación es de suspender la orden impartida por el funcionario público o autoridad.

Antes de 1999, el arbitraje era regulado por las normas del Código Judicial, por lo que era cónsono la intervención de la actuación judicial en todas las etapas que la Ley le permitiera procurando inclusive, decisiones de Amparos de Garantías donde categorizaban al árbitro y al tribunal arbitral en general como “servidores públicos.”<sup>676</sup>

Tras la aprobación de la primera Ley de Arbitraje<sup>677</sup>, la utilización de la acción de amparo contra decisiones del tribunal arbitral o de las Instituciones de Arbitraje, siguió la suerte de una medida dilatoria al proceso arbitral o su resultado. Esta práctica fue perdiendo vigencia a medida que los fallos de la Corte mantuvieron precedentes ligados a la poca efectividad de los amparos en un arbitraje.

A partir del año 2013, cuando se aprueba la nueva Ley de Arbitraje, se incluyeron conceptos tales como: el principio de mínima intervención judicial, el derecho a objetar, normas amplias sobre medidas cautelares y ejecución del laudo, así como establecer de forma contundente que el recurso de anulación es la vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo<sup>678</sup>. Aun con dichas normas, no ha sido suficiente para preservar la instancia arbitral<sup>679</sup>. Estas normas de la Ley redujeron la práctica de utilizar el Amparo como medida de revisión de aspectos relacionados con el procedimiento ante la disconformidad de alguna de las partes.

Analizaremos algunos precedentes jurisprudenciales en este sentido:

- (a) *Actos emanados de la Secretaría General o Dirección de un centro o institución de arbitraje*

Tal como hemos comentado, el Amparo de Garantías sólo se puede interponer contra actos u órdenes de hacer de un servidor público o autoridad; por lo que parece deducible que la Acción de Amparo no debe prosperar contra decisiones de la Secretaría o Dirección General de un Centro o Institución de Arbitraje, tomando en cuenta el carácter de ente privado de ésta.

<sup>676</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 8 de febrero de 1994, la Corte señaló que “Los árbitros son servidores públicos mientras se encuentren ejerciendo la función jurisdiccional que la ley le encomiende ...” No obstante, el criterio varió con el transcurso del tiempo.

<sup>677</sup> Decreto Ley 5 de 1999, Op cit.

<sup>678</sup> Artículo 66 de la Ley 131 de 2013, Op cit.

<sup>679</sup> ARRUE MONTENEGRO, Carlos. “Contexto y Política Jurídica detrás de la Ley de Arbitraje de Panamá”. *Revista de Mediación y Arbitraje Internacional*. ICMAR. p. 25



En general, la figura de la Secretaría de un Centro o Institución de Arbitraje es el brazo ejecutivo de la entidad, pues no sólo recibe las demandas de arbitraje, sino que realiza aquellas gestiones jurídicas dirigidas a la constitución del tribunal arbitral que conocerá de la controversia y pretensiones de las partes; por lo que no toma decisiones de fondo.

A pesar de ello, no ha sido extraño que una parte haya recurrido a una Acción de Amparo para ir contra decisiones tales como: continuación del proceso arbitral por rebeldía de una de las partes, designación de árbitros y constitución del tribunal arbitral, nota de costos y gastos del proceso arbitral, acumulación de procesos arbitrales simultáneos, entre otros.

En ese sentido, la Corte ha sido reiterativa en señalar que el mencionado dependiente no es un servidor público<sup>680</sup>, pues la Constitución excluye a tal persona de esa categoría.

Ha expresado nuestra máxima Corporación de Justicia, en estos casos, “no se está atacando la decisión de un Árbitro o Arbitrador, sino la del Secretario Ejecutivo de un Centro de Arbitraje, pero aun en este último caso tampoco sería aceptable la calidad de funcionario público de los mismos, porque la inclusión que de ellos que hace el Código Judicial en su artículo 3, es como de personas particulares que participan en las funciones jurisdiccionales. Por tanto, aunque ejerzan funciones jurisdiccionales, lo hacen en calidad de particulares y ello no significa que forman parte del Órgano Judicial, pues no son nombrados como integrantes de ese Órgano ni reciben remuneración del Estado.”<sup>681</sup>

En el año 2002, el Pleno de la Corte<sup>682</sup> mantiene el mismo criterio, el cual es reiterado en otras tres (3) sentencias de la Corte<sup>683</sup> en las cuales también expresó que este ente de los centros o instituciones de arbitraje es un particular, que aunque ejerciera funciones jurisdiccionales lo hace como ente de derecho privado, ya que sus funciones son

---

<sup>680</sup> Artículo 299 de la Constitución Política de la República de Panamá. “Los servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado. “

<sup>681</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 10 de julio de 1998

<sup>682</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 17 de julio de 2002, la Corte reiteró el criterio señalando que: con la admisibilidad de la iniciativa y el consecuente envío de la actuación a esta Corporación de Justicia, se pudo conocer en detalle las particularidades básicas del negocio. Entre ellas, que la orden censurada con el amparo no proviene de la Secretaria que conforma o constituye el tribunal arbitral que decidirá la causa, sino de la Secretaria General del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industrias de Panamá, que en general realiza funciones, si se quiere, administrativas, tendientes a la organización del tribunal arbitral.

<sup>683</sup> Sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 3 de abril de 2009, de 4 de diciembre de 2012 y 25 de abril de 2014.

puramente de naturaleza administrativa dentro del procesos arbitral, por tanto, no son susceptibles de ser atacadas mediante la acción de amparo de derechos fundamentales.

Otro elemento que se menciona en estas sentencias es que se debe tener presente que la acción de amparo sólo procede contra actos definitivos emanados de un funcionario que tenga categoría de servidor público, tal como lo establece expresamente el artículo 54 de la Constitución Nacional, y que a su vez es reproducido por los artículos 2615 y 2619 del Código Judicial.

La Ley de Arbitraje de 2013, hace eco al criterio vertido por la Corte en más de cinco (5) sentencias del Pleno, al contemplar entre sus normas, el hecho de que los funcionarios de las instituciones arbitrales no son servidores públicos.<sup>684</sup>

(b) *Actos emanados del Tribunal Arbitral*

Los actos y decisiones del tribunal arbitral han sido objetos de Acción de Amparo invocándose que se ha vulnerado al accionante el debido proceso<sup>685</sup> y con ello una violación a la norma constitucional.

Bajo la lupa de la llamada tutela judicial constitucional, el Pleno de la Corte ha entrado a examinar la viabilidad de la Acción de Amparo; y como ya hemos mencionado, ha pasado un proceso evolutivo positivo.

Entre los criterios de la Corte con relación a los amparos contra actos emanados del tribunal arbitral tenemos:

- i) Los árbitros no son funcionarios públicos

A medida que el arbitraje ha ido permeando en el foro local, el criterio de considerar a los árbitros como servidores públicos mientras se encuentren ejerciendo la función jurisdiccional que la ley le encomiende, varió hacia la tendencia opuesta y favorable en gran medida al arbitraje.

Mediante Sentencia de 10 de julio de 1998, el Pleno de la Corte Suprema manifestó que tampoco sería aceptable la calidad de funcionario público de los árbitros, porque la

<sup>684</sup> Artículo 20 de la Ley 131 de 2013.

<sup>685</sup> Hoyos, Arturo. *El Debido Proceso*. Editorial Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá, 1995, págs.89-90) menciona que “El debido proceso se viola alguno de dichos elementos de tal manera que se afecte la posibilidad de las personas de defender efectivamente sus derechos (ya sea por violación del derecho a ser oído; por falta de la debida notificación, ausencia de bilateralidad, o contradicción del derecho a aportar pruebas; de la posibilidad de hacer uso de medio de impugnación contra resoluciones judiciales; falta total de motivación de éstas; tramitación de procesos no regulados mediante ley; pretermisión de una instancia; seguirse un trámite distinto al previsto en la ley -proceso monitorio en vez de uno ordinario; ejecución de sentencia en vez de proceso ejecutivo; notificación por edicto cuando debe ser personal; sentencia arbitraria que, por ejemplo, desconoce la cosa juzgada material-) ante tribunal competente, la sanción correspondiente será la nulidad constitucional.”

inclusión que de ellos hace el Código Judicial en su artículo 3, es como de personas particulares que participan en las funciones jurisdiccionales; por tanto, aunque ejerzan dichas funciones, lo hacen en calidad de particulares y ello no significa que forman parte del Órgano Judicial, pues no son nombrados como integrantes de ese Órgano ni reciben remuneración del Estado. Lo aclara plenamente el segundo párrafo del artículo 3 del Código Judicial, donde se reconoce que la administración de justicia, en casos especiales, será ejercida, entre otros por arbitradores o árbitros, participando los mismos "en las funciones jurisdiccionales, sin que ello incluya a tales personas como parte del Órgano Judicial".

La Corte Suprema ha seguido la tendencia de la Doctrina Española, en observar que el laudo arbitral, como acto que no emana de ningún poder público y por tanto, sólo pueden examinarse en amparo vulneraciones de derechos y libertades fundamentales, cuando dichas vulneraciones hayan sido efectuadas durante el proceso judicial.<sup>686</sup>

Este criterio se ha mantenido en el tiempo, como requisito de procedibilidad, los árbitros no son funcionarios públicos por tanto no son admitidos amparos interpuestos en su contra. A pesar de ello, tal como ha ocurrido con las Acciones de Inconstitucionalidad sobre actos de autoridad, en algunas decisiones de la Corte se ha dejado ver una propuesta de admitir amparos aun cuando el peticionario no satisfaga requisitos formales para su admisibilidad, es decir, la acción emane contra un acto de un tribunal arbitral sin categoría de servidor público; lo cual deja abierta la posibilidad de que ante un acontecimiento de presupuesto evidente y excepcional como gravedad de los cargos expuestos por el actor, flagrante violación de garantías fundamentales, propósito de evitar la indefensión de la parte que alega el derecho y la necesidad de obtener una respuesta judicial expedita, inmediata y eficaz, bajo el efecto de flexibilizar cuando sea evidente y necesario.<sup>687</sup>

Bajo el paraguas de Convención de Derechos Humanos se ha obviado el requisito de procedibilidad, la Corte ha sido reiterativa en la decisión de no admitir amparos contra decisiones de tribunales arbitrales. Esta posición ha tenido sus defensores constitucionalistas; sin embargo, soy de la opinión que, bajo el pretexto de defensa de una garantía constitucional no se pueden vulnerar normas de procedibilidad ni otros derechos constitucionales, máxime que existe reconocimiento de la jurisdicción arbitral en la Constitución, y que la propia Ley de Arbitraje contempla el recurso de anulación del laudo como la única vía idónea para proteger derechos constitucionales.

- ii) El Amparo no es la vía idónea para invocar trasgresión al debido proceso

Otro de los criterios que han sido reiterados por la Corte, es el hecho de que el Amparo no es una vía idónea para invocar violación al debido proceso, ya que los reclamos por

<sup>686</sup> Cremades, Bernardo M. *El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española*, p. 218

<sup>687</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 13 de marzo de 2002.

actuaciones procedimentales defectuosas deben ser atendidas, a través del Recurso de Anulación del laudo.

Este criterio ha tenido una jurisprudencia contundente, al señalar la Corte que: “El pronunciamiento del Pleno no pretende desconocer que en los procesos arbitrales pueden suscitarse actuaciones que pudieran infringir el debido proceso; sin embargo, existen vías de impugnación propias, como es la acción de anulación de laudos, a la cual debe acudir la amparista con preferencia, y que a nuestro criterio, permite ejercitar reclamos por actuaciones procedimentales defectuosas, infractoras del debido proceso o de otros derechos fundamentales.”<sup>688</sup>

La Corte ha dado un espaldarazo a la jurisdicción arbitral, en lo relativo al resultado del proceso o laudo, en aquellas situaciones donde una de las partes invoca falta al debido proceso y violación de garantías constitucionales a través de una Acción de Amparo, al considerar que el control constitucional en materia arbitral debe tener un límite claro, ya que no es posible revisar decisiones arbitrales a través de la acción de amparo de garantías constitucionales, si la ley prevé un mecanismo de censura que brinda, precisamente, la respuesta jurisdiccional requerida por la accionante, cual es el recurso de anulación contemplado por la Ley.<sup>689</sup>

Jurisprudencia más reciente<sup>690</sup> en este sentido, en materia de Amparo contra Laudos o decisiones del tribunal arbitral, reitera el criterio y sigue la tendencia del Tribunal Constitucional Español<sup>691</sup> al señalar que en razón de la naturaleza especial que envuelve el arbitraje y la importancia de mantener incólumes los principios en los cuales se sustenta, el Pleno estima necesario indicar, que como medio eficaz de solución de conflictos, la institución del arbitraje no debe ser penetrada por acciones judiciales dilatorias, más allá de las previstas en su normativa reguladora y las que puedan promoverse en sede judicial de anulación. En ese sentido, existen vías de impugnación propias del proceso arbitral a las cuales debe acudir la amparista para ejercitar reclamos por actuaciones procedimentales defectuosas, infractoras del debido proceso o de otros derechos fundamentales.

iii) No puede presentarse un amparo como medida dilatoria.

Otro de los usos que se le ha pretendido dar a la Acción de Amparo, es como medida dilatoria a la ejecución de un Laudo, aun cuando la Sala Cuarta de la Corte

<sup>688</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 24 de agosto de 2010.

<sup>689</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 25 de abril de 2014,

<sup>690</sup> Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 30 de septiembre de 2015

<sup>691</sup> Tribunal Constitucional Español de 17 de enero de 2005, citando STC 176/1996, señaló que: “... sólo pueden examinarse en amparo vulneraciones de derechos y libertades fundamentales, cuando dichas vulneraciones hayan sido efectuadas durante el proceso judicial que haya desestimado la anulación del laudo. No cabe por lo tanto revisión del Laudo Arbitral en vía amparo, que queda excluido en sí mismo del proceso de amparo constitucional.”

Suprema de Justicia ya se ha pronunciado con relación al recurso de anulación y ha estimado que el laudo no es anulable conforme a la Ley. El recurrente se enviste de accionante e interpone un amparo argumentando causales ya invocadas en la anulación. En esos casos, la Corte ha considerado que "...como quiera que una de las Salas que compone esta Corporación de Justicia, ya se pronunció sobre la eficacia del laudo arbitral, tras acreditar que las partes habían pactado un Convenio Arbitral donde señalaban que las diferencias surgidas por el contrato serían resueltas en forma definitiva por un Tribunal Arbitral y que el Laudo sería inapelable y de obligatorio cumplimiento para las partes, resulta contradictorio que ahora la actora pretenda censurar ese acto con la utilización de esta vía constitucional, desconociendo la existencia de un convenio arbitral en que se acordaba el acatamiento de la decisión, examinado por la Sala Cuarta y que encontró plenamente válido. Esta simple comprobación demuestra la improcedencia de la iniciativa constitucional que ahora se examina."<sup>692</sup>

Ahora bien, somos de la opinión que aun cuando la jurisprudencia de la Corte ha mantenido un criterio bastante uniforme con relación al tratamiento de las Acciones de Amparo contra decisiones del tribunal arbitral, no podemos restar valor a la tendencia de admitir las Acciones de Amparo eximiendo de requisitos de procedibilidad como el carácter de servidor público de la autoridad que emite la orden, bajo la sombrilla de la aplicación de un Tratado o Convención. En este sentido, existe en Doctrina la corriente opuesta a dicha tendencia, que confirma que la Acción de Amparo, no es la vía idónea en contra de actuaciones arbitrales, no sólo por el hecho de que la Ley de Arbitraje establece como vía específica para proteger un derecho constitucional, al Recurso de Anulación, sino porque tramitar un Amparo contra la decisión del tribunal arbitral, riñe contra una norma constitucional sobre la cual descansa el arbitraje, el denominado "principio de autonomía de la voluntad". Esta norma de derecho constitucional tiene su lugar en el nivel supremo del mismo sistema y su peculiaridad consiste en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto.<sup>693</sup> Siendo esto así, debe prevalecer el acuerdo de voluntades de las partes, sobre la aplicación de las normas de un sistema al cual se sometieron voluntariamente y el recurso de anulación para el control constitucional.

### **III. ¿ENTORNO PRO-ARBITRAJE O INCERTIDUMBRE? ¿HACIA DÓNDE VAMOS?**

Los mejores foros de arbitraje internacional son considerados como tales, no sólo por disponer de una legislación que consagre normas, estándares y prácticas internacionales en materia de arbitraje, sino también por las actuaciones de los practicantes ante las Cortes Judiciales y el resultado alcanzado, a través de precedentes jurisprudenciales. En este sentido, la jurisprudencia arbitral de cualquier país consagra planteamientos de Estado al reconocimiento del arbitraje como forma de justicia privada.

<sup>692</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 13 de marzo de 2002.

<sup>693</sup> Alexy, Robert. "Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad", p. 1506

A lo largo de más de 20 años de práctica arbitral en Panamá, muchos han sido las altas y bajas de su historia jurisprudencial, generando situaciones incluso, de frustración al crecimiento exponencial que había ganado el arbitraje en tan sólo pocos meses, desde de la aprobación de su primera Ley. La declaración de inconstitucionalidad de una de las piezas más importantes del arbitraje, como la facultad del tribunal arbitral de decidir a cerca de su propia competencia, así como la norma relativa a la validez de los acuerdos arbitrales pactados contractualmente con el Estado, daban visos de un futuro inhóspito y poco prometedor.

Pese a lo anterior, en un esfuerzo Estado – Empresa Privada – Practicantes de Arbitraje se logró, en la última reforma a la Constitución Nacional, el reconocimiento de la jurisdicción arbitral como parte de la administración de justicia, la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su competencia y la validez del acuerdo de arbitraje pactado contractualmente con el Estado.

En el devenir cronológico (2004-2013), los precedentes de la Corte Suprema de Justicia han alcanzado un desarrollo importante, reafirmando cada vez más, el apoyo a la jurisdicción arbitral y estableciendo posturas contundentes.

A partir del año 2014, con la entrada en vigor de la actual Ley de Arbitraje Nacional e Internacional, se ha percibido en la comunidad arbitral un crecimiento no sólo en número, sino en comprensión de la naturaleza jurídica del arbitraje, de los efectos del acuerdo de arbitraje y de las prácticas internacionales adaptadas de manera localista, con precedentes jurisprudenciales importantes en materia de arbitraje.

En los últimos cinco (5) años, hemos observado un cierto sesgo minoritario en la escasa jurisprudencia de la Corte en materia de arbitraje, enfocada en el uso de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, para justificar el eximente del requisitos de procedibilidad del amparo, en referencia a la calificación de servidor público que debe ostentar la autoridad (los árbitros) contra la que se invoque el amparo de la norma; sin embargo, las decisiones recientes han sido tan contundentes, que aun cuando no comparto el fundamento para analizar la viabilidad del Amparo, han desalentado la incidencia de procesos constitucionales.

Las partes que pactan un arbitraje lo acuerdan haciendo uso de su derecho constitucional de la *autonomía de la voluntad*; ellas deciden voluntariamente resolver sus posibles controversias, a través de arbitraje bajo un único control: el recurso de anulación ante la Corte Suprema de Justicia. Cualquier otro mecanismo es *contra natura*.

Los anteriores planteamientos nos llevan a la respuesta del cuestionamiento inicial: ¿Hacia dónde vamos? Vamos hacia el convencimiento de la comunidad arbitral internacional de que Panamá es un foro atractivo como sede de arbitraje, con un potencial de crecimiento importante, con una Ley de arbitraje, bajo estándares internacionales uniformes, con precedentes jurisprudenciales constantes en pro del arbitraje.

**PARAGUAY**

**ARBITRAJE Y PROCESOS CONSTITUCIONALES: LA EXPERIENCIA  
PARAGUAYA**

*Rafael Llano Oddone*

*Victoria Rodríguez de Anda\**

## **I. INTRODUCCIÓN**

No es frecuente hablar del derecho arbitral y el constitucional al mismo tiempo. El arbitraje pertenece a la esfera del consentimiento de las partes, y de la resolución de disputas que afectan derechos materiales, mientras que el derecho constitucional regula la organización de los Estados, el orden público, y los derechos fundamentales de las personas. Pareciera que existe poco margen para la intersección entre el arbitraje y la Constitución. Y, sin embargo, el arbitraje entra en contacto con la Constitución constantemente, y viceversa. A los árbitros les toca resolver con frecuencia sobre cuestiones que afectan derechos fundamentales, y a los jueces les toca juzgar sobre el cumplimiento de normas fundamentales de debido proceso y sobre el respeto del orden público en los laudos arbitrales. En todos estos aspectos, la Constitución juega un rol vital, que informa tanto la conducta de los árbitros como el criterio de los jueces frente a los procesos de arbitraje. Dicho de otra manera, la Constitución no es ajena ni a la toma de decisiones de los árbitros ni al juzgamiento de las cortes, incluso en procesos donde están en juego puramente valores comerciales. De eso se trata este artículo.

Pero, más específicamente, este artículo trata de la experiencia paraguaya frente a esta intersección de valores patrimoniales y constitucionales. En ese sentido, es indudable que el tráfico en esa intersección está creciendo. El Paraguay ha modificado su legislación a fin de crear las condiciones necesarias para incorporar las políticas internacionales de desarrollo económico, y ha adoptado diversas convenciones internacionales en materia de arbitraje a fin de propiciar el uso de medios alternos de resolución de conflictos que ayuden a crear un ambiente sano de comercio y los medios para incentivar la inversión en el país. Asimismo, en las últimas décadas, el Paraguay ha creado la infraestructura legal necesaria para que la práctica del arbitraje pueda ser desarrollada.

Hay buena razón para esta tendencia en alza. El arbitraje proporciona un mecanismo efectivo y eficiente de resolución de controversias, consistente con la realidad vertiginosa del comercio internacional. Esta dinámica comercial global ha revolucionado la manera en la que deben resolverse las disputas transfronterizas, haciendo necesario el uso de mecanismos de resolución de conflictos que creen las condiciones adecuadas para que las disputas comerciales puedan ser resueltas de la manera más favorable y eficiente para las partes, particularmente en emprendimientos complejos de alta inversión y sensibilidad. En

simples términos, la continuidad de los negocios requiere de resoluciones prontas, precisas y fácilmente ejecutables a nivel internacional.

Sin embargo, es todavía relativamente escasa la jurisprudencia en materia de arbitraje en el Paraguay, a pesar de que éste fue uno de los primeros países de Sudamérica en incorporar el arbitraje comercial en su legislación nacional. En general, la jurisprudencia que existe presenta ciertos criterios dispares, particularmente en materia de conflictos entre la jurisdicción arbitral y la judicial.

Con la jurisprudencia disponible, buscaremos esbozar en este capítulo la experiencia paraguaya en casos de arbitraje donde intervienen aspectos constitucionales. Estos aspectos se agrupan principalmente en tres tipos de asuntos: (i) procesos arbitrales en los que se tienen que determinar cuestiones que pueden afectar derechos constitucionales; (ii) procesos judiciales en los que se deben determinar cuestiones de arbitrabilidad; y (iii) procesos judiciales en los que se tiene que juzgar la validez del laudo a la luz de las normas constitucionales sobre debido proceso u orden público. En cada una de estas vertientes interviene la Constitución, aun cuando no se la mencione en los laudos arbitrales o sentencias judiciales. La Constitución es la espina dorsal invisible de estas determinaciones.

## II. RÉGIMEN APLICABLE

Antes de abordar los mencionados puntos de contacto entre el arbitraje y la Constitución en el derecho paraguayo, conviene resumir brevemente el régimen legal aplicable al arbitraje en dicha jurisdicción.

El Artículo 248 de la Constitución paraguaya, referente a la independencia del Poder Judicial, establece que la competencia de éste es “sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas”.<sup>694</sup> En otras palabras, el arbitraje tiene reconocimiento constitucional.

En tal sentido, la Constitución enfatiza en su propio preámbulo que el Paraguay se encuentra “integrado a la comunidad internacional”, y estipula, más adelante, que acepta el derecho internacional y se ajusta a los principios de “solidaridad y cooperación internacional”.<sup>695</sup> Mientras tanto, la Constitución también reconoce los tratados internacionales válidamente celebrados y ratificados por el Congreso como parte del ordenamiento legal interno.<sup>696</sup> Sin embargo, la Constitución también plantea un orden jerárquico de las leyes, señalando que la Constitución es la ley suprema de la República, y “ésta, junto con los tratados, convenios y acuerdos internacionales, las leyes dictadas por el

---

<sup>694</sup> *Ídem*, Artículo 248.

<sup>695</sup> Constitución Nacional de 1992, Artículo 143.

<sup>696</sup> *Ídem*, Artículo 141.



Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.<sup>697</sup>

En este contexto, el Paraguay ha ratificado diversos convenios y tratados internacionales en materia de arbitraje. Específicamente, el Paraguay ratificó en 1996 la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”),<sup>698</sup> la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Convención de Panamá”).<sup>699</sup> El Paraguay hizo lo mismo respecto de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, del año 1979.<sup>700</sup> Asimismo, el Paraguay es parte del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, que regula el arbitraje comercial internacional en el ámbito espacial de los países que integran dicho mercado común.<sup>701</sup>

Además, el Paraguay ha promulgado la Ley de Arbitraje y Mediación (Ley 1879 de 2002), que adoptó casi en su integridad las disposiciones de la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Esta ley establece el régimen sobre arbitraje nacional e internacional, previendo las materias susceptibles de ser resueltas a través del arbitraje, y regulando el compromiso arbitral, su forma, la autonomía de la cláusula arbitral, la constitución del tribunal arbitral, así como su competencia y facultades, y la designación, recusación y retribución de los árbitros, las medidas cautelares, el procedimiento arbitral, el laudo y su revisión, entre otras cuestiones.

Cabe destacar que, bajo la Ley 1879, el único recurso disponible en contra de laudos arbitrales es el de nulidad, respetando justamente la normativa de la Ley Modelo de la CNUDMI. Específicamente, el Artículo 40 de la citada Ley establece que, “[c]ontra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial con competencia territorial sobre el lugar donde se hubiera dictado el laudo, mediante el recurso de nulidad...”. Las causales de nulidad son limitadas y se refieren principalmente a temas de debido proceso y orden público.<sup>702</sup> En este sentido, existe jurisprudencia que

<sup>697</sup> *Ídem*, Artículo 137.

<sup>698</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), ratificado por la Ley No. 948 de 1996.

<sup>699</sup> Ratificada por la Ley No. 611 de 1976 que Aprueba y Ratifica la Convención Interamericana sobre Arbitraje y Comercio Internacional.

<sup>700</sup> Ratificada por la Ley No. 889 de 1981 que Aprueba y Ratifica la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.

<sup>701</sup> Ratificado por la Ley No. 3303 de 2007 que Aprueba el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR.

<sup>702</sup> Ley No. 1879 de 2002, Artículo 40 (agregando lo siguiente: “Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe que:

establece que un supuesto error en el razonamiento de fondo del tribunal arbitral no constituye una base para declarar la nulidad de un laudo arbitral.<sup>703</sup>

Por su parte, el Artículo 42, *in fine*, de la Ley 1879 establece que, “[c]ontra las resoluciones de trámite o de fondo, que emita el tribunal en la substanciación del recurso de nulidad, no cabe recurso alguno”. Esto significa que, al menos en los procesos de nulidad, no existe un recurso (como sería, por ejemplo, el amparo en otras jurisdicciones de la región) que permita a la Corte Suprema de Justicia expedirse sobre aspectos constitucionales relacionados con el proceso arbitral.<sup>704</sup> Sin embargo, como se verá más adelante, la Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre temas arbitrales en ciertos casos que llegaron al Poder Judicial por vía ordinaria.

---

1. Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación paraguaya;

2. No ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

3. El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

4. La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o,

b) El tribunal compruebe que, según la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional o del Estado paraguayo”.)

<sup>703</sup> Ver Sentencia del Tribunal de Apelación de lo Civil y Comercial de fecha 28 de diciembre de 2010 dentro del juicio Recurso de Nulidad contra el Laudo Arbitral en los autos: *Barrail Hnos. S.A. de Construcciones c. La Química Farmacéutica S.A. sobre cumplimiento de contrato*. En este caso, la parte recurrente pidió la nulidad del laudo por considerarlo arbitrario, afirmando que el tribunal arbitral prescindió de pruebas decisivas para la solución, habiendo adoptado un enfoque distorsionado respecto del planteamiento formulado en la demanda. El Tribunal de Apelación decidió que no se observó que el razonamiento jurídico seguido por el Tribunal Arbitral se hubiera extraviado o resultara contrario a derecho, y que no se observó una arbitrariedad en las conclusiones y mucho menos falta de logicidad y que, en cualquier caso, el desacierto en cuanto al criterio que la recurrente atribuía al tribunal arbitral no era suficiente para declarar la nulidad de la resolución. Lo anterior, ya que no suponía una violación al debido proceso o los supuestos contemplados en ley, sino que suponía un estudio de fondo del caso.

<sup>704</sup> La Constitución sí prevé la acción de amparo, disponiendo en la parte relevante de su Artículo 134 que “[t]oda persona que, por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. el procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley”. Sin embargo, el mismo artículo agrega que “[e]l Amparo no podrá promoverse en la tramitación de causas judiciales, ni contra actos de órganos judiciales...”. Asimismo, el Código Procesal Civil paraguayo establece en su Artículo 565(a) que la acción de amparo no procederá “contra resoluciones o sentencias dictadas por jueces o tribunales”.

Por otra parte, el arbitraje también se encuentra reconocido en diversas disposiciones de otras leyes paraguayas, como lo son la Ley No. 779 de 1995 que regula los hidrocarburos,<sup>705</sup> la Ley No. 921 de 1996 que regula la materia fiduciaria,<sup>706</sup> y la Ley No. 1163 de 1997 que regula la bolsa de valores,<sup>707</sup> y la Ley 194 de 1993 sobre las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.<sup>708</sup> De manera similar, la Ley No. 1618 de 2000, de Concesiones de Obras y Servicios Públicos y la Ley No. 2051 de 2003 de Contrataciones Públicas contempla el arbitraje en casos de contratación pública.<sup>709</sup>

### III. PUNTOS DE CONTACTO ENTRE EL ARBITRAJE Y LA CONSTITUCIÓN

#### A. CAPACIDAD DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES DE RESOLVER SOBRE CUESTIONES CONSTITUCIONALES

La Constitución paraguaya dispone que “[e]l Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir”.<sup>710</sup> Es decir, el Poder Judicial tiene la facultad de ejercer el control de constitucionalidad. Sin embargo, la Constitución no contiene una previsión expresa respecto de la potestad de los árbitros para aplicar normas o principios constitucionales en sus laudos, o de aplicar la jurisprudencia de los tribunales en materia constitucional, realizar cualquier tipo de control constitucional, o plantear cuestiones de constitucionalidad ante los tribunales nacionales.

No obstante, la legislación paraguaya otorga al arbitraje el mismo tipo de protección constitucional que la tutela judicial, pues tiene como objeto la misma finalidad: resolver las

<sup>705</sup> Ley No. 779 de 1995 que Modifica la Ley No. 675 de Hidrocarburos de la República del Paraguay, Artículo 5.

<sup>706</sup> Ley No. 921 de 1996 de Negocios Fiduciarios, Artículo 44.

<sup>707</sup> Ley No. 1163 de 1997 que Regula el Establecimiento de Bolsas de Productos, Artículo 22.

<sup>708</sup> Ley No. 194 de 1993 que Aprueba con Modificaciones el Decreto Ley No. 7 de 27 de marzo de 1991, por el que se establece el Régimen Legal de las Relaciones Contractuales entre Fabricantes y Firmas del Exterior y Personas Físicas o Jurídicas domiciliadas en el Paraguay, Artículo 10.

<sup>709</sup> *Ver* Ley No. 1618 de Concesiones de Obras y Servicios Públicos, Artículo 45 (“Se someterá necesariamente a un proceso de conciliación toda controversia o reclamo que se produzca con motivo de la interpretación, aplicación o ejecución del contrato de concesión y los casos que por las disposiciones de la ley o del contrato requieran de tal procedimiento.... Procederá el arbitraje sólo para el caso de no legarse a un acuerdo conciliatorio”); *ver también* Ley No. 1051 de 2003 de Contrataciones Públicas (“Las controversias suscitadas con motivo de la interpretación, aplicación o validez de los contratos celebrados con arreglo de esta ley, podrán ser resueltas por arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación; a tal efecto, en cada caso particular deberá determinarse previamente la arbitrabilidad de la materia y la capacidad de las partes para someterse al arbitraje, debiendo constar el compromiso en una cláusula compromisoria inserta en el contrato o en un convenio independiente. Asumido el compromiso de una u otra forma, será obligatorio para las partes).

<sup>710</sup> Constitución Nacional de 1992, Artículo 247.

controversias de los particulares sujetos al imperio de la ley y el ordenamiento jurídico paraguayo. Esto lleva a considerar que los árbitros se encuentran, en principio, facultados a aplicar las fuentes aplicables del derecho a las disputas que les toquen resolver, incluyendo normas, protecciones y jurisprudencia constitucional, siempre y cuando la materia de la controversia sea arbitrable (aspecto que se aborda en la siguiente Sección).<sup>711</sup>

Al respecto, en Paraguay existe un control de constitucionalidad concentrado en la Corte Suprema de Justicia (y su Sala Constitucional) para declarar la inconstitucionalidad de normas generales y sentencias judiciales.<sup>712</sup> Asimismo, se puede oponer la excepción de inconstitucionalidad en cualquier instancia, en cuyo caso, los autos son elevados a la Corte Suprema para la decisión sobre la excepción.<sup>713</sup> Sin embargo, el resto de las autoridades nacionales se encuentran obligadas a interpretar los preceptos legales referentes a derechos humanos de la manera más extensiva para los particulares – de conformidad con el principio *pro persona* – pero sin poder declarar la invalidez de una norma o inaplicarla en un caso concreto.<sup>714</sup> Este último principio es aplicable también a los árbitros; éstos pueden aplicar normas constitucionales, pero no inaplicarlas.

## B. APLICACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE ARBITRABILIDAD

Si bien la Constitución consagra la figura del arbitraje, y los árbitros en efecto ejercen una función jurisdiccional, esa jurisdicción no es co-extensiva con la de los jueces. En concreto, la arbitrabilidad se refiere al carácter limitado de la jurisdicción arbitral en cuanto al objeto de la controversia; es decir, la materia de la disputa debe ser susceptible de ser arbitrada.<sup>715</sup> Este concepto supone una frontera que divide la autonomía de la voluntad de las partes y la imperativa e irrenunciable jurisdicción del Estado en ciertas cuestiones.<sup>716</sup>

<sup>711</sup> Ver Lezcano Claude, Luis “El Control de Constitucionalidad en el Paraguay”, 2000 (“en cuanto a las decisiones arbitrales, pensamos que, a los efectos de determinar el alcance de una eventual declaración de inconstitucionalidad de las mismas, deben ser equiparados a los actos jurisdiccionales”), disponible en: <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/05/28/el-control-de-constitucionalidad-en-el-paraguay/#:~:text=Tipo%20de%20control%20adoptado%20en,Constituci%C3%B3n%20y%20en%20la%20ley>.

<sup>712</sup> Lezcano Claude, Luis “El Control de Constitucionalidad en el Paraguay”, 2000, disponible en: <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/05/28/el-control-de-constitucionalidad-en-el-paraguay/#:~:text=Tipo%20de%20control%20adoptado%20en,Constituci%C3%B3n%20y%20en%20la%20ley>

<sup>713</sup> *Ídem.*

<sup>714</sup> Almirón Prijel, Elodia “El Principio ‘Pro Persona’ como eje rector interpretativo en materia de derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Universidad Americana*, disponible en: file:///H:/Synced%20Folders/Downloads/165-Texto%20del%20art%C3%ADculo-483-1-10-20190609.pdf

<sup>715</sup> Caivano, Roque J. “Arbitrabilidad y Orden Público” *Foro Jurídico*, disponible en: file:///H:/Synced%20Folders/Downloads/13801-Texto%20del%20art%C3%ADculo-54954-1-10-20150831.pdf

<sup>716</sup> *Ídem.*

Como mencionamos en líneas anteriores, la Constitución paraguaya reserva la aplicación del arbitraje a temas de derecho privado.<sup>717</sup> Además, como en la mayoría de las jurisdicciones, la legislación paraguaya prevé limitantes a los temas que pueden ser resueltos por medio del arbitraje. En particular, el Artículo 2 de la Ley 1879, que regula el objeto del arbitraje, dispone que “toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público”.<sup>718</sup> Dicho artículo establece también que, “el Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado”.<sup>719</sup> Incluso, una de las causales de nulidad del laudo arbitral es que se compruebe que, bajo la ley paraguaya, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.<sup>720</sup>

En la cuestión de arbitrabilidad, es relevante el caso de *Ministerio de Agricultura y Ganadería y Procuraduría General de la República c. Grupantor Cercampo S.A.*, del año 2009. Este caso versó sobre un contrato de suministro de maquinarias y servicios para la implementación de un programa de desarrollo del sector lácteo y agropecuario del Paraguay, conforme a un proyecto de cooperación con España, aprobado por la Ley No. 1520 de 1999. Se produjo una disputa entre las partes, la cual, conforme al contrato, fue resuelta por un tribunal arbitral, con sede en París, según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.<sup>721</sup> El Ministerio de Agricultura planteó entonces ante las cortes paraguayas una acción ordinaria en la que solicitó la declaración de nulidad del laudo y de la cláusula arbitral. (Nótese que no se trató de un recurso de nulidad común, el cual debería haberse presentado ante el Tribunal de Apelación competente, ya que la sede del arbitraje había sido París, Francia).

En su acción, el Ministerio de Agricultura alegó que la controversia no debió ser dirimida por un tribunal arbitral, dado que el contrato en cuestión exigía que toda controversia derivada del mismo debía ser resuelta primeramente por negociación entre las

<sup>717</sup> Constitución Nacional de 1992, Artículo 248.

<sup>718</sup> Ley No. 1879 de Arbitraje y Mediación, Artículo 2.

<sup>719</sup> *Ídem. Ver también* Constitución Nacional de 1992, Artículo 268 (que establece dentro de los deberes y atribuciones del Ministerio Público el “promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas”; Artículo 38 (La constitución también define los intereses difusos como “la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”).

<sup>720</sup> Ley No. 1879 de Arbitraje y Mediación, Artículo 40.

<sup>721</sup> Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de fecha 4 de febrero de 2009, en el juicio *Ministerio de Agricultura y Ganadería y Procuraduría General de la República c. Grupantor Cercampo S.A. sobre Nulidad de Cláusula Contractual y Laudo Arbitral*.

partes, lo cual, según el Ministerio no se había cumplido. Además, señaló que el Estado paraguayo no pudo ejercer su defensa, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 246 de la Constitución, al tratarse de un procedimiento extrajudicial en el que se encontraba involucrado el patrimonio del Estado paraguayo, por lo que la demandante debió negociar primero con el Procurador General de la República.<sup>722</sup> Es decir, según el Ministerio, éste carecía de personería.<sup>723</sup>

Ante ello, Grupanor planteó una excepción de incompetencia, arguyendo que cualquier recurso debió haberse interpuesto en su momento en la sede del arbitraje, cosa que no se hizo. Además, puntualizó que el Paraguay se había sometido voluntariamente al arbitraje, lo que fue confirmado incluso por una ley. Por lo demás, señaló que el Procurador General de la República había participado del proceso arbitral en París y allí no se planteó recurso alguno contra el laudo.<sup>724</sup>

El Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial desestimó la excepción de incompetencia.<sup>725</sup> Este fallo fue a su vez revocado en segunda instancia, dejando así incólume el laudo arbitral. Notablemente, entre sus considerandos, el Tribunal de Apelación se internó en un análisis de la arbitrabilidad de la materia que era objeto de la controversia arbitral. Al respecto, el fallo de segunda instancia estableció que, en lo referente a la interpretación y ejecución del contrato de suministro, regía el derecho privado, por ser materia propia de dicho ordenamiento. El Tribunal asimismo consideró y rechazó el concepto de que la controversia pudiera ser inarbitrable por el solo hecho de que estaba en juego el patrimonio del Estado. En cambio, el Tribunal consideró aplicable el Artículo 248 de la Constitución que faculta al Estado a someterse a arbitrajes siempre y cuando caigan dentro del ámbito privado.<sup>726</sup>

### C. APLICACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE DEBIDO PROCESO Y ORDEN PÚBLICO

La Constitución paraguaya, como un gran número de jurisdicciones, contempla una serie de derechos procesales como lo son el derecho a la libertad y seguridad jurídica de las personas, la defensa en juicio, la irretroactividad de la ley, la prohibición de hacerse justicia por sí mismo, entre otros.<sup>727</sup> Como se ha señalado anteriormente, las normas constitucionales de debido proceso y orden público no son ajenas al arbitraje, y constituyen estándares de actuación para los árbitros y las partes. Asimismo, representan para el Poder Judicial, un estándar de revisión al momento de determinar la validez de convenios

---

<sup>722</sup> *Ídem.*

<sup>723</sup> *Ídem.*

<sup>724</sup> *Ídem.*

<sup>725</sup> *Ídem.*

<sup>726</sup> *Ídem.*

<sup>727</sup> Constitución Nacional de 1992, Artículos 9, 13, 14, 15, 16.

arbitrales o la validez de los laudos. En esta Sección, analizaremos distintos fallos del Poder Judicial en los que se ha realizado un análisis de la competencia de los tribunales arbitrales, supuestas violaciones a derechos procesales o la determinación del orden público, en los cuales ha existido un pronunciamiento respecto de algunas de estas normas constitucionales.

## 1. Competencia de los tribunales arbitrales

El mencionado Artículo 248 de la Constitución paraguaya establece que “[s]ólo éste [el Poder Judicial] puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso” y luego agrega en otro párrafo la frase citada más arriba, que consagra la figura del arbitraje: “Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas”. En otras palabras, la jurisdicción del Poder Judicial convive (en las materias susceptibles de ser arbitradas) con la jurisdicción arbitral. En general, esta convivencia es pacífica, pero de tanto en tanto se producen conflictos entre ambas.

Cabe señalar que la competencia del tribunal arbitral se encuentra regulada por el Artículo 11 de la Ley 1879, que faculta al juez “para entender acerca de la existencia de un convenio arbitral, sin que ello signifique menoscabo alguno al principio de *kompetenz-kompetenz*”.<sup>728</sup> Por su parte, el Artículo 19 de la misma ley establece que el tribunal arbitral podrá proseguir con sus actuaciones, pero no podrá dictar un laudo en caso de que se presente ante un juez la excepción de incompetencia del tribunal arbitral hasta que ésta sea resuelta por el juez.<sup>729</sup>

<sup>728</sup> Ley No. 1879 de 2002 de Arbitraje y Mediación, Artículo 11 (“Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un juez. El juez al cual se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquier de ellas, a más tardar, al presentarse el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”).

<sup>729</sup> Ley No. 1879 de 2002 de Arbitraje y Mediación, Artículo 19 (“Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda. 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. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar al juez que resuelva la cuestión, el cual deberá hacerlo en el plazo de siete días, siendo la resolución inapelable. Mientras

En este sentido, para Filártiga Cantero, el principio de *kompetenz-kompetenz* “no es otra cosa sino la capacidad que posee el tribunal arbitral, derivada de la propia legislación e instrumentada en la cláusula compromisoria, para decidir sobre su competencia”.<sup>730</sup> Continúa explicando que “esta capacidad no es exclusiva del tribunal arbitral, pero sí es anterior a la justicia ordinaria. Es decir, lo que establece el principio es una prioridad temporal a favor del tribunal arbitral para expedirse sobre cuestiones de competencia. Esta decisión, no obstante, puede ser revisada por la justicia ordinaria. La cuestión fundamental, radica pues, en observar en qué momento y bajo qué parámetros debería revisarse la decisión arbitral por parte de la justicia ordinaria”.<sup>731</sup> A continuación, se repasará una serie de casos disponibles de la jurisprudencia paraguaya sobre este punto de intersección.

(a) *Caso EDUCPA*

El caso *EDUCPA c. Rosario del Pilar López* versaba sobre un contrato de franquicia que contenía una cláusula compromisoria que refería primero: “El juez al cual se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá las partes al arbitraje si lo solicita cualquier de ellas” y después disponía que “[p]ara los efectos emergentes del presente contrato las partes se someten a la jurisdicción y competencia de los juzgados y tribunales de la ciudad de Asunción... con exclusión de cualquier otra jurisdicción”. Es decir, la cláusula recogía parcialmente el texto del Artículo 11 de la Ley 1879, pero luego también hacía referencia a “la jurisdicción y competencia de los juzgados y tribunales de la ciudad de Asunción”.<sup>732</sup>

Cuando se produjo la disputa en cuestión, la misma fue promovida ante el Poder Judicial y no ante un tribunal arbitral, lo que causó que el juez de primera instancia, y después el Tribunal de Apelación, se encontraran facultados para decidir sobre la eficacia de la cláusula arbitral en virtud del mencionado Artículo 11 de la Ley 1879.<sup>733</sup>

En particular, el Juzgado de Primera Instancia admitió la demanda judicial de EDUCPA. La demandada, Rosario del Pilar López Flores, en su primer escrito, interpuso un recurso de nulidad, y planteó una excepción de convenio arbitral, citando la cláusula de

esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones, pero no podrá dictar un laudo”).

<sup>730</sup> Filártiga Cantero, Iván, “El Principio ‘*Competence-Competence*’; Análisis Comparativo y su Tratamiento en la Legislación de Arbitraje Paraguaya”, pág. 4, disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Ivan-Filartiga-Cantero-Principio-Competence-Competence.pdf>.

<sup>731</sup> *Ídem*.

<sup>732</sup> Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de fecha 07 de abril de 2014 en el juicio *EDUPCA c. Rosario del Pilar Lopez sobre Indemnización de Daños y Perjuicios*.

<sup>733</sup> Filártiga Cantero, Iván, “El Principio ‘*Competence-Competence*’; Análisis Comparativo y su Tratamiento en la Legislación de Arbitraje Paraguaya”, pág. 4, disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Ivan-Filartiga-Cantero-Principio-Competence-Competence.pdf>.



resolución de controversias y argumentando la existencia de una remisión al arbitraje. Según la demandada, el Juzgado debió remitir el caso automáticamente al arbitraje sin poder decidir sobre su nulidad y eficacia. En respuesta, la demandante alegó que la cláusula en cuestión aludía indudablemente a la competencia del Poder Judicial, y en específico, los juzgados y tribunales de la ciudad de Asunción.<sup>734</sup>

Al respecto, el Tribunal de Apelación concluyó que el principio de *kompetenz-kompetenz* “se limita a atribuir competencia al órgano arbitral, a fin de decidir sobre su propia competencia –inclusive la de decidir también sobre la validez de la propia cláusula arbitral-, cuando las partes han llevado su conflicto directamente ante él; pero ello sin perjuicio de que si se plantea el asunto en el ámbito judicial, el juzgado al cual se acude pueda decidir también, en primera línea, la existencia y validez del pacto arbitral...”<sup>735</sup>

Asimismo, el Tribunal señaló que el Artículo 11 de la Ley 1879 “determina la obligación del juez de remitir a arbitraje todo asunto que sea objeto de un acuerdo arbitral, pero establece asimismo una excepción a dicha regla: que el acuerdo sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.<sup>736</sup> Al respecto, continuó señalando que “*prima facie*, este artículo determina una esfera de acción del juez para entender en ciertos aspectos relativos al acuerdo arbitral, antes de realizar la remisión al arbitraje; es decir, el artículo parece indicar que la revisión acerca de la validez de la cláusula arbitral se halla dentro de la competencia del juez de la jurisdicción ordinaria, sin que ello signifique una indebida intervención judicial”.<sup>737</sup> Finalmente, el Tribunal consideró que el juez está facultado para analizar si se cumplen o no las condiciones establecidas para la remisión del caso al arbitraje, o bien si el mismo debe entender en la contienda, en caso de existir un acuerdo nulo, ineficaz o de ejecución imposible.<sup>738</sup> Por lo anterior, el Tribunal considero que existía la facultad de examinar la validez y eficacia del acuerdo arbitral y consideró que, en virtud de la ambigüedad del convenio arbitral, existían razones suficientes para determinar que no se daban los presupuestos legales para remitir la demanda al Tribunal Arbitral.<sup>739</sup>

Así, en simples términos, el Tribunal de Apelación, frente a una interpretación dudosa de una cláusula de resolución de controversias, optó por la interpretación menos favorable al arbitraje, y a su vez más favorable a la jurisdicción judicial. En opinión de

<sup>734</sup> Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de fecha 07 de abril de 2014 en el juicio *EDUPCA c. Rosario del Pilar Lopez sobre Indemnización de Daños y Perjuicios*.

<sup>735</sup> Pereira Fleury, Raúl, “Estándar de Revisión de Cláusulas Arbitrales la Experiencia Paraguaya”, 23 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Raul-Pereira-Estandar-revision-clausulas-arbitrales.pdf>.

<sup>736</sup> Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Tercera Sala de fecha 07 de abril de 2014 en el juicio *EDUPCA c. Rosario del Pilar Lopez sobre Indemnización de Daños y Perjuicios* (énfasis añadido).

<sup>737</sup> *Ídem*.

<sup>738</sup> *Ídem*.

<sup>739</sup> *Ídem*.

Pereira, dicho criterio crea “la posibilidad de que una parte, no contenta con una cláusula arbitral válida pactada libremente, acuda directamente al órgano judicial desde el momento en que sepa que su conflicto ya no podrá ser resuelto de forma directa con su contraparte y antes de que se inicie un arbitraje, puesto que ‘si se plantea el asunto en el ámbito judicial, el juzgado al cual se acude puede decidir también, en primera línea, la existencia y validez del pacto arbitral’”.<sup>740</sup>

(b) *Caso INDUMAR*

Otro caso en el que las cortes paraguayas resolvieron acerca de la competencia del tribunal arbitral fue el de *INDUMAR S.A. c. Compañía Cervecera Brahma del Paraguay*. La disputa surgió en torno a un contrato de concesión en el que la Compañía Cervecera Brahma concedió a la firma MARPAR S.A. autorización para comercializar sus productos. Posteriormente, MARPAR cedió a favor de INDUMAR los derechos y obligaciones derivados del contrato de concesión. Como consecuencia, INDUMAR, quedaba obligada a las disposiciones contenidas en el contrato de concesión, el cual contenía una cláusula que indicaba que “en el supuesto de existir cualquier controversia relacionada directa o indirectamente con la interpretación, implementación o ejecución del contrato de concesión, la misma sería resuelta en primer lugar en forma amigable, con base en principios de buena fe in contrahendo y ejecutado y de acuerdo al espíritu y real intención de las partes en la celebración del mismo”.<sup>741</sup> La cláusula continuaba estableciendo que, “en caso de no llegar a un acuerdo amistoso... la controversia se sometería a consideración y resolución de un árbitro a ser designado de común acuerdo, fijándose todo un procedimiento a seguir como ser: notificación de la decisión de someter la cuestión a arbitraje; determinación de las empresas candidatas a ejercer la función arbitral; plazos a dictar laudo arbitral, costas arbitrales, etc.”.<sup>742</sup>

Ninguna de las partes cuestionó la validez del contrato ni la validez de la cláusula arbitral, sino que INDUMAR cuestionó la aplicabilidad de dicha cláusula una vez rescindido el contrato de concesión.<sup>743</sup> En tal sentido, se debatió si la cláusula arbitral, por su propia naturaleza de pacto o acuerdo accesorio al contrato de concesión, seguía la suerte del mismo, es decir, si la rescisión unilateral del contrato cancelaba necesariamente la cláusula arbitral.<sup>744</sup>

<sup>740</sup> Pereira Fleury, Raúl, “Estándar de Revisión de Cláusulas Arbitrales la Experiencia Paraguaya”, 23 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Raul-Pereira-Estandar-revision-clausulas-arbitrales.pdf>

<sup>741</sup> *Indumar S.A. c. Compañía Cervecera Brahma del Paraguay sobre Indemnización y Perjuicios*. Tribunal de Apelación de lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala del 29 de junio de 2004.

<sup>742</sup> *Ídem*.

<sup>743</sup> *Ídem*.

<sup>744</sup> *Ídem*.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial resolvió en sentencia de fecha 29 de junio de 2004, “[d]eclarar la validez del contrato de concesión suscrito entre las partes; hacer lugar, como de previo y especial pronunciamiento a la excepción del convenio arbitral planteada por el representante legal de la empresa Compañía Cervecera Brahma del Paraguay Sociedad Anónima y remitir a las partes al proceso arbitral para la resolución de las controversias expuestas en este caso, conforme con lo dispuesto por la cláusula décimo cuarta del contrato de concesión suscrito entre ambas partes”.<sup>745</sup>

En apelación, la actora argumentó que el Juzgado de Primera Instancia actuó *extra petita*, ya que no se había solicitado la declaración de validez del contrato y que, si bien en un primer momento decidió utilizar el arbitraje, posteriormente se desistió, aduciendo que la demandada nunca decidió someterse al procedimiento arbitral.<sup>746</sup>

Al respecto, el Tribunal de Apelación consideró que ciertos telegramas intercambiados entre las partes daban evidencia de que éstas encaminaron su conducta a dar cumplimiento al convenio arbitral. En particular, las partes como primer paso habían solicitado una reunión para resolver la cuestión de forma amigable, y después, habían propuesto la solución de la controversia a través del arbitraje. Al respecto, el Tribunal de Apelación indicó que “[e]sta conducta asumida es denominada como previa y en tal sentido lleva a considerar como verdadero que la actora entendía que la rescisión del contrato no importaba la inaplicabilidad del convenio arbitral sino cuestión a ser debatía por medio de arbitraje”.<sup>747</sup>

Sin embargo, el Tribunal también consideró que la intención de las partes era que el arbitraje había sido establecido para casos “de interpretación, implementación y/o ejecución”, pero “no para la discusión sobre la existencia o inexistencia de motivos de terminación del contrato”, indicando que para ello existía una cláusula que “otorgaba a cada parte la facultad de rescindir unilateralmente el acuerdo” y que bajo la misma “no se condiciona[ba] a que dicha decisión, o que la comprobación de la existencia de la causal, se some[tiera] al arbitraje”.<sup>748</sup> Asimismo, el Tribunal observó que, como la demanda se dirigía a reclamar la indemnización de daños a consecuencia de la rescisión del contrato, y aunque el contrato hubiese sido válido para las partes, el mismo ya no estaba vigente, por lo que “ya no se estaba hablando de ninguna cuestión relacionada directa o indirectamente a la interpretación, implementación o la ejecución del contrato, sino de la consecuencia de la

<sup>745</sup> *Indumar S.A. c. Compañía Cervecera Brahma del Paraguay sobre Indemnización y Perjuicios.* Tribunal de Apelación de lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala del 29 de junio de 2004 citado en Pereira Fleury, Raúl, “Estándar de Revisión de Cláusulas Arbitrales la Experiencia Paraguaya”, 23 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Raul-Pereira-Estandar-revision-clausulas-arbitrales.pdf>

<sup>746</sup> *Ídem.*

<sup>747</sup> *Indumar S.A. c. Compañía Cervecera Brahma del Paraguay sobre Indemnización y Perjuicios.* Tribunal de Apelación de lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala del 29 de junio de 2004.

<sup>748</sup> *Ídem.*

decisión de la demandada de darlo por terminado”.<sup>749</sup> Agregó que, si las partes hubieran tenido la intención de que dicha consecuencia se incluyera en arbitraje, “así lo hubieran dicho, agregando la palabra conclusión u otra equivalente, en la cláusula 14, o bien disponiendo, la comprobación de la causal por dicho procedimiento”.<sup>750</sup>

En vista de lo anterior, el Tribunal de Apelación decidió revocar la sentencia de primera instancia, argumentando que ninguna de las partes había cuestionado la validez del contrato, sino la aplicabilidad de la cláusula arbitral una vez rescindido el contrato.<sup>751</sup> El Tribunal prosiguió a declarar que, dada la rescisión contractual, ya no podía aplicarse la cláusula arbitral a una demanda de daños y perjuicios derivada de la conclusión del mismo.<sup>752</sup> De este modo, la disputa quedó en manos del Poder Judicial y fuera del arbitraje.

(c) *Caso DNA*

En el caso *Dirección Nacional de Aduanas c. Centro de Despachantes de Aduana*, la Dirección Nacional de Aduanas (“DNA”) inició un juicio ordinario buscando la nulidad de ciertos actos jurídicos, entre ellos, un contrato entre el Centro de Despachantes de Aduana y la firma Waldemar Carraquero y Asociados S.R.L.<sup>753</sup>

En primera instancia, el Juzgado hizo lugar a la excepción de incompetencia promovida por el Centro de Despachantes de Aduana, atendiendo a que el contrato en cuestión contenía una cláusula arbitral. En apelación, la DNA argumentó que dicha cláusula arbitral no le podía ser opuesta, dado que no había firmado el contrato que la contenía. El Tribunal de Apelación aceptó el argumento de la DNA, indicando que “la piedra angular del arbitraje es el consentimiento o voluntad de las partes” y que “en ninguna parte de la referida clausula [arbitral] se incluyó a la DNA como sujeto del convenio arbitral...”.<sup>754</sup> Asimismo, el Tribunal de Apelación declaró que el arbitraje debe ser considerado como “un negocio jurídico, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que deberá la expresar la voluntad de éstas de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones que se hayan planteado o que puedan plantear respecto de una determinada relación jurídica”.<sup>755</sup> Sin embargo, el Tribunal de Apelación

<sup>749</sup> *Ídem.*

<sup>750</sup> *Ídem.*

<sup>751</sup> *Ídem.*

<sup>752</sup> *Ídem.*

<sup>753</sup> *Dirección Nacional de Aduanas y otro c. Centro de Despachantes de Aduana y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico*, A.I. No. 521 de fecha 22/08/2016, Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala citado en Pereira Fleury, Raúl, “Estandar de Revisión de Cláusulas Arbitrales la Experiencia Paraguaya”, 23 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Raul-Pereira-Estandar-revision-clausulas-arbitrales.pdf>

<sup>754</sup> *Ídem.*

<sup>755</sup> Cremades, Bernardo M., “Regulación Nacional del Arbitraje y la Convención de Nueva York”, *Revista Peruana de Arbitraje* N° 1, Editora Jurídica Grijley, Perú 2005, citado en Ayala Molina,

no tomó en cuenta que era la propia DNA la que invocaba la nulidad del contrato en cuestión, al tiempo que se rehusaba a aceptar la cláusula arbitral contenida en el contrato que pretendía anular. El fallo, además, dejó sin resolver la cuestión de la aplicación de pactos arbitrales a no signatarios en casos donde, como fue ese, era el tercero el que invocaba un derecho de acción bajo ese contrato. Existe amplia y variada jurisprudencia internacional sobre este punto.

En síntesis, en los tres casos citados, le tocó al Poder Judicial paraguayo analizar la competencia arbitral desde perspectivas distintas y adoptó, en cada caso, una posición pro-judicial frente a compromisos arbitrales de interpretación dudosa. En el caso *EDUCPA*, el Tribunal de Apelación concluyó que la ambigüedad en una cláusula compromisoria implicaba que no se cumplían los presupuestos para remitir el caso al arbitraje. En el caso *Brahma*, el Tribunal de Apelación concluyó que una demanda de indemnización por rescisión unilateral de un contrato no estaba contemplada en los términos de la cláusula arbitral, pese a que la misma cubría “cualquier controversia relacionada directa o indirectamente con la interpretación, implementación o ejecución del contrato”. En el caso *DNA*, el Tribunal de Apelación se negó a remitir a las partes a arbitraje sobre la base de que una de ellas no había suscrito el contrato en cuestión, pese a que ésta demandaba la nulidad del mismo. Estos fallos sugieren una interpretación restrictiva del acceso al arbitraje por parte de las cortes paraguayas, aunque la jurisprudencia no es aún no lo suficientemente ancha y profunda como para poder extraer tendencias definitivas.

## 2. Otros derechos procesales

Bajo la Constitución paraguaya, la defensa en juicio de las personas y sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.<sup>756</sup> Asimismo, la Constitución establece una lista de derechos procesales, entre los que se encuentran que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales, que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho, que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección, y que exista una comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa.<sup>757</sup>

Estos principios no son ajenos al arbitraje, los cuales deben ser velados y respetados por los árbitros en el desarrollo del procedimiento arbitral. la Ley 1879 incluso señala que un laudo arbitral podrá recurrirse de nulidad, cuando, entre otras causales: (i) alguna de las partes no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o que por cualquier otra razón no haya podido hacer valer sus derechos; (ii) el laudo se refiera a una

---

Alberto Fabián, “El arbitraje, ¿Es realmente una jurisdicción? Disponible en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/arbitraje/Fabian-Ayala-El-Arbitraje.pdf>

<sup>756</sup> Constitución Nacional de 1992, Artículo 16.

<sup>757</sup> *Ídem*, Artículo 17.

controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje; o (iii) la composición del tribunal no se ajuste al acuerdo celebrado entre las partes.<sup>758</sup>

Una secuencia de fallos de cortes paraguayas permite ilustrar el criterio utilizado por dichos tribunales en materia de debido proceso. La misma se refiere al caso iniciado por la firma Kaaguazu Trading Agrocomercial S.A. en contra el Ministerio de Agricultura y Ganadería, exigiendo la constitución de un tribunal arbitral. El Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial resolvió constituir el tribunal con tres árbitros y declaró que “todos los árbitros designados deben desempeñarse con neutralidad e independencia de acuerdo con las provisiones contenidas en [la Ley 1879].<sup>759</sup> Constituido el Tribunal arbitral, éste decidió condenar a el Ministerio de Agricultura y Ganadería.

Contra el laudo, el Ministerio interpuso recurso de nulidad del laudo.<sup>760</sup> La Sala Primera del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial consideró que el Ministerio no constituye persona, por lo que no podía actuar como parte actora o demandada, y decidió admitir el recurso y otorgar intervención a la Procuraduría General de la República, haciéndole saber de la pretensión de la actora y ordenando la realización de los trámites necesarios para la constitución de un nuevo Tribunal Arbitral.<sup>761</sup> Según el Tribunal de Apelaciones, si bien, en general, no procede recurso alguno contra un laudo arbitral a menos que no se ajuste al compromiso arbitral o contravenga leyes de orden público, la ausencia de intervención de la Procuraduría General de la República de Paraguay y la falta de integración de la litis con el Estado Paraguayo constituían vicios que justificaban la declaración de nulidad del laudo.<sup>762</sup>

Posteriormente, la Procuraduría General de la República, apeló la providencia del Juzgado de Primera Instancia que resolvió designar a un nuevo árbitro para resolver la disputa.<sup>763</sup> Frente a este recurso, el Tribunal de Apelación citó el Artículo 13 de la Ley No. 1879 según el cual “toda decisión sobre cuestiones encomendadas al juez en los incisos c) o d) del presente artículo será inapelable”. El Tribunal observó que dicho artículo incluye la designación de árbitros y la constitución del tribunal arbitral.<sup>764</sup> Sin embargo, el Tribunal de

---

<sup>758</sup> *Ídem*, Artículo 46.

<sup>759</sup> Sentencia del Tribunal de Apelación del 16 de marzo de 2015 respecto del Recurso de nulidad interpuesto el Ministerio de Agricultura y Ganadería c/ Laudo Arbitral N° 1 de fecha 24 de noviembre de 2010 dictado por el Tribunal Arbitral constituido por A.I.N. N° 397 de fecha 15 de abril de 2010.

<sup>760</sup> *Ídem*.

<sup>761</sup> *Ídem*.

<sup>762</sup> *Ídem*.

<sup>763</sup> Sentencia del Tribunal de Apelación del 31 de octubre de 2017 respecto del Recurso de nulidad interpuesto el Ministerio de Agricultura y Ganadería c/ Laudo Arbitral N° 1 de fecha 24 de noviembre de 2010 dictado por el Tribunal Arbitral constituido por A.I.N. N° 397 de fecha 15 de abril de 2010.

<sup>764</sup> *Ídem*.

Apelación señaló que la ley solamente determina la inapelabilidad de las decisiones judiciales en el proceso de integración del Tribunal Arbitral, pero no la improcedencia del recurso de nulidad.<sup>765</sup> El Tribunal añadió que, conforme al Artículo 405 del Código de Procedimientos Civiles (de aplicación supletoria), el recurso de nulidad se encuentra implícito en el recurso de apelación.<sup>766</sup> En base a ello, decidió que, siendo el recurso de apelación improcedente, también lo era el recurso de nulidad contenido tácitamente en el mismo.<sup>767</sup> Con esto, el Tribunal confirmó la designación del árbitro por parte del juzgado de primera instancia.<sup>768</sup>

En síntesis, esta secuencia procesal resultó en la anulación de un laudo por falta de personería en el proceso arbitral (en relación con el derecho al consentimiento arbitral), y la confirmación del nombramiento de un nuevo árbitro en instancias judiciales (en relación con el derecho al mantenimiento de la jurisdicción arbitral).

En cualquier caso, es prematuro determinar un estándar de revisión por parte de los tribunales paraguayos en cuestiones de violaciones de debido proceso, en virtud de la escasez de fallos sobre este asunto. Sin embargo, es clara la primacía del principio de debido proceso en derecho paraguayo, suponiendo un estándar estricto de aplicabilidad, incluyendo en procedimientos arbitrales.

### 3. Orden público

Una de las formas fundamentales a través de las cuales el Poder Judicial puede ejercer un control de constitucionalidad sobre los laudos arbitrales es la causal de nulidad por violación del orden público, prevista en la legislación paraguaya en el Artículo 40(b) de la Ley 1879. Si bien la Constitución no define el orden público, sabemos que la contrariedad con el orden público busca proteger la cultura jurídica del foro en aquellos casos en los cuales el reconocimiento o la ejecución del laudo extranjero implicarían una violación del orden público del país donde se pretende dar efectos a un laudo.<sup>769</sup> En este sentido, el Código Civil paraguayo señala que “los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres”,<sup>770</sup> estableciendo la obligación de los jueces y tribunales de “aplica[r] de oficio las leyes

---

<sup>765</sup> *Ídem.*

<sup>766</sup> *Ídem.*

<sup>767</sup> *Ídem.*

<sup>768</sup> *Ídem.*

<sup>769</sup> Albornoz, María Mercedes, “La Tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Volumen 47, Tomo 139, Enero-Abril 2014, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4858>

<sup>770</sup> Código Civil, Artículo 9.

extranjeras, siempre que no se opongan a las instituciones políticas, las leyes de orden público, la moral y las buenas costumbres”.<sup>771</sup>

Al respecto, la jurisprudencia paraguaya ha definido que “las normas imperativas corresponden fundamentalmente a dos órdenes de intereses que se pretenden resguardar. Por un lado, el llamado orden público de dirección, es decir, la potestad que tiene el Estado de intervenir en cuestiones que afecten su soberanía o accionar económico, como ocurre con regulaciones relativas a la moneda o a defensa de la competencia, por citar ejemplos. Y, por otro lado, el llamado orden público de protección, que cada Estado lo establece y regula normalmente para salvaguardar derechos de partes débiles en la contratación, como por ejemplo los consumidores. Esta protección se establece en el entendimiento de que hay supuestos en que la contratación no es fruto de la libre voluntad sino de otros factores.... En definitiva, depende de cada Estado el alcance de su orden público de dirección o protección como límites excepcionales a la autonomía de la voluntad”.<sup>772</sup>

Sobre este punto, es relevante el caso del año 2006 ante la Corte Suprema de Justicia entre la firma Gunder Industrial y Comercial S.A. y Kia Motors Corporation por indemnización de daños y perjuicios con relación a un contrato de distribución de vehículos. Estaba fuera de disputa en ese caso que el contrato en cuestión estaba sometido a la Ley 194 de 1993 sobre las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.<sup>773</sup> El Artículo 10 de dicha ley establece: “Las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de la República. Podrán transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera sea el estado de ésta, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva y ejecutoriada”.

Ante la demanda de Gunder, la demandada, Kia, opuso las excepciones de convenio arbitral e incompetencia. Al contestar estas excepciones, la actora sostuvo que la cláusula arbitral inserta en el contrato era inválida, ineficaz e inaplicable, ya que no estaba permitido el sometimiento de las partes a la ley y sede extranjera, que en el caso del contrato en cuestión era la ley coreana y sede en Corea. El 17 de mayo de 2004, el Juzgado de Primera Instancia resolvió, “[h]acer lugar a la excepción de convenio arbitral articulada por la parte demandada y, en consecuencia: declarar que este Juzgado no es competente para entender el caso, declarar la nulidad parcial de la cláusula [arbitral], en la parte que dispone la

---

<sup>771</sup> *Ídem*, Artículo 22.

<sup>772</sup> Acuerdo y Sentencia n° 827 de la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, caso *Electra Amambay SRL vs. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas*, 12 de noviembre de 2001.

<sup>773</sup> Ley No. 194 de 1993 que Aprueba con Modificaciones el Decreto Ley No. 7 de 27 de marzo de 1991, por el que se establece el Régimen Legal de las Relaciones Contractuales entre Fabricantes y Firmas del Exterior y Personas Físicas o Jurídicas domiciliadas en el Paraguay, Artículo 10.



utilización exclusiva de la ley coreana, debiendo aplicarse en todo lo pertinente la Ley No. 194”.<sup>774</sup>

El 1 de diciembre de 2004, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Quinta Sala, revocó la sentencia de primera instancia, considerando como válida la cláusula arbitral, y determinando que la declaración de incompetencia se hallaba ajustada a la Ley 194 ya que la regla general de someter a la competencia territorial de los tribunales de la República encontraba como excepción la posibilidad de transigir el arbitraje (sea nacional o extranjero)” como medio alternativo de solución a la justicia ordinaria, lo cual implicaba que el caso debería resolverse ante un tribunal arbitral establecido en la República de Corea y bajo ley coreana.

Gunder promovió acción de inconstitucionalidad contra dicha sentencia, al considerar que la misma era violatoria del derecho de defensa y debido proceso y una clara denegación del acceso a la justicia, por violar el sistema de interdependencia y recíproco control entre los Poderes del Estado, al arrogarse el Tribunal funciones legislativas, derogando de hecho la Ley No. 194.<sup>775</sup> Asimismo, Gunder alegó que se trataba de una sentencia que adolecía de arbitrariedad en la interpretación de la ley y arbitrariedad por incongruencia, al omitir la consideración de cuestiones decisivas articuladas por su parte, como la nulidad de la cláusula arbitral, el supuesto fraude a la Ley 194 y “el problema de la *lex fori*”, y alterar el proceso lógico de razonamiento (violación del principio de logicidad).<sup>776</sup> Asimismo, Gunder alegó que la Ley 194 era de orden público y no podía ser “suprimida por acuerdo de partes”.<sup>777</sup>

La Corte Suprema decidió hacer lugar a la inconstitucionalidad solicitada y declarar la nulidad de la sentencia del Tribunal de Apelaciones, al considerar que, siempre que exista un acuerdo de arbitraje, cualquiera de las partes puede pedir la remisión al mismo, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.<sup>778</sup> En el caso

---

<sup>774</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de mayo de 2006 por la que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: *Gunder ICSA c. KIA Motors Corporation sobre indemnización de daños y perjuicios* (La controversia surgió en torno a la controversia por la naturaleza del arbitraje respecto a la aplicación de la Ley No. 194 de 1993 (referente a contratos de distribución entre empresas extranjeras y nacionales), la cual contiene una obligación de someterse a la jurisdicción de los tribunales paraguayos. En tal sentido, el Artículo 10 de la citada Ley No. 194 establece que “las partes se someterán a la competencia territorial de los Tribunales de la República”. Sin embargo, la misma disposición continúa con la siguiente prescripción: “Podrán transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera sea el estado de ésta, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva y ejecutoriada”).

<sup>775</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de mayo de 2006 por la que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: *Gunder ICSA c. KIA Motors Corporation sobre indemnización de daños y perjuicios*.

<sup>776</sup> *Ídem*.

<sup>777</sup> *Ídem*.

<sup>778</sup> *Ídem*.

concreto, la Corte determinó la existencia de una violación al debido proceso por parte del Tribunal de Apelaciones al faltar un pronunciamiento acerca de la nulidad o validez de la cláusula arbitral.<sup>779</sup>

Respecto de la incompetencia declarada por el Juzgado de primera instancia invocando la Ley 194, la Corte reconoció que los Artículos 9 y 10 de dicha ley suponen que: “a) las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, conforme a las disposiciones del Código Civil; b) los convenios a los que arriben en forma alguna pueden implicar la renuncia a derechos reconocidos por esa ley; c) las partes se someterán a la competencia de los tribunales de la República y d) se podrá transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje antes o después de deducida la demanda en juicio ante la justicia ordinaria”.<sup>780</sup>

La Corte también reconoció que la excepción a la competencia de los Tribunales de la República lo constituía el arbitraje.<sup>781</sup> Sin embargo, la Corte declaró que la Ley 194 es de orden público, al imponer en su Artículo 9 la imposibilidad de renunciar a los derechos reconocidos en ella.<sup>782</sup> En términos concretos, aunque es cierto que la ley reconoce la posibilidad de que las partes puedan transigir o someter toda cuestión de origen patrimonial al arbitraje, ello no implica que el mismo sea realizado fuera de la jurisdicción territorial de la República, dado que las partes están impedidas de modificar o dejar sin efecto lo expresamente dispuesto por ella.<sup>783</sup>

Aunque este fallo no versó sobre la nulidad de un laudo arbitral, sino más bien sobre el alcance de un compromiso arbitral, el mismo profiere criterios sobre la aplicación del orden público en el campo arbitral. En particular, la Corte parece haberse basado principalmente en la referencia al sometimiento a la “competencia territorial de los Tribunales de la República” en la primera oración del Artículo 10 de la Ley 194. La segunda oración de dicho artículo permitía a las partes “transigir toda cuestión de origen patrimonial o someterla al arbitraje” sin referencia a la sede o la ley aplicable. Sin embargo, el razonamiento de la Corte implícitamente muestra que ésta entendió que la limitante de la primera oración era extensiva a la segunda oración, mostrando así una aplicación estricta de los conceptos de orden público y de alcance del arbitraje. Desafortunadamente, no identificamos algún otro caso público en el que la Corte Suprema de Justicia o los Tribunales de Apelación hubiesen realizado una valoración del orden público sobre un

---

<sup>779</sup> *Ídem.*

<sup>780</sup> *Ídem.*

<sup>781</sup> *Ídem.*

<sup>782</sup> *Ídem.* Ver también Ley 194 de 1993, Artículo 9 (“Las partes pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos, sujetos a las disposiciones del Código Civil, pero sin que en forma alguna puedan renunciar a derechos reconocidos por la presente Ley”).

<sup>783</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 15 de mayo de 2006 por la que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: *Gunder ICSA c. KIA Motors Corporation sobre indemnización de daños y perjuicios.*

laudo arbitral, por lo que habrá que ver qué criterio tomaran los tribunales paraguayos en cuanto a su interpretación y aplicación.

#### IV. CONCLUSIONES

La legislación paraguaya permite un espectro limitado de casos en los que pueda producirse una intersección entre el arbitraje y la Constitución. No existe, por ejemplo, un proceso de revisión constitucional de los laudos arbitrales, salvo por la causal de nulidad de laudos consistente en la violación del orden público. Asimismo, los árbitros están limitados a dirimir controversias de derecho privado, en materias que sean transigibles y de orden patrimonial.

Sin embargo, existen áreas de confluencia entre el derecho arbitral y el constitucional. En este artículo se ha repasado la jurisprudencia relevante de las cortes paraguayas disponible en el dominio público, y se la ha agrupado en tres categorías de intersección con materias constitucionales. Esta jurisprudencia, que es todavía relativamente escasa, brinda cuatro posibles conclusiones preliminares, a reserva del mayor desarrollo que se vaya produciendo en el futuro:

- Los árbitros pueden (y deben) aplicar normas constitucionales en sus laudos, aunque no pueden ejercer un control de constitucionalidad ni decidir sobre la inaplicación de normas. El margen para la aplicación de dichas normas es naturalmente estrecho en el campo de las decisiones sobre cuestiones eminentemente comerciales, pero existe, por ejemplo, la oportunidad para aplicar normas de orden público, como ser el respeto al principio de *res judicata* y la aplicación de leyes de cumplimiento estricto.
- En cuanto a la arbitrabilidad y, por ende, el respeto a la norma constitucional sobre las materias susceptibles de ser arbitradas, al menos una corte paraguaya ha resuelto que el Estado puede someterse a arbitraje, y que el solo hecho de que esté en juego el patrimonio del Estado no es óbice para dicha conclusión.
- En cuanto a los conflictos entre la jurisdicción judicial y la arbitral, las cortes paraguayas no se han mostrado particularmente deferentes a la segunda, y en casos de ambigüedad, han optado por preservar la primera.
- En materia de orden público, la Corte Suprema de Justicia aplicó un criterio estricto, rehusándose a permitir el arbitraje en el exterior y bajo una ley extranjera ante una ley que contenía una disposición que marcaba la “competencia territorial de los Tribunales de la República”.

Estos fallos no indican tendencias definitivas en los temas señalados, sino meramente indicios de interpretación. En otras palabras, no se puede sostener aún que la Justicia paraguaya sea, por ejemplo, pro-arbitraje o anti-arbitraje. Lo que sí se sabe es que la Constitución paraguaya consagra el arbitraje, que el Paraguay ha adoptado una ley

moderna de arbitraje que es conforme con las mejores prácticas internacionales, y que el Paraguay ha ratificado los instrumentos internacionales más importantes del arbitraje. No hay conflicto entre la Constitución y el arbitraje. Lo que sí existe es un amplio campo de oportunidad para que se vayan puliendo las aristas entre una y otro.

## PERÚ

### ARBITRAJE Y CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAUDOS EN PERÚ

*Cecilia O'Neill de la Fuente\**

*María del Carmen Tovar\*\**

#### I. INTRODUCCIÓN:

En el Perú, el arbitraje, como medio de solución de controversias, ha tenido un importante desarrollo en la última década. Ello se debe, principalmente, a la Ley de Arbitraje del año 2008 (D.L. N° 1071), la cual es considerada como moderna, flexible y está inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial<sup>784</sup>. Contar con una buena ley arbitral constituye una parte del éxito y desarrollo del arbitraje en un país; el otro factor importante es la interacción entre el arbitraje y el poder judicial.

Si bien las partes recurren al arbitraje, entre otras razones, en busca de una vía alternativa al poder judicial, llega una etapa en la que la participación y cooperación del poder judicial es necesaria para el funcionamiento del arbitraje. Nos referimos, por ejemplo, a la ejecución judicial de laudos, al recurso de anulación y el amparo arbitral. Estos últimos sirven como mecanismos de control de las actuaciones arbitrales en Perú. Siendo ello así, es crucial que la interacción con el poder judicial se dé en armonía con los principios arbitrales y sin desnaturalizarlo.

En el marco de esa interacción entre arbitraje y poder judicial, los procesos constitucionales en el Perú han jugado un rol importante. Concretamente, el cuestionamiento de las decisiones arbitrales mediante el proceso de amparo, también conocido como amparo arbitral. Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha establecido los criterios para cuestionar un laudo arbitral por la vía de la acción de amparo. La postura tomada por el Tribunal Constitucional impacta trascendentalmente en el arbitraje peruano. Por ello, el objetivo del presente artículo es presentar el panorama

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster en Derecho por la Universidad de Pennsylvania. Egresada del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

\*\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia de Estudio Ehecopar asociado a Baker&Mckenzie.

Las autoras agradecen el valioso aporte de Melissa del Pino, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico, para la elaboración de este trabajo.

<sup>784</sup> Mantilla Serrano, Fernando, “Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, *Lima Arbitration*, Lima, núm. 4, 2010-2011, p. 37, disponible en: [http://limaarbitration.net/LAR4/Fernando\\_Mantilla-Serrano.pdf](http://limaarbitration.net/LAR4/Fernando_Mantilla-Serrano.pdf)

peruano sobre la relación entre el arbitraje y los procesos constitucionales, así como emitir nuestra opinión sobre esa interacción.

En ese sentido, primero, explicaremos la regulación general del arbitraje en el Perú, así como las peculiaridades de nuestra jurisdicción. Luego, expondremos los mecanismos que existen para cuestionar un laudo arbitral, entre ellos, la acción de amparo. Finalmente, analizaremos el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano sobre la acción de amparo contra laudos y la relación que existe con el recurso de anulación.

## II. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ Y ALGUNAS PECULIARIDADES DE LA JURISDICCIÓN

### A. RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

En el Perú, el arbitraje como medio de resolución de conflictos tiene reconocimiento constitucional. Al respecto, el inciso 1 del artículo 139° de la vigente Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) indica lo siguiente:

*“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

*1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.*

*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.*

Como se puede apreciar, expresamente, nuestra Constitución señala que el arbitraje es considerado jurisdicción. Dicha disposición constitucional ha servido como fundamento para sostener que en el Perú el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional peruano, máximo intérprete de la Constitución.

Sobre el particular, es imprescindible referirnos a la conocida sentencia del Tribunal Constitucional N° 06167-2005-HC del 28 de febrero de 2006<sup>785</sup>. Se trata de un demanda de hábeas Corpus interpuesta por Fernando Cantuarias Salaverry, quien formaba parte del tribunal arbitral en el arbitraje entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A y Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.

Si bien la demanda de hábeas corpus fue declarada improcedente, debido a que no se acreditó la existencia de una amenaza a la libertad personal del agraviado, el Tribunal Constitucional estableció ciertos criterios relevantes como parte del marco constitucional de la jurisdicción arbitral, los cuales fueron declarados vinculantes en el fundamento N° 49 de la sentencia: *“de conformidad con el artículo VI in fine del Título Preliminar del Código*

<sup>785</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 06167-2005-HC del 28 de febrero de 2006, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

*Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos N° 8, 11, 12, 13, 14, 17, y 18 son vinculantes para todos los operadores jurídicos*". Veamos los fundamentos que se refieren a la naturaleza del arbitraje.

En el fundamento N° 7, el Tribunal Constitucional señala que, conforme al inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, la jurisdicción arbitral es de naturaleza excepcional. Ante ello, en el fundamento N° 8, se cuestiona si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de una jurisdicción de carácter privado. Como respuesta, el Tribunal señala que el ejercicio de jurisdicción implica cuatro requisitos: a) conflicto entre las partes, b) interés social en la composición del conflicto, c) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial y d) aplicación de la ley o integración del Derecho, y determina que esos requisitos confluyen en el arbitraje y definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral.

En el fundamento N° 11, se puede apreciar claramente que el Tribunal Constitucional considera que el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional, apartándose así de otras teorías y posturas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. En efecto, sostiene que, por la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral, *“la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a) de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución”*.

Esta postura del Tribunal Constitucional de considerar que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional se mantiene vigente en el Perú. Sin embargo, no es compartida pacíficamente por la doctrina nacional, pues un sector de la doctrina considera que el arbitraje tiene una naturaleza contractual y otro considera que es de naturaleza mixta.

En relación a la naturaleza contractual del arbitraje, se ha dicho que: *“el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias”*<sup>786</sup>.

Por su parte, la teoría mixta de la naturaleza del arbitraje sostiene que es un contrato con efectos jurisdiccionales. Cantuarias defiende esta postura señalando que esta teoría mixta: *“por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por el otro lado, se debe tomar en cuenta que sin reconocimiento del Estado,*

<sup>786</sup> Bullard González, Alfredo, “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”, *Revista Internacional de Arbitraje*, julio - diciembre 2013, p. 61, disponible en: <https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>

*el arbitraje sería de poca utilidad*<sup>787</sup>. Asimismo, considera que la postura tomada por el Tribunal Constitucional puede ser peligrosa e inconveniente para el arbitraje en el Perú, toda vez que la teoría jurisdiccional no reconoce la autonomía de la voluntad de las partes en el nacimiento del arbitraje y es “*sumamente riesgoso que se afirme que el arbitraje dependa de manera exclusiva de la voluntad del legislador. De ser ese caso, bastaría un simple cambio de las reglas de juego para que el arbitraje desaparezca y se convierta en un simple pacto sin mucho sentido*”<sup>788</sup>.

En nuestra opinión, es innegable que el arbitraje tiene un origen consensual y, más allá de las teorías sobre su naturaleza, lo cierto es que en nuestro país la Constitución establece que el arbitraje es jurisdicción. Sin duda, se trata de una jurisdicción distinta, independiente, como indica el artículo 139.1 de la Constitución.

Precisamente, al ser una jurisdicción diferente es que en el arbitraje no operan las mismas garantías jurisdiccionales que rigen en los procesos judiciales. Un ejemplo de lo anterior es que el principio de pluralidad de instancias<sup>789</sup> no opera en el arbitraje<sup>790</sup>. Otro ejemplo es que en el arbitraje se puede prescindir de la motivación del laudo si las partes lo acuerdan<sup>791</sup>; mientras que en los procesos judiciales la motivación es obligatoria<sup>792</sup>.

<sup>787</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando y Repetto, José Luis, “La naturaleza jurídica del arbitraje según el tribunal constitucional peruano: riesgos en el camino”, *Forseti, Revista de Derecho*, núm. 1, 2014, p. 104, disponible en: <http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/la-naturaleza-juridica-del-arbitraje-segun-el-tribunal-constitucional-peruano-riesgos-en-el-camino>

<sup>788</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>789</sup> “Artículo 139 de la Constitución: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia”.

<sup>790</sup> En la actual Ley de Arbitraje no se contempla una doble instancia. Se establece que el laudo es definitivo e inapelable: “Artículo 59.- Efectos del laudo. 1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.”). En cambio, la Ley General de Arbitraje (norma anterior) regulaba el recurso de apelación: Artículo 60.- Recurso de Apelación. *Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral (...)*”.

<sup>791</sup> “Artículo 56 de la Ley de Arbitraje: Contenido del laudo. 1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50”.

<sup>792</sup> “Artículo 139 de la Constitución: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.



## B. LEY DE ARBITRAJE PERUANA

En el Perú, el arbitraje ha tenido un importante desarrollo en diversas áreas del derecho y, en algunos casos, el arbitraje tiene carácter obligatorio<sup>793</sup>. Sin perjuicio de que en algunas áreas el arbitraje tenga una regulación más específica<sup>794</sup>, la Ley de Arbitraje (D.L. N° 1071) es la norma marco sobre arbitraje en nuestro país. Tal como lo dispone su artículo 1, inciso 1: “*regula el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados o en acuerdos internacionales sobre arbitraje, en cuyo caso el referido decreto legislativo será de aplicación supletoria*”.

En relación a las materias que pueden someterse a arbitraje, la Ley de Arbitraje en su artículo 2, inciso 1, no establece una lista taxativa de materias arbitrables y no arbitrables. El criterio que establece para determinar la arbitrabilidad de la controversia es que versen sobre materias de libre disposición y las materias que la ley, tratados o acuerdos internacionales autoricen<sup>795</sup>.

Así pues, se tiene que el criterio principal es la libre disponibilidad, lo cual genera un amplio margen de discrecionalidad. De allí que, solo con carácter general, se puede afirmar que no son arbitrables, por ejemplo, las cuestiones que atentan contra la moral y buenas costumbres, los delitos y faltas, los asuntos sobre la capacidad civil de las personas, etc.<sup>796</sup>.

Además, la Ley de Arbitraje indica que son arbitrables las materias que la ley, tratados o acuerdos internacionales autoricen. Ello implica que por ley se puede establecer que sean arbitrables materias que no son de libre disposición como, por ejemplo, el caso de los arbitrajes sobre contratos de concesión<sup>797</sup>.

Uno de los puntos a destacar para fines del presente artículo es que la Ley de Arbitraje establece el principio de no intervención judicial, el cual se encuentra recogido en los incisos 1 y 4 de artículo 3°:

---

<sup>793</sup> Es el caso del arbitraje en las contrataciones públicas. El artículo 45.1° de Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225) dispone que: “*las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje” (énfasis agregado).*

<sup>794</sup> Por ejemplo, la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento establecen algunas reglas particulares para llevar a cabo el proceso arbitral.

<sup>795</sup> [Mantilla Serrano, Fernando, op. cit., p. 40.](#)

<sup>796</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando, “Artículo 2”, en Soto Coaguila, Carlos y Bullard González, Alfredo (coords.), *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, t. I, pp. 8-14.

<sup>797</sup> *Ibidem*, p. 15.

*“Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.*

*1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.*

*4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”.*

En virtud de este principio, toda interacción entre el arbitraje y el poder judicial debe ocurrir respetando las reglas arbitrales y los límites que se establecen para la intervención judicial. Es por ello que el único mecanismo establecido en la Ley de Arbitraje para cuestionar los laudos es el recurso de anulación, el cual es de carácter excepcional y solo procede para las causales contempladas en dicha ley.

Consideramos que este principio de no intervención judicial también aplica si se pretenden cuestionar las decisiones arbitrales a través de un proceso constitucional. Es por ello que la interacción entre el arbitraje y los procesos constitucionales debe ser excepcional. Esta cuestión será abordada con mayor profundidad en el acápite de medios impugnatorios y procesos constitucionales.

### C. EL CARÁCTER PROMOCIONAL DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

En el Perú, el arbitraje apareció como un mecanismo de solución de controversias en la década de 1990. Se aprobó primero la Ley N° 25935 en diciembre de 1992, norma que fue sustituida pocos años después, en 1996, por la Ley N° 26572.

Esta última norma, que es el antecedente de la actual Ley de Arbitraje (D.L. N° 1071), ya establecía el marco legal que permitió desarrollar el arbitraje en el Perú desde hace más de 20 años.

La actual ley mantiene la orientación pro arbitraje trazada por su predecesora, haciendo los ajustes que se requerían en respuesta a la experiencia de más de 10 años de intensa aplicación. Esta norma es considerada, como ya mencionamos, una norma moderna y flexible, inspirada como lo estuvo su antecesora en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial<sup>798</sup>.

<sup>798</sup> Mantilla Serrano, Fernando, op. cit., p. 37.

Diversos autores al comentar temas arbitrales hacen mención de las particularidades que pueden darse en las regulaciones de esta institución según la jurisdicción de la que provienen. Lo vemos por ejemplo cuando Eduardo Zuleta, comentando sobre el reconocimiento internacional de laudos anulados, señala que pueden presentarse "particularidades de la norma local"<sup>799</sup>.

En línea con lo anterior, Raúl Aníbal Etcheverry comentando sobre el arbitraje en América del Sur señala como una "particularidad" de Brasil cómo se aplica la arbitrabilidad objetiva bajo dicha jurisdicción<sup>800</sup>. Y, José Moreno comentando sobre el Orden Público y el Arbitraje señala que incluso las "particularidades" locales pueden ser de orden público<sup>801</sup>.

En el caso de Perú, es una particularidad de nuestro régimen de arbitraje el haber sido incorporado al marco legal nacional acompañando la reforma económica de apertura a la inversión y al comercio exterior. Es también una nota importante a destacar el nivel constitucional que se dio a la reforma y al sistema arbitral como medio de solución de controversias.

No puede pues dejarse de lado para entender el rol y significado que el arbitraje ha jugado en el Perú conocer este antecedente. Debe recordarse que la introducción y el desarrollo del arbitraje en la práctica peruana se da en el contexto de lo que fue la "reforma económica" aprobada en la década de los 90, reforma que apostó por un modelo económico promotor de la inversión privada nacional y extranjera y por una economía abierta al comercio internacional.

La opción por este modelo se inicia incluso antes de la aprobación de la Constitución hoy vigente, pero se consolida con ella cuando el texto constitucional incluye las columnas medulares del régimen económico: la igualdad entre la inversión nacional y la extranjera, la promoción de la inversión privada y la libertad de la actividad privada y del comercio. Se incluye también el reconocimiento del arbitraje como mecanismo para solucionar controversias, tal como se explicó anteriormente.

Se promulgan en estos años normas generales de promoción de la inversión como el Decreto Legislativo N° 757 Ley Marco de Crecimiento de la Inversión Privada, y el

<sup>799</sup> Zuleta, Eduardo. "El reconocimiento internacional de laudos anulados", en Soto Coaguila, Carlos (dir.), *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 607: "Los casos que hemos mencionado fueron el comienzo de una serie de disertaciones y de construcción de una teoría del reconocimiento de laudos anulados, según la cual a los tribunales de cada país ya no les es suficiente sustentar la anulación a la luz de las particularidades de la norma local". (Énfasis agregado)

<sup>800</sup> Etcheverry, Raúl Aníbal, "Un sistema de arbitraje muy positivo para la América del Sur", en Soto Coaguila, Carlos (dir.), *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 681.

<sup>801</sup> Moreno Rodríguez, José Antonio, "Orden público y arbitraje: Algunos llamativos pronunciamientos recientes en Europa y el Mercosur", en Soto Coaguila, Carlos (dir.), *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 734.

Decreto Legislativo N° 668 Régimen para garantizar la libertad de comercio interior y exterior. Normas en esta línea se dan para todas las actividades y sectores.

En ellas se estableció que los precios se regulan por la ley de la oferta y la demanda, y que los únicos precios que se regulan administrativamente son las tarifas por servicios públicos. Se garantizó que no se darían tratamientos discriminatorios ni diferenciados en materia cambiaria, de precios, de tarifas o de derechos arancelarios basados en sectores o tipos de actividad o ubicación geográfica, ni entre personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras reconociendo la libertad de comercio, de industria y de exportaciones e importaciones. Asimismo, se dispuso la automática autorización de las inversiones, estableciéndose los derechos y garantías aplicables a todas las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras titulares de inversiones en el Perú y consagrando normas sobre estabilidad jurídica en materias económica, de seguridad de inversiones, tributaria y administrativa, entre otras.

El arbitraje acompañó a este marco económico promotor de inversiones convirtiéndose en un mecanismo de solución de controversias contractuales que la Constitución puso al lado y al mismo nivel que la jurisdicción judicial y que complementa bien el nuevo régimen de actividades económicas en el Perú<sup>802</sup>.

Como parte de la misma corriente y esfuerzo, el Perú firmó la Convención Internacional de Arreglo de Disputas (CIADI), en setiembre de 1991, ratificándola luego y entrando la misma en vigor para el Perú en setiembre de 1993.

Al incorporarse al CIADI, Perú se apartaba de la doctrina promovida en décadas anteriores por los países latinoamericanos, que habían estado ausentes del CIADI desde 1964, en lo que se conoció como "el No de Tokio", cuando los países de la región votaron en bloque contra la resolución por la que se instruyó a la Junta de Gobernadores preparar el proyecto de Convención<sup>803</sup>.

El Perú ha firmado, además, más de 40 convenios bilaterales de protección de inversiones y un número importante de Tratados de Libre Comercio (TLC). Todos los

<sup>802</sup> El texto del artículo pertinente de la Constitución Política Peruana es el siguiente:

*“Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”*

<sup>803</sup> El rechazo al CIADI por los países de la región obedecía a un concepto político muy arraigado en esos momentos en los países latinoamericanos, que se oponía a aceptar las presiones del reclamo diplomático de los estados por sus nacionales. Bajo esta corriente (que se conoce como la doctrina Calvo) los estados latinoamericanos adoptaron la posición de exigir a los extranjeros que se vinculaban con el Estado, la renuncia a la reclamación diplomática y el sometimiento de las controversias con extranjeros por sus Cortes.

convenios bilaterales de inversión que mencionamos se firmaron como parte de la política legislativa de apertura a la inversión<sup>804</sup>. Para dar una idea de cómo evolucionó la suscripción, podemos mencionar que se firmaron dos convenios en 1991, cuatro en 1993, doce en 1994, cinco en 1995, dos en 1996, uno en 1999, dos en el 2000. De allí en adelante se han seguido suscribiendo convenios, complementándose años después con una segunda oleada de firma de TLC que incluyen por lo general capítulos de protección de inversiones.

El detalle de los Convenios Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú consta en el siguiente cuadro:

Alemania	Estados Unidos*	Panamá*
Argentina	Finlandia	Paraguay
Australia	Francia	Portugal
Bélgica	Holanda	Reino Unido
Bolivia	Honduras*	República
Canadá*	Italia	Checa
Chile*	Islandia*	República de Corea*
Colombia	Japón*	República de China*
Costa Rica*	Liechtenstein*	Rumania
Cuba*	Luxemburgo	Suecia
Dinamarca	Malasia	Singapur*
Ecuador	México*	Suiza*
El Salvador	Noruega*	Tailandia*
España	Países Bajos	Venezuela*

En todos los Convenios Bilaterales de Inversión celebrados por el Perú, se establece el arbitraje como mecanismo de solución de controversias inversionista-estado, siendo la

<sup>804</sup> Los asteriscos del cuadro indican que además hay Tratados de Libre Comercio con Capítulos de Protección de Inversiones.

opción preferida la de acudir al CIADI. Casi todos tienen como alternativa al CIADI el acudir a un arbitraje ad-hoc bajo las reglas de la CNUDMI. Solo en algunos pocos casos se menciona la posibilidad de otro tipo de arbitraje.

El incluir el arbitraje como parte del marco económico peruano responde pues, sin duda, a que este es un mecanismo compatible con las necesidades de un marco de promoción de inversiones y apertura al mundo.

Debemos, sin embargo, indicar que la urgencia de que este mecanismo fuera parte de la reforma económica se vio acentuada, sin duda, por la fragilidad del Poder Judicial peruano, que por diversas razones que por cuestiones de espacio no se pueden desarrollar en este trabajo, no respondía al estándar necesario para garantizar las actividades de los actores económicos nacionales o extranjeros.

#### D. CARACTERÍSTICAS DEL DESARROLLO DEL ARBITRAJE ENTRE PRIVADOS

En el Perú, el arbitraje se presenta a todo nivel. No solo encontraremos cláusulas arbitrales en casi cualquier tipo de contrato comercial, como son los contratos de obra, los contratos de compraventa y los de suministro de bienes y servicios, sino también con frecuencia en los estatutos sociales de las empresas y en los convenios de accionistas para las controversias entre socios.

A modo de ilustración para reflejar la importancia del mecanismo arbitral en el Perú, puede observarse que, por ejemplo, las controversias entre los participantes del Comité de Operación del Sistema Eléctrico del Perú (COES), que son las empresas de generación, transmisión y distribución eléctrica, se resuelven por arbitraje. Ejemplos como éste los encontramos en las más diversas actividades económicas.

El arbitraje ocurre también en las controversias civiles, derivadas de contratos de arrendamiento, por ejemplo, incluso en contratos de relativa poca importancia económica y en los testamentos.

Es sin duda una nota que puede llamar la atención, que en la práctica de los negocios y de la vida privada se ha buscado introducir el arbitraje en todas las relaciones en las que ello fuera posible.

#### E. DESARROLLO DEL ARBITRAJE CON ENTIDADES DEL ESTADO

A pesar de que el desarrollo del arbitraje netamente comercial o privado por sí mismo hubiera permitido al Perú tener un mercado dinámico e interesante para el desarrollo del arbitraje, sin duda el que el arbitraje se haya extendido a las controversias contractuales de las entidades y empresas del Estado, es una circunstancia que ha caracterizado al Perú y le ha generado una situación particular.

Como ya señalamos, el arbitraje fue parte de la reforma económica. Desde un inicio se menciona el arbitraje no solo en los Convenios Bilaterales de Inversión sino también como el mecanismo a ser incluido en los contratos con inversionistas, en los convenios de estabilidad jurídica y en contratos de privatizaciones y concesiones. Esto tenía base constitucional a partir de la Constitución de 1993 y marco legal tanto con la Ley N° 26572 como con la actual Ley de Arbitraje.

Sin embargo, lo que marca una diferencia con otras jurisdicciones es el haber incluido el mecanismo de arbitraje como obligatorio desde 1997 en las leyes de contrataciones y adquisiciones del estado peruano. La Ley N° 26850, que se dio en el marco de un esfuerzo de modernización del estado, unificó las normas de contrataciones de obras, bienes, servicios y consultorías públicas y dispuso que en todos los contratos de este régimen debía incluirse una cláusula de sometimiento a arbitraje. Esto ha seguido ocurriendo en todas las normas que han regulado las contrataciones y adquisiciones públicas hasta la fecha.

Desde su inicio, el haber incorporado el arbitraje en todas las contrataciones y adquisiciones públicas tuvo como efecto que el número de arbitrajes fuera particularmente elevado, comparado con otras jurisdicciones. Esto durante la primera década fluyó razonablemente sin generar la saturación del sistema con los problemas que ello conlleva. Esta situación fue reconocida y destacada a nivel internacional por Mantilla Serrano cuando comenta la Ley de Arbitraje:

*"Sin lugar a dudas, hemos podido constatar a través del análisis de la nueva ley, que el legislador peruano ha adoptado una visión moderna del arbitraje y que lo ha considerado como un instrumento orientado a permitir el desarrollo del comercio internacional y de las inversiones extranjeras. En estas líneas, hemos también señalado ciertos puntos que suscitan dudas o aun críticas. No obstante ello, el balance es ampliamente positivo. No podemos más que felicitar al legislador peruano por sus esfuerzos en materia de arbitraje, pues supo, a través de sus reformas, identificar a Perú dentro del grupo de países que han promulgado leyes modernas y favorables al arbitraje<sup>805</sup>.*

Debemos, sin embargo, mencionar que en los últimos 10 años el número de arbitrajes creció en forma exorbitante, lo que ha afectado la actividad arbitral y ha generado impactos negativos difíciles de manejar.

El tema ha venido siendo alertado ya desde hace muchos años. Vemos en ese sentido cómo Roger Rubio comenta en el 2016 que: *"es cierto que el Perú tiene una particularidad el arbitraje de contratación pública que lo hace muy masivo, que hace que haya mucho arbitraje por todos lados, por todo el Perú y eso rompe un poco los*

<sup>805</sup> Mantilla-Serrano, Fernando, op. cit., p. 37.

*estándares... las reglas de la IBA están pensadas para arbitrajes internacionales y no son masivos"*<sup>806</sup>.

Del mismo modo, Fernando Cantuarias nos comenta que: en el Perú *"el gran problema es el arbitraje público, mientras el Perú siga creciendo va a haber muchísimo arbitraje y más plata de por medio y por tanto muchos intereses"*<sup>807</sup>.

Es un tema real y concreto que algunas entidades públicas peruanas manejan cientos de arbitrajes. Esto trae como consecuencia, entre otras situaciones, el incremento de conflictos de interés, la demora en tramitar los casos por árbitros que asumen cargas superiores a las que pueden razonablemente manejar y que se acuda a designar abogados y árbitros sin las cualidades profesionales para llevarlos adelante en forma responsable y adecuada.

Es un reto encontrar una forma adecuada de manejar los problemas de la masificación y saturación del arbitraje, sin que las medidas que se tomen desvirtúen la figura del arbitraje con propuestas como han sido considerar a los árbitros funcionarios públicos y otras similares que, aunque probablemente puedan hacerse con buena intención, conllevarían a afectar gravemente la esencia del mecanismo arbitral.

#### F. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Dentro de lo que permitía el marco constitucional, el Perú se adhirió al CIADI, firmó tratados de protección de inversiones e incorporó en sus contratos de inversión cláusulas de arbitraje internacional.

A través de los tratados, el estado peruano da su consentimiento para ser demandado por los inversores por la vulneración a las garantías que concede en ellos. Como consecuencia de esta decisión, el Perú se expuso a acudir a tribunales arbitrales internacionales y se ha visto en la necesidad de presentar defensa a ese nivel. Para ello, en forma responsable, estableció un sistema de coordinación que le permitiera estar en capacidad de responder al compromiso asumido.

La Ley N° 28933 y su reglamento (D.S. N° 125-2008-EF) establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión. Se considera controversia internacional de inversión para estos efectos a las controversias en

<sup>806</sup> Seminario: "Ética vs Corrupción en el Arbitraje" desarrollado el 13 de julio de 2016, organizado conjuntamente por las 3 instituciones arbitrales más importantes del Perú: el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, la Unidad de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

<sup>807</sup> En Guzmán-Barrón Sobrevilla, César; Zúñiga Maraví, Rigoberto y Seminario Reyes, Carlos, "Ética en el Arbitraje de Contratación Pública: Problemas y Soluciones", *Arbitraje PUCP*, Núm. 6, 2016, p. 107, disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17029/17327>.



materia de inversión entre el Estado peruano e inversionistas nacionales o extranjeros, sometidos a mecanismos internacionales de solución de controversias.

Esto significa, en resumen, que este sistema y la comisión intersectorial que se crea con ella, conocida como SICRECI, es competente siempre que se trate de un caso bajo tratado de inversión o de un contrato con cláusula arbitraje CIADI.

La legislación obliga a todas las entidades públicas peruanas a comunicar al SICRECI todo instrumento que contenga mecanismo internacional de solución de controversias y a notificar cualquier controversia de competencia del sistema. Establece reglas y mecanismos específicos que permiten que el estado tenga una organización eficiente de su defensa, lo que es generalmente reconocido.

El Perú ha enfrentado desde su incorporación al CIADI hasta la fecha 40 casos, de los cuales 28 ya concluyeron y 12 están pendientes. Debe comentarse que también se identifica que el número de casos que el Perú enfrenta en este momento dista de lo que ocurría hasta el 2010, cuando no había más de 4 ó 5 casos pendientes.

Hay también un incremento particular de reclamos contra el estado peruano que llama la atención, pues no parece ser solo una evolución de los años que llevan vigentes los convenios, sino que revela una multiplicación en las desavenencias entre el estado y los privados y una alta litigiosidad en las relaciones inversionista-estado.

#### G. ALGUNAS ESTADÍSTICAS

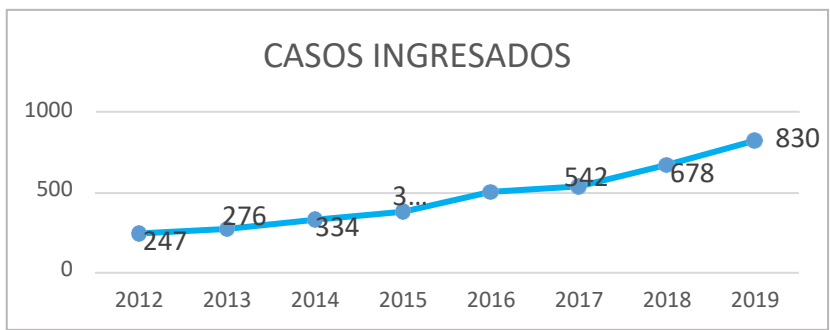
Para complementar lo que hemos reseñado en los puntos anteriores, podemos mostrar algunas estadísticas que reflejan la forma como ha evolucionado el arbitraje y cómo es que ha crecido exponencialmente, especialmente en materia de arbitraje de contratación pública.

Si bien no contamos con cifras del total de arbitrajes que puedan haberse tramitado a nivel nacional, mostramos la información de los casos que se han tramitado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (Centro de Arbitraje CCL) que nos permite ilustrar el incremento explosivo de casos en la última década, revelándonos además la importancia del componente público en esta situación.

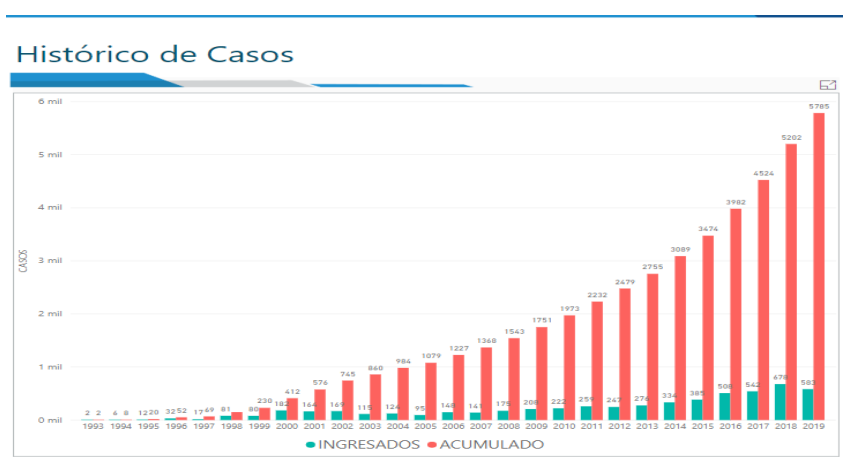
En el cuadro que se muestra a continuación vemos la evolución de los casos ingresados cada año solo en este centro de arbitraje y cómo es que se ha multiplicado por cuatro en menos de 10 años<sup>808</sup>.

---

<sup>808</sup> Información proporcionada por el Centro de Arbitraje de la Camara de Comercio de Lima.

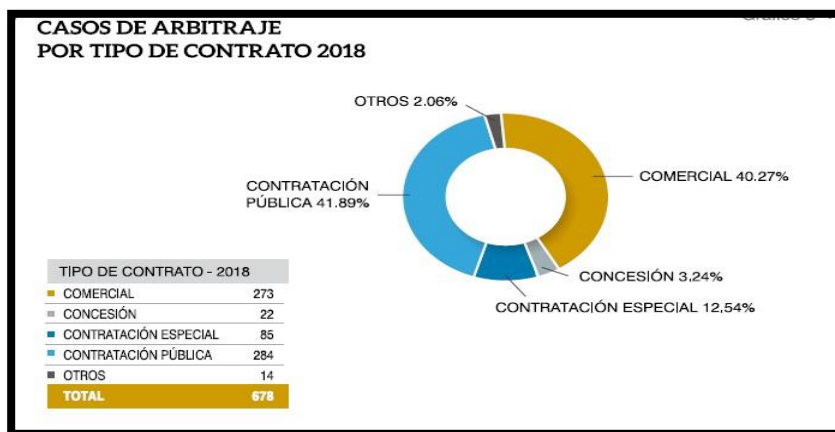


En ese mismo sentido, vemos el histórico de casos acumulados en el mismo centro de arbitraje, alcanzando un muy elevado acumulado histórico que en buena parte se ha gestado en los últimos 10 años.



Actualmente, como se ve en el cuadro que figura más abajo, en el Centro de Arbitraje CCL un 50% de arbitrajes son privados comerciales y un 50% de arbitrajes involucran al estado. Específicamente, los arbitrajes de índole comercial representan el 49.17%.

En aquellos casos donde figura el estado, los referidos a contratación pública son un 35.53%. Los otros casos que figuran como “contratación estatal” son los no cubiertos por la Ley de Contrataciones pero que involucran entidades del estado por otras legislaciones especiales (por ejemplo, la ley de expropiaciones, que dispone también el uso del arbitraje) y representan un 10.95%. A esto se añade, finalmente, los arbitrajes en materia de concesión que representan un 3.24%.



Esto confirma la situación antes descrita respecto a la masificación que ha significado el arbitraje de Contratación Pública. Debemos, además comentar que el otro centro de arbitraje que maneja un número elevado de casos es el que administra la Pontificia Universidad Católica del Perú. El peso del arbitraje estatal es bastante más acentuado, lo que significa que en un acumulado de casos la proporción del arbitraje estatal está bastante por encima del 50%, según lo reportado por el Centro de Arbitraje CCL.

Hasta este punto, hemos explicado las principales características del arbitraje peruano y el contexto en el que se ha venido desarrollando en los últimos años. Teniendo en cuenta este panorama, pasaremos a explicar el control judicial de los laudos en nuestra jurisdicción, en especial, el uso de los procesos constitucionales para cuestionar las decisiones arbitrales.

### III. MEDIOS IMPUGNATORIOS Y PROCESOS CONSTITUCIONALES

En el Perú, existen dos vías para cuestionar judicialmente un laudo arbitral; dicho de otro modo, los medios “impugnatorios” de un laudo son el recurso de anulación y la acción de amparo contra laudo, o también llamado “amparo arbitral”, que es un proceso constitucional. Se trata de controles *ex post* a la emisión del laudo<sup>809</sup>.

Remitiéndonos nuevamente al principio de no intervención judicial, debe tenerse presente que estos dos mecanismos judiciales contra un laudo son excepcionales, no constituyen una nueva revisión del caso o doble instancia. Son mecanismos de control judicial cuya razón de existir es garantizar que se respeten las reglas más elementales del arbitraje y que no se vulneren principios constitucionales. Como bien señalan Arrarte y Vargas: “Dado que en todo proceso arbitral se deben respetar los Derechos Fundamentales (como es el derecho al debido proceso), nuestro legislador ha previsto

<sup>809</sup> Bullard, González, Alfredo, op. cit., pp. 74-75.

*mecanismos de control posterior que garanticen su eficacia, evitando así situaciones de arbitrariedad o abusos del poder conferido a los árbitros*<sup>810</sup>.

A continuación, se desarrollará la regulación y los requisitos del recurso de anulación de laudo y el amparo arbitral, así como la relación y diferencias que existen entre ambos.

#### A. RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO

La Ley de Arbitraje solo contempla al recurso de anulación como única vía para cuestionar el laudo, de manera *ex post*. Así lo dispone el artículo 62:

*Artículo 62.- Recurso de anulación.*

*1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.*

En el artículo 63°, numeral 1, de la Ley de Arbitraje<sup>811</sup> se encuentran las causales por las cuales es posible interponer un recurso de anulación de laudo arbitral ante el poder judicial. La ley señala que las causales son un listado taxativo, lo que implica que se deben interpretar restrictivamente, toda vez que estamos ante un recurso extraordinario y excepcional. Además, bajo ninguna circunstancia corresponde revisar o cuestionar el fondo

<sup>810</sup> Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Vargas Soto, Sheilah. “¿Cuándo nos encontramos ante un laudo arbitral firme?”, *Forseti, Revista de Derecho*, Lima, 2018, p. 111, disponible en: [http://forseti.pe/media\\_forseti/revista-articulos/Articulo\\_Arrarte\\_-\\_Vargas.pdf](http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/Articulo_Arrarte_-_Vargas.pdf)

<sup>811</sup> “Artículo 63.- Causales de anulación.

*1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:*

*a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.*

*b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.*

*c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.*

*d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.*

*e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.*

*f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.*

*g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.*

de la decisión arbitral<sup>812</sup>. Las causales de nulidad se refieren pues a aspectos formales del arbitraje.

En esa misma línea, Arrarte y Vargas indican que: “*Como es sabido, este recurso de anulación, tiene como objeto la revisión de validez del laudo por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63. No pudiendo los jueces pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión, y tampoco podrán calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral*”<sup>813</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, revisemos las causales de anulación de laudo que contempla nuestra Ley de Arbitraje:

- Inexistencia, nulidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral (literal a del artículo 63.1). La norma dispone que esta causal solo se puede invocar si la parte afectada reclamó, en su momento, ante el tribunal arbitral y el pedido fue desestimado<sup>814</sup>.
- Falta de notificación del nombramiento de un árbitro, actuación arbitral o que no se haya podido hacer valer los derechos (literal b del artículo 63.1). Esta falta también debe haber sido invocada ante el tribunal arbitral y debe haber sido desestimada.
- La composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de la ley arbitral de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en la ley arbitral (literal c del artículo 63.1). El incumplimiento de las reglas arbitrales pactadas también debe haberse reclamado ante el tribunal arbitral, quien debió desestimarlo para que se pueda invocar como causal de anulación.
- Laudar sobre materias no sometidas a decisión del tribunal arbitral (literal d del artículo 63.1). Esta causal también tiene como requisito que haya sido objeto de reclamo ante el tribunal arbitral. La ley dispone en el artículo 63.3 que solo se anulará la parte que resuelve las materias

---

<sup>812</sup> “Artículo 62.- *Recurso de anulación: 2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral*”.

<sup>813</sup> Arrarte Arisnabarreta, Ana María y Vargas Soto, Sheilah, op. cit., p. 112.

<sup>814</sup> “Artículo 63.2: *Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas*”.

no sometidas a arbitraje, en tanto se pueda separar de lo demás; de lo contrario, se anulará todo el laudo.

- Laudar sobre materias no arbitrables, tratándose de un arbitraje nacional (literal e del artículo 63.1). En este caso, el artículo 63.3 de la Ley de Arbitraje también dispone que solo se anulará la parte no arbitrable, en tanto sea posible. Asimismo, esta causal puede ser evaluada de oficio por el juez competente.
- En caso de un arbitraje internacional, el laudo es anulable si, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional (literal f del artículo 63.1). Según el artículo 63.6 de la Ley de Arbitraje, esta causal puede ser revisada de oficio por el juez competente.
- Laudar fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral (literal g del artículo 63.1).

Considerando que este recurso es excepcional, la Ley de Arbitraje en el artículo 63.7 señala que no procede la anulación si la causal invocada ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

## B. ACCIÓN DE AMPARO CONTRA LAUDO

Como ya se explicó en la sección anterior, en el Perú la ley solo contempla al recurso de nulidad como mecanismo para cuestionar un laudo. Sin embargo, a nivel jurisprudencial, se ha establecido que la acción de amparo también procede contra laudos arbitrales, en ciertas circunstancias. Veamos cómo funciona este proceso.

La acción de amparo es un proceso constitucional que sirve para proteger derechos constitucionales. Conforme al artículo 200°, inciso 2, de la Constitución del Perú: *“la acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución”*. Entre los derechos protegidos por el amparo se exceptúan a los derechos que se encuentran tutelados por los procesos de habeas corpus y habeas data, es decir, la libertad individual y derechos conexos (habeas corpus) y el derecho a la información pública y autodeterminación de la información personal (habeas data).

De la citada norma de la Constitución no se desprende que la acción de amparo opere contra laudos arbitrales. En el Código Procesal Constitucional peruano tampoco existe una norma que regule la procedencia del amparo contra laudos. El amparo procede contra actos de cualquier autoridad, funcionario o persona, frente a actos basados en

normas o respecto de resoluciones judiciales firmes<sup>815</sup>. Ninguno de esos supuestos comprenden el laudo<sup>816</sup>.

A pesar de que ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional peruano se regula la acción de amparo contra laudos, judicialmente se ha establecido los lineamientos para la procedencia del amparo arbitral. En el Perú, el amparo arbitral ha sido regulado por el Tribunal Constitucional, a través de precedentes de observancia obligatoria<sup>817</sup>.

Es importante resaltar que el “amparo arbitral” debe ser de carácter excepcional y debe ser empleado respetando los principios arbitrales, pues una mala utilización de esta figura puede ser muy perjudicial para el arbitraje. *“Si bien es cierto existen avances positivos por limitar el amparo contra laudos, lo cierto es que una incorrecta utilización de esta vía puede ser en verdad nefasta, tanto para la práctica del arbitraje en sí, como en relación a la responsabilidad internacional de nuestro Estado”*<sup>818</sup>.

La regulación del amparo arbitral ha tenido diferentes etapas y ha acogido criterios contenidos en diversas decisiones del Tribunal Constitucional, de las cuales destacamos la sentencia recaída en el Exp. N° 142-2011-PA/TC, conocido como el “caso María Julia”, que contiene el precedente vinculante que hoy se encuentra vigente en el Perú.

A fin de establecer criterios claros y precisos sobre el amparo arbitral, el Tribunal Constitucional estableció, en los fundamentos 20 y 21 de la mencionada sentencia, los supuestos para la procedencia e improcedencia del amparo arbitral, los cuales son los siguientes:

*“20. De acuerdo con lo indicado en líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:*

***Improcedencia del amparo arbitral:***

<sup>815</sup> Ver Artículo 2, 3 y 4 del Código Procesal Constitucional peruano.

<sup>816</sup> El hecho que un árbitro sea “autoridad” para las partes en el proceso no les confiere la condición de autoridad estatal.

<sup>817</sup> Al respecto, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala: *“Artículo VII.- Precedente: Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”*

<sup>818</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando, “The international responsibility of States due to cancel or not to recognize awards”, *IUS ET VERITAS*, Vol. 24, núm. 49, 2014, pp. 130-144.

a) *El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.*

b) *De conformidad con el inciso b) del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572.*

c) *Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera, la aplicación del inciso 1 del artículo 65° e inciso 1 del artículo 73° de la Ley N° 26572, respectivamente.*

d) *Cuando a pesar de haber aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63° [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65° [inciso 1] y 73° [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).*

e) *La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.*

f) *Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4° del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.*

***Supuesto de procedencia del amparo arbitral***



21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1071<sup>819</sup>.

Con estas reglas, el Tribunal Constitucional limitó los supuestos para la utilización del amparo arbitral, pues es claro en establecer que el recurso idóneo para cuestionar un laudo es el de anulación (en tanto sea aplicable). Excepcionalmente se puede recurrir a este proceso constitucional. Compartimos la postura del Tribunal Constitucional, pues consideramos que es correcto limitar el uso del amparo arbitral, toda vez que una inadecuada utilización o flexibilización de los supuestos de procedencia afectaría la eficacia de los laudos y, en consecuencia, el funcionamiento del arbitraje en el Perú.

Posteriormente al caso María Julia, el Tribunal Constitucional señaló en el Auto del Expediente N° 8448-2013-PA/TC, conocido como el caso Octavio Olegario, (i) que el precedente María Julia no es aplicable para las resoluciones arbitrales emitidas en la fase de ejecución del laudo; y (ii), que contra dichas resoluciones procede la acción de amparo. Ello se puede apreciar en los fundamentos N° 11 y N° 12 del Auto mencionado:

*“11. Que, sin embargo, el referido precedente vinculante no resulta aplicable a los supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, el alegado agravio a los derechos fundamentales proviene de resoluciones arbitrales distintas al laudo arbitral, concretamente de resoluciones arbitrales expedidas en la fase de ejecución del laudo arbitral. Asimismo, conviene destacar que, en situaciones como la aquí descrita, esto es, cuando se emite una resolución arbitral que desconoce, incumple, desnaturaliza o inejecuta el laudo arbitral emitido, no existe mecanismo*

<sup>819</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 142-2011-PA/TC, 12 de septiembre del 2011, disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>

*recursivo alguno por promover, toda vez que el recurso de anulación, según la norma de arbitraje, sólo procede contra los laudos arbitrales.*

*12. Que por ello, sobre la base de los fundamentos que subyacen para la impugnación de laudos arbitrales ante el Poder Judicial, es posible sostener que procede el proceso de amparo para cuestionar las resoluciones arbitrales, distintas al laudo, expedidas por el Tribunal Arbitral en fase de ejecución del laudo arbitral, siempre que se trate de una resolución que carezca de sustento normativo o sea emitida con manifiesto agravio a los derechos fundamentales, caso contrario, será declarado improcedente. En estos casos el objeto de control constitucional lo constituye la resolución arbitral que desconoce, incumple, desnaturaliza o inejecuta el laudo arbitral. Dicho control deberá llevarse a cabo conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia constitucional”<sup>820</sup>.*

A diferencia del caso María Julia, esta decisión del Tribunal Constitucional no fue declarada precedente de observancia obligatoria. Sin embargo, el Tribunal Constitucional agregó a lo dispuesto en el caso María Julia un supuesto más para la procedencia de amparos arbitrales y descartó el recurso de anulación como vía idónea para cuestionar las decisiones arbitrales emitidas en la ejecución del laudo, posición que no compartimos.

La decisión del Tribunal Constitucional parte de la premisa de no considerar laudo a las decisiones que se emiten durante la ejecución arbitral del laudo. Es por ello que se descarta la aplicación del recurso de anulación, el cual procede contra el laudo. En nuestra opinión, la decisión sobre ejecución del laudo a la que se refiere el caso Olegario sí debería calificar como laudo. En efecto:

*“(…) los pronunciamientos que concretizan el Laudo Primigenio, determinando fecha, plazo y forma de ejecución no deberían ser calificados jurídicamente como resoluciones arbitrales de ejecución sino como verdaderos Laudos de Ejecución.*

*Estos laudos de ejecución son decisiones tomadas por los árbitros, después de haber considerado los argumentos de las partes y analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas en sede de ejecución; así, de manera definitiva y motivada, concretizan y hacen*

<sup>820</sup> Auto del Tribunal Constitucional, Expediente N° 8448-2013-PA/TC, del 3 de setiembre de 2014, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08448-2013-AA%20Resolucion.pdf>

*ejecutable uno o varios Laudos Primigenios, a fin de poner fin a una cuestión litigiosa que las partes han sometido a su competencia*”<sup>821</sup>

Entonces, si se consideran laudos a las decisiones arbitrales que resuelven aspectos centrales de la ejecución del laudo, no solo es factible interponer contra ellos el recurso de anulación, sino que ésta es la vía idónea para cuestionarlos, en tanto se configure alguna de las causales previstas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Así pues, no es necesario ampliar las causales previstas en el caso María Julia, de modo que el amparo contra laudos se mantenga como recurso excepcional.

### C. OTROS CASOS RELEVANTES DE AMPARO ARBITRAL

Antes de establecer el precedente María Julia, el Tribunal Constitucional tuvo otras posturas sobre el amparo contra laudos, las cuales merecen ser mencionadas brevemente, a modo de un recuento de la historia del amparo arbitral en Perú.

En el año 1999, en la sentencia del expediente N° 189-1999-PA/TC, conocido como el caso Pesquera Rodga, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento N° 5 dos supuestos para la procedencia de amparo contra laudos: que se vulnere i) un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o ii) una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales.<sup>822</sup>

En el caso Cantuarias del año 2006 el Tribunal Constitucional afirmó que es incontrovertible la posibilidad de cuestionar los laudos arbitrales por la vía del proceso constitucional<sup>823</sup>. Luego, en el caso Proime, expediente N° 04195-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional abrió la posibilidad para que se revise la calificación y valoración de los hechos realizada por los árbitros<sup>824</sup>. Fue una medida errada y muy peligrosa para el arbitraje.

Como consecuencia de la anterior regulación, el Tribunal Constitucional emitió una serie de casos muy polémicos. Por ejemplo, en el caso Codisa, bajo el expediente N° 5311-

<sup>821</sup> Talavera Cano, Andrés. “ La Anulación como recurso idóneo frente a Laudos de Ejecución”. *IUS 360*, 2017, s/p. Disponible en: [https://ius360.com/privado/arbitraje/la-anulacion-como-recurso-idoneo-frente-a-laudos-de-ejecucion/#\\_ftn6](https://ius360.com/privado/arbitraje/la-anulacion-como-recurso-idoneo-frente-a-laudos-de-ejecucion/#_ftn6)

<sup>822</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 189-99-AA/TC, del 26 de octubre de 1999, disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00189-1999-AA.html>

<sup>823</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 06167-2005-HC del 28 de febrero de 2006, fundamentos 21, 22 y 23, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005-HC.pdf>

<sup>824</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 4195-2006-AA/TC, del 16 de noviembre del 2007, fundamento N° 4, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04195-2006-AA.html>

2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional analizó el fondo de la controversia y calificó la valoración de los árbitros<sup>825</sup>. Por razones de fondo dejó sin efecto el laudo.

Otro ejemplo es el caso Ivesur, bajo el expediente N° 2851-2010-PA/TC<sup>826</sup>, en el cual el Tribunal Constitucional consideró que se podía recurrir al amparo para cuestionar la falta de independencia del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ya que no era viable el recurso de anulación, y declaró nulas todas las resoluciones del Consejo Superior de Arbitraje y las actuaciones arbitrales.

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional cambió de postura y en el año 2011 estableció el precedente María Julia, el cual regula correctamente los supuestos en los que procede la acción de amparo contra laudos.

#### D. RELACIÓN ENTRE LA ANULACIÓN Y EL AMPARO ARBITRAL

Habiéndose expuesto la regulación sobre anulación y amparo arbitral en el Perú, es útil mencionar cómo se interrelacionan ambas vías de defensa.

En primer lugar, debe tenerse presente que en el Perú la acción de amparo es de carácter residual; esto implica que solo se recurre a ella en tanto no exista otro mecanismo idóneo. Así lo dispone el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional:

*“Artículo 5.- Causales de improcedencia*

*No proceden los procesos constitucionales cuando: (...)*

*2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus (...).”*

Conforme a la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, el recurso de anulación se considera una vía específica e idónea para la protección de derechos constitucionales en el arbitraje:

*“DUODÉCIMA. Acciones de garantía.*

*Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”.*

<sup>825</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 5311-2007-PA/TC, del 5 de octubre del 2009, disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05311-2007-AA.pdf>

<sup>826</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 2851-2010-PA/TC, del 18 de marzo del 2010, disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02851-2010-AA.html>

Con esta disposición se entiende que el recurso de anulación no es una vía previa para la acción de amparo, sino una vía igual de idónea. Esta interpretación guarda sentido con el carácter residual del amparo, puesto que no se puede recurrir al amparo para reclamar vulneraciones a derechos constitucionales, salvo en los casos excepcionales previstos en el precedente María Julia. Recordemos que en dicho caso el Tribunal Constitucional estableció las causales de improcedencia del amparo; una de ellas es cuando la vía idónea es la anulación:

***Improcedencia del amparo arbitral:***

***a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.***

***b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. (...).***

***c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071 (...).***

***d) Cuando a pesar de haber aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (...), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).***

El Tribunal Constitucional ha establecido en el caso María Julia cómo debe ocurrir la interacción entre la anulación y el amparo contra laudos; es decir, cuándo corresponde interponer un recurso de anulación o cuándo procede la acción de amparo. Ello guarda relación con el propósito de la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, según el cual la anulación es la vía idónea para evitar acudir al amparo, salvo, residualmente, en los supuestos contemplados en el precedente María Julia.

A pesar de lo anterior, algunos jueces interpretan la mencionada Duodécima Disposición como una causal adicional y más amplia a las establecidas para el recurso de anulación en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Consideran que se puede solicitar la anulación del laudo cuando éste vulnere o amenace cualquier derecho constitucional. El sustento para esta interpretación es que al final de la norma se indica que la anulación “*es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo*”.

Esa interpretación es errónea, ya que no toma en cuenta el texto completo de la misma Disposición, la cual indica que lo anterior se refiere a una causal de improcedencia del amparo: “*para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional (...)*”. En efecto, el artículo 5.2 del mencionado Código dispone que el amparo es improcedente cuando existe una vía idónea para la protección del derecho constitucional vulnerado. En esa línea ha sido desarrollado en el precedente María Julia del Tribunal Constitucional.

La Duodécima Disposición tiene pues como propósito resaltar que no debe recurrirse al amparo para cuestionar laudos; la norma no establece causales de anulación. Además, debe recordarse que la Ley de Arbitraje contiene una lista de causales de anulación del laudo e indica expresamente que son de carácter taxativo.

Otra posible interacción entre el recurso de anulación y el amparo ocurre cuando contra la sentencia judicial que resuelve la anulación se interpone una acción de amparo. Adviértase que en este supuesto no estamos ante un amparo arbitral sino ante un amparo contra resolución judicial, para lo cual debe atenderse a lo dispuesto por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional:

*“Artículo 4.- Procedencia respecto de resoluciones judiciales*

*El amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...)”.*

La posibilidad de cuestionar vía amparo las sentencias de anulación de laudos se estableció, expresamente, en el fundamento 20, literal f, del precedente María Julia: “*Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial*”.

Tal como lo menciona el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, el amparo procede cuando las resoluciones judiciales han sido dictadas vulnerando el derecho a la tutela procesal efectiva, el acceso a la justicia y al debido proceso. Por tanto, es posible recurrir al amparo cuando la sentencia que resuelve el proceso de anulación es emitida

vulnerando alguno de esos derechos. Adviértase que en este caso el amparo no es contra el laudo ni contra el proceso arbitral.

#### IV. CONCLUSIONES

En el Perú, el desarrollo del arbitraje ha venido acompañado de una reforma económica liberal y apertura internacional. En ese contexto, la jurisdicción peruana ha adoptado una postura favorable para el arbitraje. Sin embargo, hemos visto que un uso inadecuado de los recursos de anulación o procesos constitucionales a fin de menoscabar la eficacia de los laudos puede ser muy perjudicial para nuestro sistema arbitral. Finalmente, las partes recurren al arbitraje para obtener una decisión válida y eficaz. Los jueces peruanos no deben perder de vista ese propósito cuando resuelven demandas de anulación de laudos o amparos contra laudos, sin perjuicio de hacer uso del control judicial cuando corresponda.

Es importante que el arbitraje y la revisión judicial actúen en armonía, no son frentes enemigos. Los recursos contra los laudos, en esencia, son de carácter excepcional, no se pueden desnaturalizar y pretender una nueva revisión o análisis del caso arbitral. Todavía más extraordinario es el control constitucional del laudo, recurrir a esta figura debe ser la excepción, no la regla.

Consideramos que con las reglas del caso María Julia el Tribunal Constitucional ha establecido un buen equilibrio entre el arbitraje y el control constitucional de los laudos. Es por ello que sostenemos que no se deben ampliar ni interpretar extensivamente los presupuestos fijados en ese precedente. La experiencia nos ha demostrado lo peligroso que puede ser flexibilizar el amparo en nuestro país, no es deseable volver a las épocas del caso Covisa, cuando se podía revisar el fondo de la controversia y calificar los fundamentos de los árbitros.

**REPUBLICA DOMINICANA**  
**CONSTITUCIONALIDAD Y ARBITRAJE EN LA REPÚBLICA**  
**DOMINICANA**

*Édynson Alarcón*

*Fabiola Medina*

## **I. INTRODUCCIÓN**

El arbitraje ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Dominicano como un método alternativo de resolución de controversias. Diversas decisiones de dicho tribunal demuestran cómo en los últimos años ha existido, aunque de manera limitada, una interacción entre los procesos arbitrales y los procesos constitucionales. El presente ensayo analiza el arbitraje bajo el prisma constitucional, en sus diversas aristas conceptuales, abarcando el estudio de su desarrollo histórico, su definición, aspectos procesales y casos prácticos.

El trabajo de investigación es realizado desde la óptica dominicana por lo que la legislación y jurisprudencia local son las que principalmente se toman en cuenta. Se incluye una breve referencia al alcance que se le ha dado a la figura desde el punto de vista del derecho comparado, sin abundar sobre el mismo, en el entendido de que este es un esfuerzo regional y cada país habrá de ser estudiado por los expertos locales.

En una primera sección es evaluado el régimen aplicable al arbitraje en la República Dominicana desde un punto de vista constitucional y legal, así como su desarrollo histórico en el país. Luego se dedican varias secciones al escrutinio de aspectos conceptuales importantes, tales como el derecho a la dignidad como fundamento de la autonomía de la voluntad, piedra angular del arbitraje.

El ensayo continua con una necesaria explicación del carácter transversal de la constitucionalidad y la forma de controlar la misma, para definir las facultades del árbitro en un control difuso de la vulneración a principios fundamentales.

Una posterior sección investiga las potestades judiciales para enmarcar procesos y decisiones arbitrales, entrando de lleno en la discusión de la posibilidad de recurrir a la figura del amparo para interrumpirlos, modificarlos, suspenderlos o anularlos. En esa parte se presenta el estado de la discusión en el régimen dominicano, esta vez incluyendo tanto los aspectos de la ley de arbitraje que no son controvertidos como aquellos que han estado sujetos a discusión tanto por la doctrina como en la jurisprudencia. Posteriormente son



analizados algunos casos particulares debatidos ante el Tribunal Constitucional y el criterio que ha sentado esta alta corte respecto a los mismos.

Finalmente, son presentadas las conclusiones.

## II. EL ARBITRAJE BAJO EL PRISMA DE LA CONSTITUCIÓN DOMINICANA

Según concluyen los expertos el arbitraje de un modo u otro ha estado presente en el sistema jurídico dominicano desde la fundación misma de la República, en 1844. La llamada “Constitución de San Cristóbal”, votada en noviembre de ese año, que es el primer ensayo democrático del incipiente Estado y en la cual se organiza, también por primera vez, su estructura política y funcional, se refería, muy curiosamente, en su art. 45, a unos “jueces árbitros” que previa designación por los propios litigantes o por la autoridad judicial competente, si fuese necesario, intervenían para zanjar el conflicto en caso de no producirse un avenimiento *inter partes* en la fase preliminar de conciliación que precedía a los debates<sup>827</sup>.

Los árbitros tenían la potestad de conocer el proceso y emitir una decisión, la cual, con vistas a su ejecución, requería la homologación del alcalde o del juez presidente del Tribunal de Justicia Mayor, según que el objeto de la reclamación fuera inferior o superior a la suma de RD\$300.00 de la época<sup>828</sup>.

Algunos recuentos históricos señalan cómo en el año 1895 existió un frustrado intento de arbitraje de Derecho Internacional Público en el país, denominado el arbitraje de León XIII, en relación a una disputa existente sobre los límites fronterizos entre la República Dominicana y Haití.<sup>829</sup> Asimismo, se señala cómo el Estado dominicano fue parte de un proceso arbitral en el año 1904 para dirimir un conflicto respecto al pago de una deuda que mantenía el Estado.<sup>830</sup> Lo anterior refleja que ya desde inicio del siglo XX el Estado dominicano no era ajeno a la figura del arbitraje para dirimir ciertos conflictos de carácter internacional.

Años más tarde, con la adopción, traducción y adecuación de los códigos napoleónicos a finales del siglo XIX, en concreto en el Código de Procedimiento Civil promulgado en 1884, se introduce la primera legislación formal de carácter más o menos sistematizado destinada a la regulación del arbitraje en la República Dominicana: un

---

<sup>827</sup> Peña Rodríguez, Marcos y otros, *Arbitraje en República Dominicana: compendio de normativa*, Santo Domingo, Jiménez-Cruz-Peña, 2016, p. 17.

<sup>828</sup> Ídem.

<sup>829</sup> Espinal Hernández, Edwin y Alarcón, Edynson, “Para la historia del arbitraje en la República Dominicana: el frustrado arbitraje de León XII sobre la frontera dominico-haitiana”. En *Gaceta Judicial*, 1 de febrero de 2017, 0360.

<sup>830</sup> Ídem.

reflejo, en gran medida, de los celos y la desconfianza que en aquel entonces despertaba la llamada justicia paccionada. Ello explica la realidad de un régimen arbitral artrítico y paquidérmico, sumamente embotado, que en líneas generales –y con la sola excepción de la Ley de Cámaras de Comercio 50-87, verdadera pionera del arbitraje en nuestro país- se mantuvo vigente hasta el año 2008, que es cuando se produce la incorporación al derecho dominicano de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, encarnada en la L. 489 de 2008 sobre Arbitraje Comercial, del nueve (9) de diciembre de dos mil ocho (2008) (la “Ley de Arbitraje”).

Con posterioridad a la Asamblea Constituyente de 1844 no hay registro en el pasado sobre preceptos constitucionales referidos al arbitraje en el país, ni siquiera en las Constituciones más progresistas que en cada época hemos tenido, como fue el caso, en el siglo XIX, de la Constitución de Moca de 1858, y de la Constitución de 1963 durante el siglo XX, esta última, para no pocos, la más democrática y de mayor significación social a lo largo de nuestra historia republicana.

La actual Constitución, votada en el año 2010 y ligeramente reformada en 2015, trae en su art. 220 una disposición con la que el constituyente no solo concede un voto de confianza al arbitraje, sino que además corrobora y lleva al más alto nivel el canon que ya había instituido el art. 2 de la Ley de Arbitraje de que el Estado dominicano, en su condición de parte en un arbitraje internacional, no puede prevalerse del principio de inmunidad, en su doble vertiente de inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución, para procurarse una ventaja subjetiva por encima de su adversario o pretender sustraerse de las obligaciones que hubiese contraído en un concierto arbitral.

El art. 220 de la Constitución dominicana reza textualmente como sigue:

*Artículo 220.- Sujeción al ordenamiento jurídico.* En todo contrato del Estado y de las personas de Derecho Público con personas físicas o jurídicas extranjeras domiciliadas en el país, debe constar el sometimiento de éstas a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República. Sin embargo, el Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a jurisdicciones constituidas en virtud de tratados internacionales vigentes. Pueden también someterlas a arbitraje nacional e internacional, de conformidad con la ley.

Lo que en resumidas cuentas establece el art. 220 de la Constitución dominicana en su parte *in fine* es que el Estado está facultado para someter, tanto a arbitraje local como internacional, de acuerdo con la ley, cualesquiera controversias derivadas de una interacción contractual de la que forme parte. Lo anterior remite al fenómeno de su integración progresiva a actividades económicas y de abierta negociación, *vis a vis*, con el sector privado y, por consiguiente, su apertura al arbitraje. Después de todo ningún inversor, especialmente si es extranjero, prescinde de una cláusula arbitral con miras a la

firma de un contrato con el gobierno para la construcción de una autopista, un acueducto o una presa, de manera que las contestaciones surgidas a la sombra de estos convenios sean ventiladas y resueltas en un foro neutral, distante de los tribunales del propio Estado, en garantía del derecho a un debido proceso apuntalado por los principios de igualdad y contradicción, ante jueces verdaderamente imparciales. Esta realidad ha terminado imponiendo una revolución de la que resulta una importante matización o modulación del principio de inmunidad, el cual deja de interpretarse en términos absolutos para dar paso a una inmunidad “restringida” que obliga a diferenciar entre los actos *iure imperii* y los *iure gestionis*.

Si bien el arriba citado artículo 220 únicamente hace referencia expresa al arbitraje con el Estado dominicano, el arbitraje como método alternativo de solución de controversias entre particulares estuvo en su momento incluido en las discusiones de la redacción de la Constitución dominicana. Al respecto, durante las discusiones de los diversos borradores para la aprobación de la Constitución del año 2010, constitución esta última similar a la del 2015 salvo en lo relativo a la reelección constitucional y que introdujo grandes cambios al ordenamiento constitucional de la República Dominicana, se consagraba de forma expresa igualmente el arbitraje como un método para solucionar disputas entre particulares. Si bien la redacción propuesta quedó eliminada en la Constitución aprobada y promulgada, la validez de este método sería difícilmente contestable puesto que si la Constitución ha dado su autorización cuando se trata del Estado dominicano, resultaría contrario a la lógica jurídica el alegar razones de orden público u otra naturaleza para no permitirlo en un ámbito puramente privado.

Abundando sobre esa afirmación, lo cierto es que aunque la alusión del precepto sea al arbitraje “con parte pública”, es decir aquel en que participa el Estado u otra persona moral dependiente de él y muy señeramente, en ese contexto, al prodigio poco vulgar del arbitraje de inversión, sería ilógico pensar que el influjo legitimador del enunciado no se extienda, por igual, a las demás categorías y manifestaciones del arbitraje, no solo por tratarse, al final, de una estructura única que en cualquiera de sus advocaciones comparte el mismo fenotipo, sino por aplicación del viejo aforismo “quien puede lo más, puede lo menos”. Ergo, si la institución arbitral está en capacidad de reivindicar una irrefutable legitimidad cuando el Estado se sirve de ella, pese a las críticas y disidencias que durante siglos renegaron de esta posibilidad, surrealista hace apenas unos años, con más razón también puede hacerlo si quienes protagonizan su puesta en escena son particulares, de cara al derecho fundamental a la dignidad humana sancionado en el art. 38 de la Constitución.

No parece a estas alturas ser discutible que el derecho a la dignidad, íntima e irreductiblemente unido a la libertad personal, es el sustrato de la autonomía de la voluntad y que esta, a su vez, constituye la estructura basal del arbitraje. Incluso la Constitución dominicana, en su art. 8, admite que la función substancial del Estado consiste en “la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria,

equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”.

El cruce en el texto anterior del respeto a la dignidad con la garantía de un marco previo de libertad “compatible con el orden público” es la mejor prueba de que el germen del arbitraje, a través del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, tiene su esencia en la condición de la persona misma, en su dignidad como ser humano, y que se traduce, como ha dicho BALLESTEROS GARRIDO, en la “posibilidad de que los individuos puedan dictar normas, como expresión de esa libertad, para autorregular sus relaciones privadas, normas que el Estado asumirá como propias, concediéndolas un vigor semejante al de la ley y por cuya eficacia velará con idéntico rigor”<sup>831</sup>.

La autonomía de la voluntad hunde sus raíces en la filosofía individualista desarrollada en Europa a partir del siglo XVII, aunque también con una importante influencia del cristianismo. La idea prevalente es la de “libertad” y con ella la de que el hombre solo se obliga por su propia voluntad, de suerte que la existencia del Estado y sus satélites se origina en esa voluntad individual. A ello precisamente hace referencia la teoría del contrato social, elaborada por Hobbes y Rousseau: los individuos conservan unos derechos esenciales contra el Estado u otro cuerpo que pueda minar su libertad. Este, en reconocimiento de la personalidad y la dignidad de sus súbditos, debe respetar su campo de soberanía, su libertad de determinar cómo administran sus relaciones privadas<sup>832</sup>.

La apuesta es, por tanto, a que como libres e iguales las personas tracen sus compromisos con lealtad, sin que nadie, por la fuerza o por el fraude, imponga su determinación. Y como se supone que ninguno obre contra sus propios intereses, las obligaciones asumidas serán justas: el reflejo de un consentimiento en estado puro e incorruptible. Luego, la función principal atribuida al derecho de los contratos y, de hecho, el arbitraje es producto de esta dinámica, consiste en asegurar el cumplimiento de lo pactado y cuidar que el concierto sea legítimo, el resultado de una auténtica libertad en salvaguarda de la seguridad jurídica y la paz social.

Al consagrar la Constitución dominicana con categoría fundamental el derecho a la dignidad y con él, como se ha explicado, la libertad de decantarse por el arbitraje otorgada a cualquier sujeto de derecho no afectado por ninguna incapacidad de obrar, sea que la controversia haya surgido o que el convenio arbitral le preceda bajo el formato preventivo de una cláusula compromisoria, esa autodeterminación tiene indisolublemente un fundamento ético derivado del principio de buena fe, en cuanto impone la fidelidad a la palabra empeñada. La libertad contractual proyectada en el acuerdo de arbitraje no tendría

<sup>831</sup> Ballesteros Garrido, José Antonio, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1999, p. 17.

<sup>832</sup> *Ibid.*, p. 18.

razón de ser si no fuera posible hacerlo cumplir mediante la excepción de arbitraje y la vertiente negativa de la regla *kompetenz-kompetenz*.

De ahí que con MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ concluyamos en que el principio *pacta sunt servanda* es el centro del derecho contractual moderno<sup>833</sup>, consolidado como una manifestación del respeto estatal a la autodeterminación de las personas y del efecto vinculante, con fuerza de ley, de las obligaciones legítimamente pactadas. Aunque la Constitución, como es natural, adjudique al Poder Judicial la sagrada misión de administrar justicia para decidir en nombre de la República sobre los conflictos, “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado” (art. 149), ello no implica, en modo alguno, una abdicación a la facultad que asiste al justiciable de acceder, si lo desea, a una *iurisdictio* convencional o privada, siempre que al hacerlo no violente las reglas de la arbitrabilidad objetiva o lo que es lo mismo, que ejerza su prerrogativa bajo reserva de respetar las denominadas materias inarbitrables. Más aún, habiendo optado por un cauce de solución de conflictos distinto, pero no al margen, del provisto por el Estado, esa decantación no trae implícita una renuncia al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. No en balde la Ley de Arbitraje<sup>834</sup>, a partir de su art. 39, regula un régimen judicial de instancia única conducente a la anulación del laudo como garantía de que todo el *iter* del arbitraje, desde su nacimiento hasta su culminación, se ciña a unos determinados estándares, muchos de ellos de ascendiente constitucional: debido proceso y orden público, por ejemplo.

Justamente en lo atinente al orden público, si partimos del criterio de que sus variables, directa o indirectamente, son de raigambre constitucional, al erigirse un control del laudo y, por ende, del arbitraje, ejercitable *ex officio* bajo el prisma de esta noción, es claro que asistimos a una conveniente armonización de la práctica arbitral en la República Dominicana con los valores, normas y principios del plexo constitucional. Otro tanto, asimismo, ocurre con la causal de anulación relativa a la violación del debido proceso traducible en indefensión.

La Constitución, finalmente, propicia la efectividad del arbitraje viabilizando la ejecución del laudo, en especial del laudo extranjero. Prevé en su art. 26 la aplicación de las leyes de derecho internacional en la medida en que los poderes públicos las hayan adoptado y establece, además, que las normas vigentes de convenios internacionales ratificados por el Congreso regirán en el ámbito interno, una vez publicados oficialmente. Preciso es resaltar que el Estado dominicano es parte de diversos acuerdos internacionales en materia arbitral tales como: (i) la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) la cual fue ratificada y entró en vigencia en el año dos mil siete (2007); (ii) la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) la cual

<sup>833</sup> Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Anuario de derecho civil*, vol. 47, núm. 1, 1994, pp. 31-90.

<sup>834</sup> Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana, núm. 489-08.

entró en vigencia en el año dos mil uno (2001); (iii) trece (13) acuerdos bilaterales de inversión así como el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (DR-CAFTA) muchos de los cuales establecen el arbitraje como método alternativo de resolución de controversias. Los efectos vinculantes de esos instrumentos promueven una cultura de no discriminación de los laudos extranjeros respecto de los locales, de forma que aquellos, en general, sean ejecutados bajo las mismas facilidades y presupuestos que estos, queda entonces evidenciado que el arbitraje, hoy por hoy, cuenta con un sólido aval que le permite exigir de los órganos públicos la cooperación necesaria para exportar sus resoluciones desde cualquier parte del mundo hacia territorio dominicano.

No huelga destacar, en el mismo orden, que la Ley de Arbitraje reconoce expresamente la realidad del arbitraje internacional. Es una legislación monista que integra soluciones aptas tanto para el arbitraje doméstico como el internacional, lo cual favorece la concepción unitaria de todo un sistema que no solo cumple un rol supletorio en la dispensa del servicio público de la justicia, sino que, más aún, lo complementa, lo expande y lo diversifica a través de la posibilidad, oportuna y concreta, de resolver disputas privadas con elementos de tráfico externo que probablemente, de otro modo, quedarían fuera de nuestro radar jurisdiccional. Entre los principales aspectos consagrados en esta norma se encuentran el reconocimiento del principio fundamental de la autonomía de la voluntad y reconocimiento expreso del carácter convencional del arbitraje. De manera específica, el numeral 1 del artículo 10 de la Ley de Arbitraje lo demuestra al consagrar la siguiente definición de “Acuerdo de Arbitraje”: “(...) es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje ciertas o todas las controversias que haya o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El Acuerdo de Arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”

En resumen, pues, la declaración solemne de la República Dominicana como un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, la libertad y la igualdad, se consolida cuando juez y árbitro comparen el ejercicio de la *iurisdictio* y son conscientes, cada uno, de su respectivo valor existencial: el primero como miembro del Poder Judicial, desde el grueso de la “litigiosidad” y ejerciendo con madurez las funciones de colaboración y control que respecto del arbitraje le confiere la ley y de las que este precisa, a fin de cuentas, en aras de su eficiencia y para construir legitimidad; el segundo como un capítulo más del derecho a la libertad individual, amparado por la propia Constitución en reconocimiento a la dignidad de los seres humanos y plasmado en un convenio privado, fruto de la autonomía de la voluntad, en que las partes se procuran un modelo de justicia más especializado y dinámico.

### III. TRANSVERSALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN EN CUALQUIER SISTEMA “ADVERSARIAL” Y HETEROCOMPOSITIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La República Dominicana se autoproclama en el art. 7 de su Constitución como un Estado social y democrático de derecho, fundado, entre otras cosas, en el respeto a la dignidad humana, al trabajo y a la cultura de protección de los derechos fundamentales. Declara, asimismo, que la función básica del Estado consiste en la salvaguarda efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, en un entorno de libertad individual y justicia social (art. 8).

En ese orden, el carácter normativo de la Constitución, su supremacía y su visión como derecho vivo, tan cotidiano como el código más manoseado, aunado al control de constitucionalidad o de adecuación y sometimiento de la ley ordinaria a los valores asumidos por el constituyente, son principios transversales al ejercicio de la *iurisdictio* en la República Dominicana, sea que quienes lo hagan sean magistrados, a través del Poder Judicial u otros órganos estatales con potestades dirimentes fuera de ese poder del Estado<sup>835</sup>, o que, en cambio, lo reivindiquen árbitros en el marco de la justicia privada. Es más, el control de constitucionalidad de la ley quizá sea la más importante manifestación de la tutela constitucional, sin importar la plataforma desde la cual sea actuada.

Si convenimos entonces en que el arbitraje no es ajeno a la Constitución y en que quienes ostentan la *iurisdictio* desde ese escenario también quedan sometidos a ella, no parece justificarse la sinrazón de descalificar a los árbitros y desconocerles legitimación para ejercer control constitucional y resistirse, motivadamente, incluso de oficio, a aplicar cualquier disposición de la *lex arbitri* o de la *lex causae* que a su juicio riña con los dictados de la carta magna. Como ha sido juzgado por el Tribunal Constitucional del Perú, los árbitros, a propósito del llamado control difuso de la constitucionalidad, “no podrían cumplir con la Constitución sin tener facultad de “inaplicar” una ley contraria a ella”<sup>836</sup>.

Más aún, así como no solo las lesiones a los derechos fundamentales e infracciones a los principios constitucionales se revelan en los actos de autoridad, sino también, tal vez en clave más peligrosa y sutil, en acciones emprendidas en el ámbito privado, precisamente por entes privados, la llamada *Drittwirkung der Grundrechte*<sup>837</sup> o eficacia de los derechos

<sup>835</sup> Como sería el caso, por ejemplo, del Tribunal Superior Electoral en materia contencioso-electoral o del Tribunal de Justicia Policial para la imposición de sanciones disciplinarias en el seno de la Policía Nacional.

<sup>836</sup> Rivalora Reisz, Domingo, “Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional: los dilemas de constitucionalizar el arbitraje”, *Revista Peruana de Arbitraje*, núm. 2, Ed. Grijley, Lima, 2006, p. 579.

<sup>837</sup> La doctrina alemana de la *Drittwirkung der Grundrechte* tiene su origen en el caso Lüth resuelto en 1958 por el Tribunal Constitucional Federal alemán y explora la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Se identifica un núcleo de valores en torno a la dignidad

fundamentales frente a los particulares, cobra especial importancia cuando quienes administran justicia o dicen el derecho no son jueces del aparato judicial estatal, sino practicantes del arbitraje como sistema alternativo y heterocompositivo de resolución de controversias.

Postular, en definitiva, la efectividad de los derechos fundamentales solo en el marco de la justicia ordinaria en desconocimiento de la realidad del arbitraje y del derecho de la ciudadanía a hacer uso de él dentro de los límites, lógicamente, que impone la “arbitrabilidad objetiva”, en lo que sería una suerte de oligopolio jurisdiccional, no solo es absurdo, sino que, más aún, compromete la presteza y la virtualidad de los mandatos de la Constitución y, de suyo, la horizontalidad de sus principios porque, como se ha dicho, “la realidad social del Estado constitucional no funciona desde la simetría y paridad en las relaciones privadas que exigiría la autonomía de la voluntad, y porque en consecuencia, desde situaciones privadas de privilegio se pueden conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan las posiciones más débiles”<sup>838</sup>. Lo anterior, por supuesto, no quiere decir que el arbitraje sea una elección válida tratándose de la incoación por vía principal de una acción constitucional de amparo, en reivindicación directa de derechos fundamentales. De hecho, la acción de amparo, en razón de su propia naturaleza, es inarbitrable, pero ello no impide que en el contexto de una litis arbitral ya abierta y en pleno apogeo, se planteen y eventualmente resuelvan situaciones que supongan o puedan implicar vulneración a derechos fundamentales, la indefensión o la violación al derecho de propiedad, por solo citar dos casos. Algunos aspectos de la arbitrabilidad y el concepto de orden público conforme ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional son más adelante analizados.

#### IV. LOS ÁRBITROS Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

El control difuso, de acuerdo al régimen vigente en nuestro país, plantea a todo operador del Poder Judicial el serio compromiso de arrostrar, ponderar y decidir *ex parte* o *ex officio* la cuestión de la constitucionalidad de la norma aplicable al caso concreto, con prelación al fondo mismo de la demanda y sin necesidad de sobreeser el proceso a la espera de un pronunciamiento en un sentido u otro del TC. Así resulta, apodícticamente, de los arts. 188 de la Constitución y 5, 51 y 52 de la Ley núm. 137-11, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales (en lo adelante la “LOTCP”) <sup>839</sup>.

En derecho dominicano el control de la constitucionalidad de la ley, sea en su versión concentrada o difusa, es un imperativo transversal del estado de derecho y a la vez

---

del ser humano y al libre desarrollo de su personalidad que es válida, sin distinción, en cualquier esfera del derecho y que ninguna disposición del derecho civil puede desconocer o transgredir.

<sup>838</sup> Auger Liñán, Clemente, “El principio de la tutela judicial efectiva en las relaciones privadas”, *Constitución y relaciones privadas* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 60.

<sup>839</sup> Ley orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, núm. 137-2011.



la más crucial revelación de la denominada justicia constitucional. Ese control, si bien principalmente reside en el TC, máxima autoridad en la materia e instancia de cierre para cualquier discusión sobre el particular, forma parte, además, de las competencias atribuidas a todo juez del orden judicial, siendo este tan responsable de velar por la supremacía de la carta magna y su resguardo objetivo como el más celoso de los magistrados de la indicada alta corte.

Ahora bien, partiendo del hecho de que esa tutela desconcentrada ha sido delegada, como afirma la propia Constitución, en “los tribunales de la República”, o, reproduciendo, si nos parece, las palabras del legislador ordinario en los artículos 51 y 52 de la LOTCPC, en “todo juez o tribunal del Poder Judicial”, es preciso preguntarse si aquellos practicantes del arbitraje que circunstancialmente ejercen la *iurisdictio* por encargo de las partes, estarían también llamados, o más aún legitimados, para afrontar tan delicadas funciones en la hipótesis, para nada improbable, de que alguno de los litigantes invoque en el curso de un arbitraje en que la *lex arbitri* o la ley aplicable al fondo de la controversia sea la dominicana, su no compatibilidad, real o supuesta, con la ley fundamental del Estado. Más todavía de oficio, ¿podrían los árbitros salirle al paso a esta situación y negarse a utilizar como legislación en el caso concreto una determinada disposición adjetiva, por apreciarse en ella rasgos inequívocos de inconstitucionalidad?

Huelga insistir en que aparentemente la justicia constitucional ha sido delegada en la República Dominicana con carácter de exclusividad en el TC y en el Poder Judicial, lo que acaso imposibilitaría que alguien más, fuera de esos ecosistemas, incursionara en ella, menos aún un árbitro con una facultad dirimente tan coyuntural y tornadiza. A tales efectos el art. 5 de la LOTCPC establece con bastante diafanidad y en una disertación no precisamente incluyente o permisiva:

[L]a justicia constitucional es la potestad del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial de pronunciarse en materia constitucional en los asuntos de su competencia. Se realiza mediante procesos y procedimientos jurisdiccionales que tienen como objetivo sancionar las infracciones constitucionales para garantizar la supremacía, integridad y eficacia y defensa del orden constitucional, su adecuada interpretación y la protección efectiva de los derechos fundamentales.

¿Significa entonces lo anterior que los árbitros, surgido el problema, deban mirar para otro lado o simplemente aplicar de manera mecánica e irracional, sin más, lo que ellos mismos quizás entiendan sea contrario a la carta magna, porque toda ley se presume constitucional hasta tanto sea expulsada del ordenamiento a través del control concentrado de constitucionalidad?

Lo primero es insistir en que el acuerdo de arbitraje no supone una abdicación implícita de los litigantes al ejercicio y reconocimiento de los derechos y garantías constitucionales que afloran de la noción del debido proceso en el marco de un

enjuiciamiento cualquiera que este sea: defensa, contradicción, audiencia, igualdad, prueba, etc. Lo segundo es que tampoco la sujeción al arbitraje se traduce en la intangibilidad o el blindaje absoluto de ese procedimiento, al extremo de que árbitros y partes puedan hacer de todo sin que sus virtuales indelicadezas reclamen algún tipo de consecuencia o de sanción. Lo tercero, tan importante o más importante que lo primero y lo segundo, es que los árbitros, en el ejercicio de una dignidad que les equipara a los jueces del régimen estatal de administración de justicia, no están exentos, tratándose de un arbitraje en derecho, de aplicar en un momento dado la Constitución del Estado y vigilar la compatibilidad de las normas de las que hagan uso con la propia Constitución y los precedentes vinculantes del TC. Si así no fuera veríamos sucumbir al arbitraje ante la más sutil insinuación de inconstitucionalidad o peor todavía, tendríamos a unos eunucos jurídicos zanjando litigios, al timón de una justicia muerta e inoperante, forzados a decidir con base en una reglamentación positiva que se presume acorde con la ley sustantiva, pero que a lo mejor no lo esté.

No parece justificarse el argumento de que si el laudo contiene consideraciones o interpretaciones de linaje constitucional su estructura ya no pueda, sobre este punto, ser revisada ulteriormente. Cierto que desde el instante mismo en que el laudo se dicta es “final”, lo que descarta para su ataque la apelación u otra vía ordinaria o extraordinaria de recurso, incluyendo cualquier revisión directa ante el TC, pero no lo es menos que la acción en nulidad del art. 39 de la Ley de Arbitraje ofrece un canal idóneo que a su vez permite denunciar y poner de relieve sus posibles patologías constitucionales. La vasija es autosuficiente y el alegato de “inconstitucionalidad” puede venir montado en más de una de las causales listadas taxativamente por el legislador nacional en el referido texto: indefensión (art. 39.2.b), inobservancia o violación del procedimiento aplicable (art.39. 2.d), transgresión del orden público (art.39. 2.f), etc. Catalizadores los hay y el juicio de anulación habilita un procedimiento de control extrínseco y autónomo –*ex novo*– desde una doble vertiente: tanto de legalidad ordinaria como de índole constitucional.

En España, por ejemplo, la vigencia del factor constitucional en el arbitraje es tan significativa que la construcción pretoriana que desde hace años se ha instaurado en torno al motivo de anulación por razones de orden público, lo asume como una “clara infracción de derechos fundamentales... [de] las garantías procesales recogidas en el texto constitucional”<sup>840</sup>. Y es que, expresan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, “tras la Constitución de 1978, existe general conformidad en anclar la escurridiza noción de orden público en el circuito de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente protegidos”<sup>841</sup>.

<sup>840</sup> Sentencias de las audiencias provinciales de Madrid, Vizcaya, Barcelona, Las Palmas: 12 de abril de 2003, 25 de noviembre de 2008, 12 de febrero de 2009, 11 de marzo de 2009 y 23 de marzo de 2009. VERDERA TUELLS, Evelio; Fernández Rozas, José Carlos y otros, *Jurisprudencia española de arbitraje: 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 829 y ss.

<sup>841</sup> Merino Merchán, José F. / Chillón Medina, José M, *Tratado de derecho arbitral*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 716.

De vuelta al posible ejercicio en sede arbitral del control difuso de la constitucionalidad, urge el rescate de una idea prístina y definitiva. Dado por descontado que el árbitro que resuelve en derecho tiene la obligación de fundamentar su decisión justamente en el derecho vigente, de acuerdo a lo previsto en el artículo 4.2.b de la Ley de Arbitraje, es entonces de esperarse que ese derecho positivo pueda y deba ser acometido por el juzgador en toda su integridad, no que sea divisible o que se utilice por trozos o parcelas. Y la Constitución, por supuesto, que es derecho vivo, no puede ser separada o escindida del conjunto de normas y disposiciones que llegado el caso tendría que manejar el árbitro para dar respuesta a la encomienda que se le ha hecho o para meramente negarse a aplicar un artículo o un párrafo de la ley ordinaria reñido con la Constitución misma. Convengamos en que si es el “derecho” lo que se va a aplicar, es todo el derecho, sin recortes o zonas vedadas.

Si tanto se habla en doctrina del arbitraje como un “equivalente jurisdiccional” o como un sustituto, en su campo, “de la actividad jurisdiccional del Estado”, en uso de la terminología ya clásica que se ha hecho célebre a fuerza de pronunciamientos reiterados y tenaces del Tribunal Constitucional español, y cuyo laudo, inclusive, produce efecto de cosa juzgada, ¿por qué negar a los árbitros la potestad de “enjuiciar” bajo el prisma de la Constitución, el texto de derecho procesal o de fondo que se pretenda sirva para definir en todo o en parte la suerte del pleito, no para expulsarlo o proscribirlo del sistema ni cosa parecida, sino simplemente para justificar su no aplicabilidad al caso concreto?...

Obvio que las consideraciones de los árbitros atinentes a la validez o no de la ley tildada de inconstitucional se controlarían por la acción en nulidad y los resultados de esta, a su turno, por la casación hasta luego dar paso a la posible revisión del asunto ante los jueces del TC.

## **V. ESTADO DE DISCUSIÓN EN LA REPÚBLICA DOMINICANA RESPECTO A LA FIGURA DEL ARBITRAJE Y EL PROCESO ARBITRAL**

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje diferentes aspectos del proceso arbitral han sido discutidos tanto en el plano académico como práctico, lo cual se ha visto reflejado no solo en las decisiones de los tribunales sino también en la doctrina y jurisprudencia local. Algunos de los aspectos consagrados en la norma no son controvertidos pero existen otros cuya discusión se ha mantenido en el tiempo siendo objeto de decisiones ante el Tribunal Constitucional Dominicano en su condición de órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Se dedica esta sección a la observación general de esa discusión, relativa a la admisibilidad del arbitraje y las posibles medidas para incidentar el proceso, reservándose la sección siguiente al estudio específico de las decisiones arbitrales.

Para recrear el contexto histórico, recordamos que antes de la creación del Tribunal Constitucional Dominicano, nuestra Suprema Corte de Justicia tenía entre sus facultades, al

margen de su rol casacional, la de conocer sobre la constitucionalidad de las leyes.<sup>842</sup> En este sentido, el pleno de la Suprema Corte de Justicia era competente para conocer de todas las acciones en inconstitucionalidad de conformidad con la ley núm. 156-97 del diez (10) de julio de mil novecientos noventa y siete (1997) así como las decisiones que eran recurridas ante este órgano judicial provenientes del ejercicio del control difuso por un tribunal judicial jerárquicamente inferior.

Durante el periodo transcurrido entre la promulgación de la Ley de Arbitraje hasta la posterior creación del Tribunal Constitucional Dominicano fue limitado el conocimiento de la Suprema Corte de Justicia en las atribuciones arriba indicadas sobre aspectos de constitucionalidad del arbitraje. En efecto, las principales discusiones de constitucionalidad del arbitraje ante la Suprema Corte de Justicia ocurrieron con relación a decisiones tomadas en ejercicio del control difuso de constitucionalidad en el caso de la ley núm. 146-02, sobre seguros y fianzas, la cual establece un imperfecto procedimiento previo de “arbitraje” obligatorio antes de acudir a la vía judicial.

La Suprema Corte de Justicia reclasificó este proceso como un peritaje previo a la demanda judicial, y estableció que el mismo no se imponía a las partes, por lo cual, en vista de que se encontraba basado en la autonomía de la voluntad de las partes y no impedía el acceso a la justicia, era procedente no declararlo inconstitucional.<sup>843</sup> En su decisión la Suprema Corte de Justicia estableció que la figura instaurada en la mencionada ley no era un arbitraje como tal.

El Tribunal Constitucional Dominicano fue establecido por el constituyente en la Constitución del año 2010 al disponer el artículo 184 que existirá dicha corte “*para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.*”<sup>844</sup>

Con un TC<sup>845</sup> de reciente creación, hace apenas diez años, la República Dominicana no cuenta con pronunciamientos numerosos de esa alta corte concernidos al arbitraje y a algunos contenidos de la legislación especializada en el tema cuya constitucionalidad, a nivel doctrinal, se discute en la actualidad, como es el caso, por ejemplo, de la renuncia anticipada a la acción en nulidad admitida por la Ley de Arbitraje en su art. 40.<sup>846</sup> En

<sup>842</sup> República Dominicana. Constitución Dominicana 2004, artículo 67.

<sup>843</sup> República Dominicana. Suprema Corte de Justicia. Sentencia núm. 108, Primera Cámara, Suprema Corte de Justicia, B.J. 1212.

<sup>844</sup> República Dominicana. Constitución Dominicana 2015. Artículo 184.

<sup>845</sup> Tribunal Constitucional dominicano.

<sup>846</sup> Como nota curiosa, se hace notar que los autores de este ensayo sostienen posiciones diferentes respecto al artículo 40 de la Ley de Arbitraje: mientras el Magistrado Édynson Alarcón entiende que esa disposición es inconstitucional, pues vulnera el derecho al debido proceso, Fabiola Medina es del

efecto, debido a los limitados años de existencia de esta alta corte, el desarrollo jurisprudencial en materia de arbitraje no es muy prolífero. Vale resaltar, sin embargo, que ya han sido adoptadas decisiones emblemáticas sobre aspectos importantes respecto a la admisibilidad del arbitraje, su legitimidad y bendición constitucional y la protección de la continuidad del proceso frente a acciones que pretenden obstaculizarlo o suspenderlo.

Entre los principales aspectos en materia arbitral reconocidos por esta alta corte se encuentra la idoneidad del arbitraje como método de resolución alternativa de conflictos. Al respecto, el Tribunal Constitucional dominicano ha reconocido, de manera clara, que el arbitraje es un método alternativo de resolución de controversias al cual las partes se someten voluntariamente. En igual sentido, ha dejado claro que el arbitraje no es contrario al derecho fundamental de tutela judicial efectiva, este último consagrado en el artículo 69 de la Constitución dominicana.

En efecto, el Tribunal Constitucional dominicano en una crucial decisión adoptada en el año 2017 reconoció de manera clara y expresa que el arbitraje es un verdadero método de solución de controversia, al establecer lo siguiente:

“[En] efecto, los llamados medios alternativos de resolución de conflictos son, también, verdaderos medios de justicia, tan eficaces como el proceso mismo y para algunos el producto final del arbitraje es hacer justicia en lugar de simplemente solucionar conflictos.”<sup>847</sup>

En la decisión arriba citada, la primera en abordar la validez del arbitraje como vía alternativa de solución de controversias, el Tribunal Constitucional reconoció que el arbitraje es una figura jurídica conforme a la constitución. En esta sentencia, también destaca la necesidad de que durante el decurso del arbitraje se provea al usuario de este sistema, sin dobleces, un debido proceso, como garantía de su permanencia y sostenibilidad en el tiempo. El Tribunal Constitucional, haciendo acopio de una decisión en la materia de su homóloga la Corte Constitucional de Colombia, precisó que el arbitraje se produce porque existe un acuerdo entre las partes, que está limitado por ley y que en su ejecución existe la obligación de respetar el debido proceso.

En una posterior sentencia, el Tribunal Constitucional hizo referencia de manera particular al arbitraje institucional. En este sentido, reconoció la naturaleza privada de los centros de arbitraje y el carácter privado del arbitraje establecido en la ley núm. 50-87.<sup>848</sup>

El Tribunal Constitucional aun habiendo reconocido desde el 2014 que las cámaras de comercio,<sup>849</sup> “poseen una naturaleza mixta” dado que “ejercen funciones tanto públicas

---

criterio que ese carácter no puede determinarse *in abstracto*, sino que depende del estudio casuístico de cada causal.

<sup>847</sup> República Dominicana, Tribunal Constitucional. Sentencia TC/543/17 del 24 de octubre de 2017.

<sup>848</sup> República Dominicana, Tribunal Constitucional. Sentencia TC698/18 del 10 de diciembre de 2018.

como privadas” “que resulta del carácter dual de las actividades inherentes a su funcionamiento, que también encontramos en cámaras oficiales de comercio y producción de otros países latinoamericanos”, supo precisar en su Sentencia TC/698/18 que los Centros de Resolución Alternativa que operan dentro de las cámaras de comercio son de naturaleza privada, y que como entes privados tienen plena facultad para exigir requisitos y normativas mínimas a los árbitros que forman parte del centro, sin que eso sea contrario a los derechos fundamentales.

El caso que se comenta versaba sobre horas mínimas de educación continuada exigidas por el Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo. A raíz del incumplimiento de dichas horas de educación por ciertos árbitros, los mismos fueron excluidos del listado oficial de árbitros del centro, lo que dio lugar a que algunos de los árbitros excluidos alegaran que dicha exclusión violaba a una serie de derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional precisó que el establecimiento de estos requisitos y aplicación de los mismos para retirar a los árbitros del listado oficial de árbitros del centro en nada era contrario al debido proceso, a la dignidad, a la seguridad jurídica, a la no discriminación, a la igualdad, al honor, al buen nombre y a la propia imagen, derechos estos últimos que se alegaba habían sido vulnerados al exigir horas mínimas de educación continuada.

En una reciente sentencia del año 2019<sup>850</sup> dictada con ocasión de una acción directa de inconstitucionalidad en contra de ciertos artículos de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Constitucional estableció que la naturaleza de la jurisdicción o de la materia arbitral permitía que el legislador configurara los procesos con especialidad y límites, respetando las disposiciones de dicha ley cánones constitucionales como lo son el principio de igualdad, el de tutela judicial efectiva y el de debido proceso, así como los principios de reglamentación e interpretación de los derechos fundamentales.

Las decisiones citadas reflejan que ha sido reiterado el reconocimiento de parte de nuestro Tribunal Constitucional de la figura del arbitraje como un método alternativo de solución de controversias, incluso a pesar de los pocos años de vigencia de nuestra alta corte. Este reconocimiento de la figura del arbitraje ya era reiterado por la doctrina dominicana al hacer una interpretación de la norma constitucional. Al respecto, la doctrina resalta la consagración en el artículo 220 de la institución del arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de controversias,<sup>851</sup> así como se puntualiza cómo a partir de las disposiciones del artículo 220 de la Constitución dominicana arriba citado se autoriza “la

---

<sup>849</sup> República Dominicana, Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0291/14 del 17 de diciembre de 2014.

<sup>850</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0421/19 del 9 de octubre del 2019.

<sup>851</sup> Jimenez, Cruz, Peña, *Arbitraje en República Dominicana: compendio de normativa*, Santo Domingo, 2016, p. 28.

*incursión en el arbitraje nacional e internacional no solo del Estado y sus estamentos, sino de todo aquel que desee ponerse bajo sus puentes*”<sup>852</sup>.

Respecto a posibles límites que pueda tener la norma constitucional sobre las materias que pueden ser objeto de arbitraje es importante destacar que la Constitución dominicana no excluye expresamente la arbitrabilidad de ninguna materia. Como hemos indicado anteriormente, la única disposición respecto a la materia es el artículo 220 que solamente hace referencia de manera expresa a la posibilidad del Estado de someterse a arbitraje. No obstante lo anterior, el artículo 111 de nuestra Constitución establece que *“las leyes relativas al orden público, policía y la seguridad, obligan a todos los habitantes del territorio y no pueden ser derogadas por convenciones particulares”*.

El orden público como limitante a la autonomía de la voluntad ha estado consagrado durante años en diversos textos constitucionales dominicanos. La disposición que se ha transcrito en el párrafo anterior podría servir como fundamento constitucional para interpretar el alcance que debe darse al artículo 3 de la Ley de Arbitraje que establece que no podrá ser objeto de arbitraje las causas que conciernen al orden público. Los límites del arbitraje en la República Dominicana los encontramos efectivamente en el art. 3 de la citada norma el cual indica : *“No podrán ser objeto de arbitraje: 1) Aquellos conflictos relacionados con el estado civil de las personas, dones y legados de alimentos, alojamiento y vestidos, separaciones entre marido y mujer, tutelas, menores y sujetos a interdicción o ausentes ; 2) causas que conciernen al orden público ; 3) En general, todos aquellos conflictos que no sean susceptibles de transacción.”*

El Tribunal Constitucional en la sentencia TC/0543/17 analizó el orden público como limitante del ejercicio de la autonomía de voluntad de las personas y el sometimiento de las diferencias entre las partes a arbitraje. Al respecto, estableció lo siguiente:

“[En] sentido amplio, el concepto de orden público se define como la situación que propende a la conservación de la paz y el bienestar general de la sociedad, teniendo como base las normas de interés público, las cuales son de cumplimiento obligatorio, no pueden ser derogadas por las partes, supeditan el interés particular al interés general y coadyuvan a un clima de seguridad jurídica.”<sup>853</sup>

El orden público como limitante del arbitraje no es un aspecto controvertido en la República Dominicana. La doctrina local ha sido reiterativa en aceptar el orden público

<sup>852</sup> Alarcón, Edynson, *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2012, p. 62.

<sup>853</sup> República Dominicana, Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0543/17 del 24 de octubre de 2017. pp. 24.

como limitante del arbitraje.<sup>854</sup> De manera particular y en un análisis no limitado al arbitraje, ciertos autores han analizado el concepto de orden público y lo difícil de su determinación.<sup>855</sup> En base a esto sí han existido discusiones sobre la aplicabilidad del arbitraje a ciertas materias como propiedad intelectual,<sup>856</sup> conflictos sucesorios,<sup>857</sup> existiendo opiniones encontradas respecto a ciertas materias como es el caso de la materia inmobiliaria.

## VI. DISCUSIÓN ESPECÍFICA RESPECTO AL CONTROL DEL LAUDO POR INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL: ¿AMPARO, RECURSO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL O ACCIÓN EN NULIDAD?

Vaya por delante que, así como el sistema excluye los recursos ordinarios y extraordinarios para la impugnación de los laudos, sería igualmente inviable en su contra un juicio de amparo. Ello a pesar del amplio sentido en que vienen redactados los artículos 72 de la Constitución y 65 de la LOTCPC cuando instituyen el amparo “para reclamar ante los tribunales... la protección inmediata de los derechos fundamentales, no protegidos por el *habeas corpus* cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares” o “contra todo acto u omisión de una autoridad o de cualquier particular”.

Es verdad que al hablar primero el constituyente y después el legislador ordinario del amparo como un mecanismo de “protección”, sin hacer distingo según que los excesos por corregir provengan de la “autoridad” o de “particulares”, la mención de estos últimos pareciera englobar a los árbitros en la toma de decisiones susceptibles de afectar o comprometer derechos fundamentales. Hay que tener en consideración, sin embargo, que al configurar y organizar la LOTCPC el procedimiento de la acción constitucional de amparo, deja en manos del juez apoderado la potestad de no admitirla en presencia “de otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado”<sup>858</sup>.

Ergo, no es únicamente el carácter de exclusividad de que ha sido revestida la acción en anulación como instrumento de impugnación en materia de laudos arbitrales<sup>859</sup>,

<sup>854</sup> Fernandez Rozas, José Carlos y Concepción, Nathanael, *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Políticas. Santo Domingo. 2013, p. 54.

<sup>855</sup> Medina Garnes, Fabiola, “La noción de orden público: cómo aprehender ese fantasma impreciso, cambiante y ubicuo”, 1 de abril de 2014. *Gaceta Judicial*. 0329

<sup>856</sup> Acevedo Gómez, Lilly, “El arbitraje y los derechos de propiedad industrial: criterios de convivencia”, *Gaceta Judicial*. 1 de septiembre de 2015, 0345

<sup>857</sup> Hernández Medina, Guillermo, “Arbitraje sucesorio y testamentario: posibilidad en la República Dominicana”, *Gaceta Judicial*, 1 de diciembre de 2015, 0348

<sup>858</sup> LOTCPC, art. 70.

<sup>859</sup> Ley de Arbitraje, art. 39: Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad, conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo...



sino que, más aún, siendo enteramente asequible el sistema y estando su potencial correctivo más que garantizado, todo apunta a que el remedio es suficiente para enmendar o neutralizar cualquier irregularidad de orden constitucional imputable al dictamen de los árbitros.

Incoada, pues, la demanda de amparo y ante el discurso deliberadamente optativo del art. 70 de la LOTCPC, al establecer que el juez, después de instruido el proceso “podrá” –no dice que tendrá o que deberá haberlo– dictar sentencia declarando inadmisibile la acción, sin examen al fondo, cuando existan otras rutas judiciales que permitan obtener eficazmente la salvaguarda del derecho invocado, queda del juez y en última instancia de los magistrados del TC, resolver el dilema, pero cuidado: abrir las puertas de ese enjuiciamiento directo contra los laudos, pasando por encima a la disponibilidad de la acción en nulidad, es peligroso no solo porque desconoce o desvirtúa la naturaleza del arbitraje y el principio de finalidad que le sustenta, sino porque, otrosí, fomenta un estado de dispersión, atomización e inseguridad que a todos podría hacernos llevar las manos a la cabeza.

Ni siquiera en México que es la nación que tal vez registra la tradición “amparista” más arraigada del hemisferio, ha prosperado la tesis del ataque directo, por vía de amparo, de los laudos arbitrales. La negativa allí se debe a razones no tan distantes de las nuestras y es útil ponderarlas, así sea a vuelapluma.

Tradicionalmente el amparo se ha concebido en la federación mexicana como un juicio de excepción dirigido a cuestionar los actos de la autoridad violatorios de los derechos constitucionales, noción en la que no encajan los árbitros porque ellos no son ninguna autoridad con *coertio* o fuerza pública. Así lo dejó sentado la 3era. Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en una sentencia memorable de mediados del pasado siglo que hasta hace poco definía pacíficamente el estado de la cuestión en el país azteca:

“[A]unque los árbitros, por disposición de la Ley, tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, como aquellos emanan de un compromiso formado entre particulares, su función es privada e igual carácter tiene el laudo que dictan... y como quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio no obra en interés público, estos es, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, se deduce lógicamente que las funciones de los árbitros no son públicas... en tal virtud no pueden los mismos árbitros conceptuarse como autoridades del Estado, por lo que los amparos que se intenten contra las resoluciones que dicten, resultan improcedentes...”<sup>860</sup>

<sup>860</sup> Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, 5ta. época, p. 424, Tomo CII, 17 de octubre de 1949. Tomado de Barragán García, Catalina, “*Procedencia del Juicio de Amparo Contra Laudos Arbitrales Comerciales*” en línea:

Recientemente, empero, en 2013, el presidente PEÑA NIETO promulgó una nueva “Ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, cuyo artículo primero, parte *in fine*, abrió la caja de Pandora e introdujo un elemento disociador frente a lo que era, hasta entonces, una orientación consolidada tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. La normativa -no ya tan flamante- que ha sacudido los altares, que ha planteado dubitación sobre la sostenibilidad de la posición tradicional y que ha hecho, en todo caso, repensar las cosas, reza del siguiente modo:

“[E]l amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley... Los particulares podrán tener la calidad de autoridad responsable en el juicio de amparo cuando actúen en ejercicio de funciones públicas...”

¿Cuál es el criterio que, pese a todo, finalmente, ha prevalecido?... Después de descartar a los árbitros, como ha ocurrido desde siempre, como “autoridad responsable” a los efectos de la legislación de amparo, la referencia a los “particulares” del nuevo texto genera sus dudas. Muy legítimas, por cierto. De todas maneras la doctrina más autorizada ha concluido en México manteniéndose firme en la postura clásica que deniega la auscultación del laudo mediante juicio de amparo, porque no obstante lo que diga la nueva reglamentación, a despecho, incluso, de su literalidad aparentemente tajante, el árbitro es un tercero ajeno a la disputa que no ejerce ni actúa como si ejerciera una “función pública”, ya que su poder no proviene de la ley, sino de la voluntad de las partes: mientras que el juzgador imparte justicia en el contexto de una jurisdicción universal, el árbitro tiene por misión exclusivamente resolver la litis sometida a su escrutinio; que “el actuar del árbitro – remata GONZÁLEZ DE COSSÍO– no es el resultado de una delegación de facultades del Estado. Es producto de la autonomía de la voluntad”<sup>861</sup>.

El mismo GONZÁLEZ DE COSSÍO deplora lo que a su juicio constituiría una “ironía lamentable” si se admite la revisión por amparo de los laudos arbitrales, toda vez que con ello “se violaría el derecho humano a contar con mecanismos de solución de controversias alternativos al derecho de tutela judicial... el instrumento de tutela de derechos humanos se usaría para lesionar un derecho humano”<sup>862</sup>.

Tampoco los españoles se motivan a abrir la brecha. El Tribunal Constitucional de ese país ha repetido más de una vez que “el procedimiento y el laudo arbitral no pueden ser objeto directo de impugnación en el recurso de amparo, ya que el Tribunal Constitucional

---

catarina.udlap.mx/u\_dl\_a/tales/documentos/ledi/...g.../capitulo4.pdf [consulta del 2 de enero de 2015].

<sup>861</sup> González De Cossío, Francisco, *Amparo y arbitraje*, Conferencia inédita leída por el autor en el XIV Congreso Nacional de Abogados, Puebla, México, noviembre de 2014, p.15.

<sup>862</sup> González De Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, S. A., México, D.F., 2014, p. 1121.

carece de jurisdicción para su enjuiciamiento al no ser un acto referible a ningún tipo de poder público... De ese modo, las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva... solo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación.”<sup>863</sup>.

Es bueno destacar que, en la Madre Patria, al tenor de la Constitución posfranquista, vigente desde el año de 1978, el amparo existe como un recurso subsidiario ante el Tribunal Constitucional, condicionado a que previamente se hayan agotado las vías judiciales ordinarias, al que accede cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera, asimismo el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo, a fin de exigir la protección de los derechos fundamentales<sup>864</sup>.

Con muy contadas excepciones, como el caso de Colombia, la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno no favorecen el ataque directo de los laudos a través del amparo constitucional. Ven esa iniciativa como una temeridad y un atentado a la seguridad jurídica. Desde la realidad dominicana y con un arbitraje todavía en proceso de construcción y consolidación –la Ley de Arbitraje apenas data de finales del año 2008– hablar siquiera de esta posibilidad es una involución, un golpe bajo.

Descartada entonces -al menos para nosotros- la acción de amparo contra el laudo ante los jueces del Poder Judicial, procedería ahora trasladar la pregunta con relación al recurso de revisión constitucional ante el TC. Y es que admitida la posibilidad de que los árbitros ejerzan control difuso de constitucionalidad y dada por descontada la indisponibilidad de recursos judiciales, ni ordinarios y extraordinarios, podría ser tentador para algunos procurar la revisión del aspecto constitucional dirimido por los árbitros ante ese órgano extra poder, erigido a partir del año 2010 en foro “de cierre” y supremo intérprete de la constitucionalidad.

Lo primero es que el art. 53 de la LOTCPC faculta al TC para “revisar las decisiones jurisdiccionales”<sup>865</sup> que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, con posterioridad al 26 de enero de 2010...” y es obvio que los laudos arbitrales no son fallos que ostenten esta condición. La inminente inclusión en el precepto de decisiones emitidas por otras instituciones oficiales fuera del Poder Judicial, las cuales, al igual que las sentencias firmes del tercer poder del Estado, sí quedan sometidas al enjuiciamiento de su constitucionalidad ante la instancia especializada en estos temas, no parece ningún dislate porque después de todo se trata de entidades Estatales, pero de ahí a que también se aspire a extender el reflujó a los laudos arbitrales probablemente sea ir demasiado lejos. Con ello nos llevamos de encuentro, de un tropicón, la actual legislación

<sup>863</sup> STC 9/2005 del 17 de enero de 2005. Igualmente STC 136/2010 del 2 de diciembre de 2010. Verdura Tuells, Evelio; Fernández Rozas, José Carlos y otros: *Jurisprudencia Española de Arbitraje: 60 Años de Aplicación del Arbitraje en España*, Aranzadi, Navarra, 2013, p. 641.

<sup>864</sup> Arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución Española de 1978.

<sup>865</sup> El subrayado es nuestro.

sobre arbitraje comercial y conspiramos a favor de la desnaturalización de todo un sistema en que interactúan, al alimón, fuertes influencias de la ley modelo de la CONUDMI<sup>866</sup> del 21 de junio de 1985 y la CNY<sup>867</sup> del 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

Lo segundo es que el arbitraje, como patrón alternativo de resolución de conflictos, conforma un conjunto metódico y organizado, ajeno a los poderes públicos y a la “oficialidad” del Estado, cuyos dictámenes son controlables a través de un régimen inteligentemente diseñado en dos etapas bien diferenciadas: el control primario ante el país de la sede, por vía de la acción en nulidad; y el control secundario mediante el procedimiento de ejecución ante un país distinto en el que se pretenda obtener la ejecución del laudo

Es así entonces como se llega a la conclusión, conjugando las disposiciones de los artículos 53.3 de la LOTCPC y 39 de la Ley de Arbitraje, de que la puesta en escena del TC en materia de litis arbitrales, debe necesariamente ceñirse a dos requisitos previos, a saber:

- a) que en efecto se haya producido la conculcación de un derecho fundamental en el marco del proceso seguido ante los árbitros, siempre que fuere formal y oportunamente invocada tan pronto como se tengan noticias de ella;
- b) que la inobservancia en cuestión no hubiere sido reparada por la CA durante la cognición de la acción en nulidad. Lo que es igual a decir que no hay acceso directo sin antes haber agotado la instancia judicial, solución que es cónsona con el espíritu de la LOTCPC, en cuyo artículo 53.3, letra “b”, se establece una veda para el caso de que se intente la remisión al TC sin interponer primero “todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional”.

En otras palabras: el laudo como tal jamás debe ser objeto directo de un recurso de revisión constitucional, aunque eventualmente sí podría serlo la sentencia librada por la Suprema Corte de Justicia por cuyo órgano se dé respuesta a la casación deducida contra la decisión intervenida sobre la demanda principal en nulidad. La virtualidad de un recurso ante el TC no se construye a intramuros del pleito arbitral en sí mismo considerado, sino con ocasión del proceso *a posteriori* e independiente que se inicia a partir del ejercicio de la acción en nulidad.

Si convenimos, pues, en la idea de que suscribir un convenio arbitral no significa en modo alguno que las partes renuncien a la tutela judicial efectiva de sus derechos ni al

<sup>866</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL en sus siglas en inglés).

<sup>867</sup> Convención de Nueva York de 1958.

conglomerado de garantías procesales que nos llegan incluidas en esa categoría epistemológica con rango constitucional, también tendríamos que convenir en que debe haber un medio que permita, en el contexto de la acción en nulidad, exorcizar estos fantasmas y obtener, cuando proceda, la sanción correspondiente. Justamente no por casualidad, entre las causales que al tenor del art. 39.2 de la Ley de Arbitraje pueden ser aducidas en sostén de la acción en nulidad se cita la “inobservancia del debido proceso”, traducida en “violación al derecho de defensa”, y más aún el motivo de impugnación relativo a la transgresión de las reglas de orden público. Hay, por tanto, más de un posible catalizador, pero siempre teniendo por contenedor la acción en nulidad, no por apoderamiento directo al TC.

Reiterar, por último, que al estar sujeta la actividad arbitral a la Constitución, como también lo están todos los ciudadanos, instituciones y poderes, es perfectamente posible plantear la excepción de inconstitucionalidad en esa sede, lo que implica ejercitar el control constitucional por vía difusa, desde las entrañas mismas de monstruo. Lo que sí desentonaría desde todo punto de vista con la mística del arbitraje sería la pretensión de suspender o sobreseer el proceso, sobre la base de que una determinada norma o disposición legal cuya implementación se haya demandado o se barrunte pueda ser aplicada, esté pendiente de conocimiento o de fallo en el TC. Insistimos en que el arbitraje no es susceptible de suspensión y que, al menos en principio, la figura del sobreseimiento le es ajena, porque no es más que el cumplimiento de un contrato con efectos que se consolidan y validan a través del tiempo.

## **VII. CASOS PRÁCTICOS EN LA JURISDICCIÓN DOMINICANA Y SU RESULTADO**

Como hemos visto entonces, en la actualidad el debate versa esencialmente en la posibilidad y la forma de recurrir las decisiones que emanan del tribunal arbitral. En ese tenor, luego de la aclaración conceptual, creemos pertinente analizar en esta sección varias decisiones del Tribunal Constitucional dictadas a raíz de las acciones y recursos anteriormente revisados y que comúnmente han sido utilizados para atacar decisiones en materia de arbitraje, de manera particular la posibilidad de recurrir una decisión arbitral de manera directa mediante una acción de amparo. De manera especial dedicamos un apartado a la decisión TC 506/18, ya mencionada, que zanja definitivamente la discusión.

Sobre la posibilidad de ejercer un recurso de alzada contra un laudo arbitral, desde el año 2012 la Suprema Corte de Justicia reconoció el derecho de las partes, basadas en el principio de autonomía de la voluntad, a renunciar a la interposición de los recursos contra los laudos y/o exequatur. Al respecto, estableció lo siguiente:

“[C]onsiderando, que en virtud de las indicadas cláusulas arbitrales convenidas en los acuerdos referidos anteriormente, la corte a-qua determinó que las partes “conviniere renunciar al derecho de apelar en cualquier corte en conexión con cualesquiera asuntos de ley surgidos en el

curso del arbitraje o con respecto a la adjudicación arbitral”, de donde coligió que el exequátur otorgado, no es susceptible de apelación por acuerdo de las partes; que, como bien afirma la corte a-qua, las partes tienen la facultad de renunciar por adelantado al derecho de apelar, como lo hicieron en los términos señalados anteriormente;<sup>868</sup>

Considerando, que el principio de la intangibilidad de las convenciones consagrado en el artículo 1134 del Código Civil, en cuya virtud “las convenciones legalmente formadas tiene fuerza de ley para aquellas que las han hecho. No pueden ser revocadas sino por mutuo consentimiento o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe”, fue debidamente respetado por la corte a-qua, por cuanto ante la existencia de cláusulas arbitrales incursas en cada uno de los contratos señalados, no les atribuyó un alcance distinto a lo pactado por las partes, no incurriendo en la falta de base legal y la desnaturalización de los hechos aducidas por las partes recurrentes en el desarrollo de los medios examinados, por lo que los mismos deben ser desestimados, y con ello, el presente recurso de casación.”

Es decir, desde los primeros años de vigencia de la Ley de Arbitraje la Suprema Corte de Justicia reconoció de manera expresa, basada en el principio de autonomía de la voluntad, la posibilidad de las partes renunciar a los recursos de la Ley de Arbitraje. Cúidese el lector de no confundir estos recursos con la acción principal en nulidad del laudo, que, como ya mencionamos, es aún una discusión pendiente que no ha sido llevada ante los tribunales dominicanos.

Por entenderlo pertinente, retomamos conceptos legales imprescindibles para entender las decisiones analizadas cuando se acciona contra un laudo. En ese orden, recordamos que la Ley de Arbitraje dispone que un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante la acción principal en nulidad bajo los siguientes supuestos:

- a) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley dominicana.
  - b) Que ha habido inobservancia del debido proceso, que se haya traducido en violación al derecho de defensa.
  - c) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las
-

cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular éstas últimas.

- d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley, de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se hayan ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.

La Ley de Arbitraje dispone que dicha acción debe ejercerse, a pena de inadmisibilidad, dentro del mes siguiente a la notificación del laudo. Las causas y motivos de anulación del laudo son de carácter estrictamente limitativo (*numeros clausus*). Esta acción en nulidad, resalta la doctrina, no tiene nada que ver con un recurso de apelación clásico que conlleva un nuevo examen de la cuestión de fondo; ella queda supeditada a los motivos específicos sancionados por el legislador de manera limitativa, acotándose que la decisión sobre este punto está sometida al control casacional.<sup>869</sup>

Adicionalmente a la acción en nulidad y por ser el objeto de la principal discusión en materia arbitral analizada en este ensayo, es necesario hacer algunas precisiones sobre el marco legal aplicable a la figura de amparo en la República Dominicana y sus particularidades en el régimen jurídico local.

El amparo fue consagrado constitucionalmente en la Constitución del 2010 al disponer el artículo 72 que *“toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades”*.

Ya hemos dicho que el ejercicio de la acción de amparo se encuentra actualmente regulado por la LOTCPC. Esta también rige los procesos de revisión en el Tribunal Constitucional al disponer que todas las sentencias emitidas por el juez de amparo pueden ser recurridas en revisión ante el Tribunal Constitucional.

<sup>869</sup> Alarcón, Edynson, “¿Constituye un segundo grado de jurisdicción la acción en nulidad prevista en el Art. 39 de la nueva Ley sobre Arbitraje Comercial?”, *Gaceta Judicial*, 1 de julio de 2009, 0272.

La LOTCPC dispuso todo lo concerniente a la acción de amparo, su forma de ejercicio, el juez competente así como sus causales de inadmisibilidad al precisar el artículo 70 lo siguiente:

“[A]rtículo 70. Causas de Inadmisibilidad.

El juez apoderado de la acción de amparo, luego de instruido el proceso, podrá dictar sentencia declarando inadmisibile la acción, sin pronunciarse sobre el fondo, en los siguientes casos:

- 1) Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado.
- 2) Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los sesenta días que sigan a la fecha en que el agraviado ha tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental.
- 3) Cuando la petición de amparo resulte notoriamente improcedente.”

Sobre la existencia de una vía judicial distinta al amparo y la inadmisibilidad de la acción de amparo el Tribunal Constitucional ha considerado tal inadmisibilidad en aquellos casos en que las peticiones del accionante corresponden a una materia ajena al juez de amparo y son propias de otro tribunal cuya competencia le ha sido otorgada expresamente por ley.<sup>870</sup> En igual sentido se ha pronunciado sobre la inadmisibilidad cuando la acción tiene como finalidad la protección de derechos subjetivos cuya protección está garantizada adecuadamente mediante los procesos comunes<sup>871</sup>.

Las anteriores decisiones reflejan el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional del mandato expreso dado por el legislador en virtud de lo dispuesto en el artículo 70.1 de la LOTCPC, de que la admisibilidad de una acción de amparo esté condicionada a la inexistencia de una vía judicial efectiva. Sobre esto último, con ocasión a la inadmisibilidad de una acción de amparo sustentada en el artículo 70.1, ha precisado el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“[A]demás, el ejercicio de la mencionada facultad de inadmisión se encuentra condicionada a la identificación de la vía judicial que el tribunal considere idónea, así como de las razones por las cuales la misma reúne los elementos de eficacia requeridos por el legislador.”<sup>872</sup>

<sup>870</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. TC/0012/14 del 14 de enero del 2014.

<sup>871</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. TC/0031/14 del 14 de febrero del 2014.

<sup>872</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. TC/0021/12 del veintiuno (21) de junio del año dos mil catorce (2014).



Lo anterior, conjuntamente con otros precedentes del Tribunal Constitucional ha sido analizado de manera precisa por el magistrado Hermógenes Acosta, juez del Tribunal Constitucional quien en una obra doctrinal sobre el tema hizo referencia al concepto de “otra vía judicial”. Al respecto, precisa dicho magistrado, para la aplicación del 70.1 lo correcto, *no es indicar que existe otro tribunal con competencia sino que lo que se debe es indicar o determinar que existe una acción procedente ante determinado tribunal*,<sup>873</sup> dando importancia al hecho de que para la aplicación del 70.1 lo importante es la existencia de una acción procesal por parte del amparista. El autor cita en apoyo de su criterio la decisión TC/0147/16 del Tribunal Constitucional en la cual se establece que la otra vía es la demanda procedente ante determinado tribunal.<sup>874</sup>

Tomando en cuenta lo anterior, el magistrado concluye que la expresión del legislador contenida en el artículo 70.1 que expresa “cuando existan otras vías judiciales” no puede ser otra cosa que una acción, una demanda o un recurso, pero no un tribunal<sup>875</sup>. Es precisamente cómo lo ha entendido este Tribunal Constitucional<sup>876</sup> al indicar que:

“[P]revio al conocimiento del fondo del presente caso, es preciso esclarecer que cuando este tribunal se refiere a otra vía efectiva para reclamar los derechos conculcados es con relación al proceso en sí; vale decir que la vía para reclamar si se trata de una acción, de un recurso o de una demanda, sea esta por la naturaleza civil, de tierras, penal o administrativa, etcétera.”

Las decisiones estudiadas terminan la discusión sobre la inadmisibilidad del amparo en caso de impugnación de los laudos arbitrales; de manera especial la sentencia TC 506/18 en la cual el Tribunal Constitucional analizó el alcance del arbitraje y la improcedencia del amparo para impugnar de manera directa los laudos arbitrales.

¿Cuál ha sido la posición del Tribunal constitución al profundizar en la cuestión de si el arbitraje es o no una vía jurisdiccional idónea para la tutela de las garantías fundamentales? Veamos una primera decisión relativa al tema, la TC 283/13 del año dos mil trece (2013),<sup>877</sup> a propósito de un recurso de revisión constitucional en materia de amparo.

La Primera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional, en su condición de juez de amparo, conoció del fin de inadmisión propuesto por la parte accionada, quien alegaba que el amparo era inadmisibile por existir

<sup>873</sup> ACOSTA, Hermógenes, “El amparo: los fundamentos de las causales de inadmisión”, *Revista Dominicana de Derecho Procesal Constitucional*. Año 1, Núm. 1. 2016, p. 23

<sup>874</sup> *Ibid.*, p. 25

<sup>875</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>876</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. TC/0161/14 del 23 de julio del 2014.

otras vías idóneas abiertas (medio de inadmisión de las acciones de amparo previsto en el artículo 70.1 de la LOTCPC), entre estas el arbitraje. La parte accionante, por su parte alegaba que el amparo tiene un carácter preferente que va a proceder siempre que no exista ninguna vía idónea y que en caso de existir otra vía abierta de igual idoneidad el amparista sería árbitro de precisar cuál de ellos prefiere. Basado esto último el juez de amparo rechazó el medio de inadmisión propuesto y acogió el amparo.

El Tribunal Constitucional conociendo el recurso de revisión sobre esta decisión, tomó en cuenta los estatutos del órgano del cual formaban parte las partes del proceso. Al respecto, dicho instrumento contenía una disposición relativa a las contestaciones por conflictos internos o pugnas las cuales hacían referencia a un proceso de conciliación así como al *“al arbitraje, donde los diferendos serán resueltos en única y última instancia, de conformidad con las disposiciones contenidas y previstas en la Ley número 50-87 de fecha 4 de junio de 1987, sobre Cámaras de Comercio y Producción y en el Reglamento del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio y Producción del Distrito Nacional”*<sup>878</sup>.

En su análisis sobre esta disposición estatutaria, señala el Tribunal Constitucional que las partes renunciaron a acudir a la vía judicial en caso de conflicto. Considerando, en la motivación de su decisión que constituye el *ratio decidendi* de la decisión, lo siguiente: *“Sin embargo, este tribunal considera que no debe confundirse la previsión de una cláusula arbitral con la existencia de otra vía eficaz, ya que esta última debe ser judicial.”* Basado en esto el tribunal decidió rechazar la revisión constitucional y ratificar la decisión del juez de amparo.

Es decir que para el Tribunal Constitucional cuando una parte alegue contra otra que existe una violación a un derecho fundamental, el hecho de que esas partes tengan la vía del arbitraje abierta para hacer cesar esa violación a un derecho fundamental, no hace inadmisibile la acción de amparo ya que la inadmisibilidad prevista en la ley que regula el amparo en el sentido de que se considera inadmisibile la acción de amparo *“Cuando existan otras vías judiciales que permita n de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado”* aplica solo cuando esa otra vía es “judicial” y el arbitraje no se considera una vía judicial.

No obstante lo anterior, de manera más reciente -en el año 2018-, en otra decisión de revisión de sentencia de amparo, el Tribunal Constitucional TC 506/18<sup>879</sup> si bien volvió a reconocer que el amparo no era inadmisibile porque el arbitraje no se considera una vía judicial, sí declaró el amparo inadmisibile por ser “notoriamente improcedente” dado que lo que se perseguía en el mismo era determinar si una cláusula arbitral alcanzaba a una parte co-demandada en una litis arbitral.

<sup>878</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC 283/13 del 30 de diciembre de 2013.

<sup>879</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC 506/18 del 30 de noviembre de 2018.

En efecto, el caso versaba sobre una acción de amparo interpuesta bajo el alegato de que había sido conculcado el derecho a la propiedad y violadas las garantías a la seguridad jurídica, de tutela judicial efectiva y debido proceso, al momento del accionante haber sido incluido como interviniente forzoso en un proceso arbitral. La Tercera Sala de la Cámara Civil y Comercial del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional en su condición de juez de amparo rechazó la acción de amparo por ser esta una vía excepcional y por existir una vía idónea que protegía los derechos supuestamente conculcados, la cual era el arbitraje. En la decisión el juez de amparo precisó que en virtud del principio *Compétence-Compétence* correspondía al propio árbitro decidir sobre las intervenciones de terceros ya que era este quien debía resolver los conflictos derivados del convenio arbitral, incluyendo la procedencia o no de las intervenciones de terceros.

Al llegar el caso al Tribunal Constitucional éste revocó la sentencia bajo el criterio de que el arbitraje no puede considerar la vía judicial prevista en la ley de amparo, indicando que el arbitraje no era un proceso idóneo para “*dirimir los asuntos de orden público como lo es la protección de las garantías y derechos fundamentales en sustitución de los tribunales ordinarios*”.<sup>880</sup>

No obstante lo anterior, al avocarse a conocer sobre la acción de amparo precisó que su improcedencia radicaba en el hecho de que la existencia, interpretación, alcance y validez del contenido de la cláusula arbitral correspondía a los árbitros analizarla en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Arbitraje. Consecuentemente precisó que “*que el presente caso no involucra un conflicto de derechos fundamentales, por entrañar la exigencia del cumplimiento de una obligación derivada de un contrato de servicio, el ejercicio de un derecho acordado por las partes que lo suscribieron*.”<sup>881</sup>

Con base en lo anterior y en las disposiciones del artículo 70.3 de la LOTC el Tribunal Constitucional procedió a declarar inadmisibles la acción de amparo por ser “notoriamente improcedente”.

Siendo coherentes con nuestra explicación en la sección en la cual estudiamos las facultades del árbitro en el control difuso de constitucionalidad, somos de opinión que basado en la naturaleza propia del arbitraje, las disposiciones del artículo 220 de la Constitución dominicana, la redacción de la Ley de Arbitraje, unidos a los criterios establecidos en precedentes del propio Tribunal Constitucional, el arbitraje sí debe considerarse como una vía posiblemente idónea para hacer cesar de manera urgente una violación a un derecho fundamental.

La naturaleza misma y las características propias del arbitraje conforme a lo consagrado en la propia Ley de Arbitraje y conforme a los textos legales aplicables y doctrina comparada demuestran fehacientemente que el arbitraje es una vía efectiva de

<sup>880</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC 506/18. Ob Cit. pp. 37

<sup>881</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. Sentencia TC 506/18. Ob Cit pp. 40.

solución de conflictos. Sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje resalta la doctrina comparada, sustentada en decisiones jurisdiccionales trascendentes sobre el tema, que la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje se encuentra justificada por: **(i)** la autorización dada por el Estado como acto de justicia delegada o paralela que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal; **(ii)** la similitud de funciones entre el árbitro y el juez; y **(iii)** en que la efectividad del arbitraje depende en última instancia en el poder estatal y en el reconocimiento y ejecución por parte del Estado de los laudos arbitrales.<sup>882</sup>

Los anteriores elementos del proceso arbitral son precisamente los que le ha dado el legislador a esta institución en virtud de la Ley de Arbitraje. En efecto, las decisiones del tribunal arbitral tienen la autoridad de la cosa juzgada sobre el conflicto, disponiendo el legislador dominicano en el Capítulo VIII de dicha ley el procedimiento a seguir para lograr la ejecutoriedad del laudo por parte del Estado. Incluso la propia consagración del arbitraje en el artículo 220 de la Constitución Dominicana reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje.

En vista de lo anterior puede establecerse consecuentemente que el arbitraje es un cauce jurisdiccional que si bien no forma parte del Poder Judicial de la República Dominicana, no por ello deja de ser una vía o sede jurisdiccional, como es el caso de otros tribunales no integrados al Poder Judicial, como lo es este Tribunal Constitucional y el Tribunal Superior Electoral, jurisdicciones que como la arbitral no hacen otra cosa que: dirimir conflictos con autoridad de cosa juzgada. Justo lo que hacen los tribunales del Poder Judicial y lo que en esencia es realizar una función jurisdiccional.

A pesar del precedente establecido por el Tribunal Constitucional que hemos analizado, dicho órgano ya había considerado en una decisión previa, la sentencia TC/0543/17 que el arbitraje era un verdadero medio de justicia al indicar lo siguiente:

“[En] efecto, los llamados medios alternativos de resolución de conflictos son, también, verdaderos medios de justicia, tan eficaces como el proceso mismo y para algunos el producto final del arbitraje es hacer justicia en lugar de simplemente solucionar conflictos.”<sup>883</sup>

No obstante este precedente establecido y lo antes expuesto, el Tribunal Constitucional al sustentar su decisión TC 506/18 no reconoció el carácter jurisdiccional del arbitraje. Esto último no resta importancia al precedente establecido en el cual, como hemos explicado, fue declarado la vía del amparo inadmisibles para determinar la existencia, interpretación, alcance y validez del contenido de la cláusula arbitral.

<sup>882</sup> González De Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa, México, 2014. pp. 133.

<sup>883</sup> República Dominicana. Tribunal Constitucional. TC/0543/17. Ob. Cit. pp.27.

De manera más reciente en la sentencia TC/0421/19<sup>884</sup> el Tribunal Constitucional reconoció que las decisiones jurisdiccionales relativas a los procesos arbitrales pueden ser sometidas al recurso de revisión de sentencia cuya competencia recae en este tribunal, estableciendo lo siguiente:

“[A]demás, cabe destacar que, en caso de confirmación o anulación del laudo, el fallo podría ser recurrido en casación y posteriormente dicha sentencia dictada en casación, puede ser recurrida ante el Tribunal Constitucional mediante un recurso de revisión constitucional de decisión jurisdiccional.”

## VIII. CONCLUSIONES

El estudio de la figura del arbitraje bajo el prisma constitucional nos revela que en el régimen dominicano ella tiene un importante rango en nuestra carta magna. Al profundizar el estudio de sus aristas esenciales, es preciso resaltar que la Constitución no solo resalta este método heterocompositivo de solución de controversias, sino que le crea importantes blindajes contra las acciones que puedan obstaculizarlo o rendirlo ineficiente. Despoja al Estado de reclamos de inmunidades, otorga una indiscutible primacía a lo pactado y no deja dudas respecto a la inclusión de la autonomía de la voluntad como elemento integral del derecho a la dignidad. Al hacer del amparo una acción subsidiaria, nuestra normativa evita el indiscriminado uso de esta vía cuando la jurisdicción competente es la arbitral.

A pesar de sus pocos años el TC dominicano ya ha tomado importantes decisiones para fortalecer el uso del arbitraje como método de solución de controversias y ha descartado expresamente acciones perturbadoras que habrían minado su efectividad. Confiemos en que la República Dominicana continúe ese auspicioso trayecto.

---

<sup>884</sup>

República Dominicana. Tribunal Constitucional TC/0421/19 del 9 de octubre de 2019.

## URUGUAY

## CONSTITUCIÓN Y ARBITRAJE EN URUGUAY

Sandra González\*

Fabrizio Durán\*\*

## I. RÉGIMEN NORMATIVO APLICABLE AL ARBITRAJE EN URUGUAY A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN

En la Constitución de la República Oriental del Uruguay hay tres referencias expresas al arbitraje.

En primer lugar, el artículo 6 de la Constitución—dentro de la sección 1 “*De la Nación y su Soberanía*”—establece la obligación del Estado de proponer el procedimiento arbitral como medio de resolución de controversias en los tratados internacionales. El artículo dispone: “*En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos*”.

El artículo 57 de la Constitución—dentro de la sección 2 llamada “*Derechos, Deberes y Garantías*”—establece que: “*La ley [...] promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje*”.

El artículo 168 de la Constitución—al regular las competencias del Presidente de la República, actuando con Ministros o con el Consejo de Ministros, le atribuye en el numeral 16 la de “*Decretar la ruptura de relaciones y, previa resolución de la Asamblea General, declarar la guerra, si para evitarla no diesen resultado el arbitraje u otros medios pacíficos*”.

El arbitraje en Uruguay es en virtud de estas normas un medio de resolución de controversias que tiene rango constitucional. La propia Constitución ordena al Estado proponer al arbitraje como medio de resolución de conflictos en los tratados internacionales y fomenta la creación de centros de arbitraje y de conciliación.

---

\* Doctora en Derecho de la Universidad de la República. Magíster en Derecho (LL.M.), Harvard Law School (Estados Unidos). Socia en Ferrere Abogados, co-lidera el departamento de litigios y arbitrajes. Miembro alterno por Uruguay de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Correo: sgonzalez@ferrere.com.

\*\* Doctor en Derecho de la Universidad de Católica del Uruguay. Aspirante a Profesor Adscripto en Derecho Internacional Privado en la Universidad de Católica del Uruguay. Asociado en Ferrere Abogados, integra el departamento de litigios y arbitrajes. Correo: fduran@ferrere.com.

El Estado uruguayo ha seguido el mandato constitucional.

Los principales ejemplos son los acuerdos de promoción y protección a las inversiones suscritos con el objetivo de reforzar las condiciones favorables a las inversiones extranjeras, garantizando un estándar de tratamiento. Se trata de Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI), Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y los Tratados de Libre Comercio<sup>885</sup> (TLC). Uruguay a la fecha cuenta con 30 Acuerdos de Inversión vigentes. En estos acuerdos se ha pactado al arbitraje como medio de resolución de disputas.

En el mismo sentido, Uruguay adoptó numerosos tratados multilaterales que favorecen el tráfico de los laudos arbitrales entre los Estados y el intercambio de medidas en su apoyo.

Uruguay es parte de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

Uruguay aprobó la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá de 1975; ratificó la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales de 1979; y en 1981 ratificó la Convención de Nueva York sobre reconocimientos y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (“**Convención de Nueva York**”). En 1999 aprobó (a través de la ley 17.209) el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en la ciudad de Washington, el 18 de marzo de 1965 (“**Convenio CIADI**”).

También, a nivel regional, en 2004 aprobó los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile.

Estas convenciones internacionales han jugado un importante rol en el desarrollo del arbitraje en Uruguay.

En Uruguay está vedada—en principio—la autonomía de la voluntad conflictual, por lo que las partes no pueden elegir para regular su relación jurídica, una ley o jurisdicción distintas a las que son aplicables y competentes conforme a las normas de derecho internacional privado de fuente interna<sup>886</sup>. Sin embargo, la regla cede cuando hay

<sup>885</sup> Estos últimos incorporan las disciplinas y los compromisos en materia de inversión en capítulos específicos, que abarcan disciplinas sobre inversiones en bienes y servicios.

<sup>886</sup> Los acuerdos de elección de ley y jurisdicción implican el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual por las partes, el cual en Uruguay está regulado en el artículo 2403 del Código Civil, que señala: “*Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente.*” Esto quiere decir que Uruguay no admite en principio la autonomía de la voluntad conflictual. La excepción a esta regla se encuentra en que si la ley aplicable a la relación jurídica -determinada conforme a los criterios del derecho internacional privado uruguayo- es es la de un Estado extranjero que admite la autonomía de la voluntad conflictual, el acuerdo sobre ley y

una norma de fuente internacional ratificada por Uruguay que sí establezca la posibilidad de elección. En estos casos se habilita la elección de la ley aplicable y de la jurisdicción competente<sup>887</sup>.

Las convenciones ratificadas por el Estado uruguayo permiten el ejercicio de la autonomía de la voluntad para elegir el arbitraje para resolver controversias<sup>888</sup>. En palabras de la doctrina especializada en Derecho Internacional Privado uruguayo: “[...] *La interpretación armónica de las normas precitadas nos lleva a concluir que, desde el punto de vista del DIPr. uruguayo de fuente interna vigente a la fecha, el principio general es que son competentes internacionalmente a los jueces estatales que determinan las normas de DIPr. (nacionales e internacionales) aplicables al caso, y que las partes no pueden modificar dichas bases de jurisdicción salvo en la medida en que la ley competente lo autorice. Las hipótesis previstas en las Convenciones sobre arbitraje caen dentro de este margen excepcional en el cual la ley permite actuar a la voluntad de las partes en materia de jurisdicción*”<sup>889</sup>.

El Estado también reguló el proceso arbitral doméstico (Código General del Proceso<sup>890</sup> artículos 472 a 507) y el arbitraje internacional (ley 19.636 del año 2018 de arbitraje comercial internacional con base en el modelo CNUDMI).

Existen otras normas con referencias expresas al arbitraje como método de resolución de disputas en sus respectivos ámbitos de aplicación.

La ley de promoción de inversiones y promoción industrial N°16.906—que tiene normas de protección, beneficios tributarios y trato equitativo de las inversiones nacionales y extranjeras—dispone la posibilidad de recurrir a arbitraje para resolver disputas: “*Toda controversia relativa a la interpretación o aplicación de la presente ley que se suscite entre el Estado y un inversor que hubiere obtenido del Poder Ejecutivo la Declaratoria Promocional, podrá ser sometida, a elección de cualquiera de los mismos, a alguno de los siguientes procedimientos: A) Al del Tribunal competente. B) Al del Tribunal Arbitral, que*

---

jurisdicción será válido. Sin embargo, si la ley aplicable a la relación jurídica es la uruguaya, el pacto no tendrá valor.

<sup>887</sup> Un ejemplo de este es el Protocolo de Buenos Aires en el ámbito del Mercosur, solamente para la elección de jurisdicción y conforme a los criterios de dicho Protocolo.

<sup>888</sup> Como señala la doctrina: “[...] *son los Estados -y no los particulares- los que a través de la incorporación de normas nacionales o internacionales a su orden jurídico, admiten o no la posibilidad de que las partes celebre un acuerdo arbitral, y fija los límites dentro de los cuales estas podrán actuar. Esta autorización a las partes a dejar de lado las reglas de competencia judicial preestablecidas por el legislador no importa [...] contradicción alguna con nuestras normas de DIPr vigentes [...] que prohíben a las partes modificar las reglas de competencia legislativa y judicial* (Fresnedo, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, paginas 177-178).

<sup>889</sup> Fresnedo, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, paginas 177-178.

<sup>890</sup> Ley 15.982 de 18 de octubre de 1988.



*fallará siempre con arreglo a derecho, conforme con lo establecido en los artículos 480 a 502 del Código General del Proceso*<sup>891</sup>. La ley brinda la opción al accionante. Asimismo, la norma establece que esta última disposición se aplicará “[...] *en caso de ausencia de tratado, protocolo o convención internacional en materia de solución de controversias, en vigor a la fecha de suscitarse las mismas*”<sup>892</sup>. Es decir que solo en defecto de la norma internacional se aplicará la ley interna.<sup>893</sup>

El Decreto 86/2001 que regula la defensa de la competencia en el comercio, establece que “[L]as controversias que se susciten en razón de los actos lesivos de la competencia prohibidos por la ley podrán ser sometidos a la decisión de árbitros pertenecientes a los Centros Especializados de Arbitraje debidamente habilitados por la Dirección General de Comercio. [...] El arbitraje se regulará por lo dispuesto en [el] Código General del Proceso”<sup>894</sup>. En este caso el recurso del arbitraje es facultativo (“podrán”).

En la ley de participación público-privada N°18.786 se estableció sin embargo arbitraje obligatorio para la solución de disputas “[P]ara la solución de los conflictos que surjan con motivo de la aplicación, interpretación, ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos celebrados en el marco de la presente ley, las partes deberán recurrir al arbitraje. Los árbitros serán designados de común acuerdo por las partes o, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 480 del Código General del Proceso y deberán fallar de acuerdo a derecho. El laudo del Tribunal Arbitral será inapelable”<sup>895</sup>.

La doctrina constitucionalista ha dicho que “[...] la ley —salvo habilitación constitucional expresa— no es idónea para limitar la competencia del Poder Judicial (extrayendo casos de su órbita para conferirlos a una autoridad distinta) ni para limitar el derecho de todo sujeto de derecho a buscar el amparo del juez”<sup>896</sup>. Y agrega que “[...] los arbitrajes son solo aceptables cuando las partes los han acordado (voluntariamente, valga la redundancia). En otras palabras, la ley no puede imponer que ciertos casos se

<sup>891</sup> Ley de inversiones y promoción industrial N°16.906, artículo 25.

<sup>892</sup> Ley de inversiones y promoción industrial N°16.906, artículo 25.

<sup>893</sup> Conforme al artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1986, al artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales y al artículo 524 del Código General del Proceso.

<sup>894</sup> Decreto 86/2001 sobre la defensa de la competencia en el comercio, artículos 10 y 12.

<sup>895</sup> Ley de participación público privada N°18.786, artículo 54.

<sup>896</sup> Así lo expresan los expertos en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo: Real, Alberto Ramón, “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas”, *La Justicia Uruguaya*, tomo XVII, sección Doctrina, pág. 47 y siguientes. Delpiazzo, Carlos, “Ejecución forzada de sentencias anulatorias”, *Revista De Derecho Público*, año 27, número 53, 2018 página 123. Risso Ferrand, Martín., “El debido proceso en la Constitución uruguaya”, *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano* año XVII, Montevideo, 2011, página 134.

*elucidarán por la vía del arbitraje, vaciando de contenido la función jurisdiccional y la propia competencia del Poder Judicial”*<sup>897</sup>.

Concluye la doctrina que: “[...] *la Constitución contiene excepciones expresas — por ende, de interpretación estricta— al principio general. A mero título de ejemplo pueden mencionarse el juicio político, las competencias jurisdiccionales de la Corte Electoral o las competencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Pero más allá de las excepciones constitucionales expresas no puede imponerse la solución de los conflictos fuera del Poder Judicial, salvo acuerdo de partes*”<sup>898</sup>.

Para estos autores sería contrario a la Constitución que la ley imponga—en lugar de dejar la opción a las partes—un procedimiento (arbitral) distinto a un proceso frente al Poder Judicial.

## II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Los tribunales judiciales uruguayos tuvieron una posición contraria durante muchos años al arbitraje a pesar del reconocimiento constitucional (y legal) en Uruguay.<sup>899</sup> El motivo fundamental fue el sistema local de ley aplicable y jurisdicción competentes que limita fuertemente la autonomía de la voluntad conflictual o de elección de jurisdicción y ley aplicable.

El cambio fundamental—aunque ocurrió gradualmente—fue la aprobación de la Convención de Nueva York en 1981. En Uruguay la normativa vigente establece la primacía de la norma internacional en defecto de las normas internas, incluyendo especialmente las reglas conflictuales internas que determinan obligatoriamente la jurisdicción competente y ley aplicable.<sup>900</sup> En el ámbito del arbitraje la Convención de Nueva York implicó dejar de lado dichas normas del Apéndice del Código Civil uruguayo para favorecer el arbitraje, como resultado de la obligación de reconocer la eficacia de las cláusulas compromisorias y de respetar y ejecutar los laudos dictados por tribunales arbitrales.

<sup>897</sup> Risso Ferrand, Martín, “El debido proceso en la Constitución uruguaya”, *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano año XVII*, Montevideo, 2011, página 134.

<sup>898</sup> Risso Ferrand, Martín, “El debido proceso en la Constitución uruguaya”, *Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano año XVII*, Montevideo, 2011, página 134.

<sup>899</sup> Para ver en profundidad: Cerisola, Andrés “La jurisprudencia sobre arbitraje internacional en contratos comerciales”, *Revista de Derecho Comercial*, Montevideo, N°1, 2008, 3ª época, páginas 133-151. Fresnedo, Cecilia, “El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo”, *Revista de Derecho*. Segunda época, año 7. N.º 7, 2012, página 140 y siguientes.

<sup>900</sup> Conforme al artículo 27.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1986, al artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales y al artículo 524 del Código General del Proceso.

Los tribunales judiciales uruguayos se resistieron hasta aproximadamente fines de la década de los ochenta a otorgar plena vigencia a las convenciones. Entendían que una cláusula arbitral era inaplicable en Uruguay por contrariar las reglas del Código Civil, a pesar de estar vigente la Convención de Nueva York.<sup>901</sup>

En una primera etapa a partir de 1988 admitieron las cláusulas arbitrales pero solo bajo ley uruguaya.<sup>902</sup> Años más tarde esta exigencia fue superada<sup>903</sup>. Los tribunales comenzaron a sostener que las partes no eluden ilegítimamente las normas internas cuando pactan arbitraje sino que “[...] fue nuestro país al ratificar la Convención de Nueva York y adoptarla como ley, el que la modificó”<sup>904</sup>.

Hasta ese momento los precedentes jurisprudenciales referían a casos de transporte internacional, y no a contratos comerciales de ejecución local. Pero luego la jurisprudencia se consolidó en favor del arbitraje sobre la base de la Convención de Nueva York sin distinción de materia o tipo de contrato.<sup>905</sup>

Los avances en materia de arbitraje en Uruguay han sido claros a nivel normativo y jurisprudencial. En algunas áreas sin embargo, como la del derecho del trabajo, hay discusiones abiertas aún hoy que cuestionan la admisibilidad del arbitraje para resolver ciertos conflictos protegidos por el “bloque de constitucionalidad o de derechos humanos” en la Constitución uruguaya.

### **III. CASOS CONCRETOS DE INTERACCIÓN ENTRE PROCESOS, PRINCIPIOS Y NORMAS RELATIVAS A LA CONSTITUCIÓN Y AL ARBITRAJE**

#### **A. PROCESOS CONSTITUCIONALES CONTRA LEYES QUE RATIFICAN TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE ARBITRAJE INTERNACIONAL Y PROMUEVEN INVERSIONES EXTRANJERAS**

<sup>901</sup> Sentencia 81/1986 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, publicada en *La Justicia Uruguaya* tomo 94 caso 10771.

<sup>902</sup> Sentencia 293/1988 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, publicada en la *Revista de Transporte y Seguros* N°2.

<sup>903</sup> Sentencia 59/1989 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno publicada en *Revista de Transporte y Seguros* N°2 y sentencia 67/1992 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno publicada en *La justicia Uruguaya*, Tomo 106, caso 12.202.

<sup>904</sup> Sentencia 67/1992 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno publicada en *La justicia Uruguaya*, Tomo 106, caso 12.202.

<sup>905</sup> Sentencia 161/2003 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, publicada en la *Justicia Uruguaya* Tomo 128, caso 14.744.

## 1. Excepción de inconstitucionalidad contra la ley que aprueba el Convenio CIADI y contra la ley que ratifica el Tratado Bilateral de Inversión entre Uruguay y Finlandia

En el marco de la construcción de una planta de celulosa que significaba una de las inversiones más importantes de la historia del país, realizada por la ex Botnia y actual UPM (de origen finlandés), el Ministerio Público uruguayo (Fiscalía en lo Civil de 3° Turno) inició un proceso judicial contra el Poder Ejecutivo y contra el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente por la autorización para el comienzo de las obras en el año 2005.

En el transcurso del proceso, el Ministerio Público opuso la excepción de inconstitucionalidad<sup>906</sup> contra la ley 17.209 que aprobó el Convenio CIADI y contra la ley 17.759 de 12 de mayo de 2004 que ratificó el Tratado Bilateral de Inversiones con la República de Finlandia del año 2002.

El Ministerio Público fundó su legitimación activa en un supuesto interés directo, personal y legítimo<sup>907</sup> en promover los procesos pertinentes en cuestiones relativas a la defensa de intereses generales de la Nación como son los que hacen a la protección del medio ambiente<sup>908</sup>.

La Fiscalía sostuvo que la ley que aprobó el Convenio CIADI es inconstitucional debido a que el Estado uruguayo confiere competencia para la resolución de diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente entre el Estado y un nacional de otro Estado contratante a un Tribunal Arbitral y al CIADI. La Fiscalía argumentó que este supuesto implicaba “[...] un abandono de soberanía, con sendas renunciaciones de la natural jurisdicción del Poder Judicial y de la aplicación del Derecho Nacional, la violación del principio de igualdad de las personas ante la ley nacional por el otorgamiento de un estatuto de privilegio indebido, y, a su vez, por consecuencia, un atentado contra el concepto de la República”<sup>909</sup>.

Con respecto a la ley No. 17.759, que aprobó el acuerdo entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y el gobierno de la República de Finlandia relativa a la Promoción y Protección de Inversiones, el Ministerio Público sostuvo que se reputa

<sup>906</sup> Sentencia 4.148/2011 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 31 de octubre de 2011, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>).

<sup>907</sup> Requisitos para promover una acción de inconstitucionalidad de la ley conforme al artículo 258 de la Constitución de la República.

<sup>908</sup> El Ministerio Público tiene como objetivos la defensa de la sociedad, la defensa y representación del Estado en el ámbito que las leyes le asignen y le corresponde el cometido primordial de comparecer ante los tribunales en representación de la causa pública, toda vez que esta pudiera hallarse comprometida (Ley Orgánica Decreto-Ley No. 15.365, de 30 diciembre de 1982).

<sup>909</sup> Sentencia 4.148/2011 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 31 de octubre de 2011, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>).

inconstitucional debido a que “[...] *el Estado uruguayo le concedió al inversor del Parte Contratante la potestad de elegir jurisdicción, facultándolo a desplazar la jurisdicción del poder judicial nacional por la de un arbitraje privado con el [...] CIADI, y para la resolución de cualquier controversia de naturaleza legal, incluidas las que, a su criterio, supongan medidas directas o indirectas que tengan efecto equivalente a una expropiación o nacionalización*”<sup>910</sup>. La Fiscalía agregó que los acuerdos como el Convenio CIADI y el Tratado de Inversiones con Finlandia son violatorios de la soberanía nacional, atentan contra el orden público interno del Uruguay y contrarían el deber fundamental de protección del medio ambiente encargado a la Administración Pública.

La Suprema Corte de Justicia rechazó de forma unánime la pretensión de inconstitucionalidad. Concluyó que la pretensión era “*claramente infundada*”, entre otras razones porque el arbitraje tenía consagración constitucional:

“Las Leyes cuya inconstitucionalidad pretende (Nos. 17.209 y 17.759) de ningún modo violan el Orden Público interno o representan un abandono de la soberanía nacional. Es evidente que el arbitraje está en la base del Derecho Internacional, y es propuesto por la Carta, que prevé expresamente este mecanismo de solución. En efecto, en la Sección que refiere a “La Nación y su Soberanía” señala el art. 6 que en los Tratados Internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes, serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos [...] Es el Estado en ejercicio pleno de su Soberanía y en consonancia con la norma constitucional, el que acuerda aprobar un Convenio que prevé de que modo solucionará sus diferencias relativas a inversiones con otros Estados y con nacionales de otros Estados”<sup>911</sup>.

Con respecto a la ley No. 17.759 que ratifica el Tratado de Inversiones con Finlandia y prevé arbitraje, la Corte señaló que el inciso 2 del art. 6 de la Constitución prevé que Uruguay procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Y que “[...] *la norma está dirigida a propiciar la inversión, sin restringir la misma al ámbito público, por lo que es razonable admitir que podrá realizarse entre los Estados o entre éstos y particulares, por lo que tampoco resulta compartible que se postule que la ley que aprobó el Tratado de Inversiones con Finlandia tenga vicios de inconstitucionalidad*”<sup>912</sup>.

<sup>910</sup> Sentencia 4.148/2011 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 31 de octubre de 2011, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>).

<sup>911</sup> Sentencia 4.148/2011 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 31 de octubre de 2011, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>).

<sup>912</sup> Sentencia 4.148/2011 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 31 de octubre de 2011, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>).

Además de este fallo de la Suprema Corte de Justicia fue desestimado también el juicio ordinario iniciado por la Fiscalía contra los organismos públicos señalados<sup>913</sup>.

## 2. Acción de nulidad contra un contrato de inversión celebrado entre un inversor extranjero y el Estado Uruguayo

En forma prácticamente paralela al proceso judicial antes indicado, la misma Fiscalía inició un juicio de declaración de nulidad absoluta del contrato de inversión entre el Poder Ejecutivo y Montes del Plata,<sup>914</sup> *joint venture* para la construcción de una segunda planta industrial de producción de pulpa de celulosa. Sostuvo el Ministerio Público que el contrato vulneraba la Constitución, el orden público, las normas legales y los tratados internacionales,<sup>915</sup> entre otros motivos porque consagraba el arbitraje y excluía a los jueces uruguayos en la resolución de las controversias entre el Estado uruguayo y el inversor en el ámbito del contrato.

Tanto en primera como en segunda instancia los tribunales uruguayos rechazaron la pretensión de la Fiscalía. El Tribunal de Apelaciones mantuvo la sentencia de primera instancia, por entender que los tratados internacionales como los de protección de inversiones “[...] integran el Orden Jurídico Nacional”<sup>916</sup> y la cláusula arbitral de los tratados y de los contratos “[...] tampoco resulta contraria a la Constitución, en la medida que no existe prohibición expresa para que el Estado sea parte de un arbitraje con particulares”<sup>917</sup>.

## 3. Acción de amparo contra inversor extranjero

En junio de 2019, un grupo ciudadano presentó un recurso de amparo contra la empresa UPM por la “grave amenaza” que genera el “inminente contrato de inversión definitivo” entre el Poder Ejecutivo y UPM, al afectar la Constitución, la “institucionalidad republicana y la democracia”<sup>918</sup>. El Estado uruguayo y la finlandesa UPM habían firmado un pre-acuerdo para la construcción de una nueva (tercera) planta de celulosa en el país.

<sup>913</sup> Sentencia 132/2013 del Tribunal de Apelaciones de 2° Turno de fecha 28 de agosto de 2013, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>914</sup> Montes del Plata es un *joint venture* de Stora Enso (sueco-finlandesa) y Arauco (chilena), dos de los principales actores del sector forestal – industrial.

<sup>915</sup> Sentencia 0004-000431/2013 del Tribunal de Apelaciones de 5° Turno de fecha 16 de julio de 2013, disponible el Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>916</sup> Sentencia 0004-000431/2013 del Tribunal de Apelaciones de 5° Turno de fecha 16 de julio de 2013, disponible el Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>917</sup> Sentencia 0004-000431/2013 del Tribunal de Apelaciones de 5° Turno de fecha 16 de julio de 2013, disponible el Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>918</sup> Sentencia 49/2019 del Tribunal de Apelaciones de 7° Turno de fecha 5 de junio de 2019, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>)

En el mismo sentido que los casos anteriores, las bases del recurso de amparo fueron esencialmente dos: las consecuencias para el Estado uruguayo de la inversión en sí misma y la forma de resolver las eventuales controversias entre el Estado y el inversor extranjero, esto es, el arbitraje.

Los reclamantes dijeron que la suscripción del contrato definitivo implica una “grave amenaza [...] para toda la institucionalidad republicana del Uruguay como nación [...] están por encima de la Constitución de la República, de la ley, de la voluntad de los tres poderes del Estado y por lo tanto de la voluntad popular y soberana”.

Son contratos que una vez “[...] suscritos se auto conceden estabilidad jurídica o blindaje que arrasan con la soberanía nacional, se vuelven inexpugnables e indestructibles. Cualquier Intento legítimo por dejarlos sin efecto, recibirá como sanción la indemnización por un sideral lucro cesante mediante un mecanismo de arbitraje extranjero y dependiente del sistema financiero que ha venido promoviendo la instalación de las industrias sucias en nuestros territorios. Si no se obra con anterioridad, en forma preventiva, para evitar su suscripción, no hay modo de impedir la mencionada eficacia antijurídica de los mismos. Se reclama una justicia de protección o de acompañamiento”.

La pretensión de amparo fue rechazada en primera y en segunda instancia aunque principalmente por cuestiones procesales<sup>919</sup> (como la legitimación activa)<sup>920</sup>. El Tribunal de Apelaciones no analizó los argumentos que referían a la forma de resolver las eventuales controversias entre las partes involucradas.

#### 4. Acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Minería de Gran Porte

En otro caso<sup>921</sup>, el Ministerio Público solicitó a la Suprema Corte de Justicia que declarara la inconstitucionalidad de la ley 19.126 (“**Ley de Minería de Gran Porte**”).

La ley declara a la minería de gran porte como una actividad de utilidad pública, generadora de procesos de desarrollo sostenible si cumple con las normas y garantías de gestión ambiental durante todo su proceso, incluyendo el cierre y el post cierre de minas<sup>922</sup>.

<sup>919</sup> El hecho por el cual se fundó la acción de amparo (el pre contrato de inversión) era del 7 de noviembre de 2017, y la acción fue presentada luego de los 30 días que indica la ley de amparo que el accionante tiene plazo para presentar el recurso.

<sup>920</sup> El Tribunal señaló que no se “[...] no se aprecia la titularidad del derecho o libertad que presuponen lesionados o amenazados”. La ley de amparo (16.011) exige que se determine qué derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución son vulnerados, mientras que los actores refieren de forma genérica a “situaciones de políticas de Estado y de macroeconomía, así como de naturaleza filosófica y ambiental”.

<sup>921</sup> Sentencia 247/2015 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 7 de octubre de 2015, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>922</sup> Ley de Minería de Gran Porte 19.126, artículo 1.

La excepción de inconstitucionalidad respondía a varias razones, entre la que se destaca que—según los reclamantes—la Ley de Minería de Gran Porte refuerza la posición de un inversor sobre el Estado, porque habilita a que las controversias se resuelven a la luz de la legislación extranjera y se prorrogue la jurisdicción nacional a favor del arbitraje internacional.

El debate se centró en este sentido en el artículo 30 de la ley, que establece que: “[...] *el Contrato de Minería de Gran Porte firmado entre el Poder Ejecutivo y el titular del proyecto minero podrá incorporar con carácter adicional [...] mecanismos de solución de controversias*”.

La Suprema Corte de Justicia falló que los reclamantes erraron porque “[...] *la previsión legal no habilita a que las controversias se resuelvan a la luz de legislación extranjera, sino que sólo faculta a establecer el procedimiento para resolver esas diferencias [...] El artículo sólo prevé que podrá pactarse en el contrato cuál será el mecanismo para resolver las controversias. Nada más ni nada menos*”<sup>923</sup>.

La Suprema Corte de Justicia concluyó que:

“[...] las partes puedan acordar “mecanismos de solución de controversias”, por lo que podría interpretarse que los contratantes estarían habilitados a pactar el arbitraje como medio de solución de sus diferencias. Aunque ello fuera así, tal circunstancia no determina, por sí misma, la inconstitucionalidad de la norma, en el bien entendido de que ninguna regla contenida en nuestra Constitución prohíbe tal posibilidad”<sup>924</sup>.

La Corte descartó la declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Minería de Gran Porte.

## B. TUTELA CONSTITUCIONAL VS. ARBITRAJE: LOS CONFLICTOS INDIVIDUALES DE TRABAJO COMO MATERIA ARBITRABLE EN URUGUAY

Hay una discusión instalada en Uruguay sobre si los conflictos individuales de trabajo son arbitrables. Parece haber consenso en que los conflictos colectivos de trabajo sí lo son<sup>925</sup>.

<sup>923</sup> Sentencia 247/2015 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 7 de octubre de 2015, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>924</sup> Sentencia 247/2015 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 7 de octubre de 2015, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>925</sup> Los artículos 57 y 65 de la Constitución así lo disponen y también fue reconocido por la jurisprudencia de forma reciente, incluso por los tribunales que rechazan el arbitraje como medio de resolución de controversias en conflictos individuales de trabajo (sentencia 89/2020 del Tribunal de Apelaciones de 1° Turno, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>)).



Sin perjuicio de las convenciones internacionales<sup>926</sup>, desde 2018 Uruguay tiene un sistema dualista de regulación del arbitraje. El arbitraje internacional está regulado en la ley 19.636 (con base en el modelo CNUDMI) mientras que el arbitraje doméstico está regulado en el Código General del Proceso.

El Código señala que quedan excluidas del arbitraje solamente las “[...] *las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción*”<sup>927</sup>, por ejemplo, las cuestiones de familia o penales<sup>928</sup>. El único límite en derecho uruguayo para someter una disputa a arbitraje es que se trate de derechos indisponibles o que exista una “*expresa disposición legal en contrario*” como establece el artículo 472 del Código General del Proceso.

En el ámbito del derecho de trabajo rige desde 2009 la ley No. 18.572 sobre abreviación de los juicios laborales, que en su artículo 2 dispone que “*Los Tribunales de la jurisdicción laboral entenderán en los asuntos originados en conflictos individuales de trabajo*”. El debate en Uruguay se centra en si esta norma especial impide que los conflictos individuales de trabajo se resuelvan por arbitraje, considerando que conforme a la normativa general la transacción no está prohibida para estas cuestiones.

Otras disposiciones de la ley 18.572 son parte también de este debate. El artículo 30, que regula la interpretación, dispone que “[*L*as normas procesales deberán ser interpretadas conforme a los principios enunciados en el artículo 1<sup>929</sup> de la presente ley y a los principios y reglas que integran el bloque de constitucionalidad (artículos 72 y 332 de la Constitución de la República)”. Y el artículo 31, que regula la integración ante los eventuales vacíos normativos, dice que: “*Todo lo que no esté previsto en la presente ley se regirá por lo dispuesto en las disposiciones especiales en materia laboral y en el Código General del Proceso en cuanto sea aplicable, se ajuste a lo dispuesto en los artículos 1º y 30 de esta ley y no contradiga los principios del Derecho del Trabajo*”.

La ley no tiene ninguna referencia al arbitraje. La doctrina y la jurisprudencia discuten si en base a las disposiciones legales anteriores una cláusula arbitral para resolver un conflicto individual del trabajo implicaría una renuncia a los juzgados especializados en materia laboral, en violación de un derecho que integra el bloque de constitucionalidad o

<sup>926</sup> Que fueron señaladas en el punto II del presente artículo.

<sup>927</sup> Código General del Proceso, artículo 476.

<sup>928</sup> Conforme al artículos 2153 del Código Civil uruguayo (“*La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito, pero no sobre la acción criminal que corresponda, sea a la parte ofendida, sea al Ministerio Público*”) y al 2154 del Código Civil uruguayo (“*No se puede transigir sobre el estado civil de las personas. Pero valdrá la transacción sobre intereses puramente pecuniarios subordinados al estado de una persona, aunque éste sea objeto de contestación, con tal que al mismo tiempo la transacción no verse sobre el estado de ella*”).

<sup>929</sup> El artículo 1 señala: “*Los procesos laborales se ajustarán a los principios de oralidad, celeridad, gratuidad, intermediación, concentración, publicidad, buena fe y efectividad de la tutela de los derechos sustanciales*”.

de derechos humanos. Dicho bloque protege los principios sustantivos del derecho de trabajo y la tutela efectiva de los derechos consagrados en el proceso laboral.

La Suprema Corte de Justicia dispuso en un fallo en 2017 que es admisible el arbitraje como medio de solución de conflictos individuales de trabajo, pero recientemente en 2020 un Tribunal de Apelaciones de Trabajo falló en sentido contrario.<sup>930</sup>

### **1. La Suprema Corte de Justicia en mayoría entendió que el arbitraje es un mecanismo procesal admisible para la resolución de conflictos individuales de trabajo en Uruguay**

Este caso<sup>931</sup> se trató de un particular que prestaba servicios como Director de Técnico en una institución deportiva de Uruguay, contra la cual inició una serie de reclamos laborales. Se había acordado contractualmente que el Estatuto del Entrenador de Fútbol integraba el contrato y que regularía todo lo no previsto en el mismo. El Estatuto tiene una cláusula compromisoria que indica que es competencia del Tribunal Arbitral del Fútbol Profesional entender y fallar en todos los conflictos contractuales individuales entre el club y el entrenador.

El reclamante argumentó que de acuerdo con lo establecido en el art. 2 de la ley No. 18.572, que es una norma imperativa, el derecho a recurrir a los juzgados especializados en materia laboral es irrenunciable y es un derecho que integra el bloque de constitucionalidad, por lo que el arbitraje resulta inadmisibile.

La Suprema Corte de Justicia rechazó por mayoría (tres votos en cinco) este argumento sobre las siguientes bases:

- La normativa aplicable determina que el arbitraje resulta admisible en “*toda contienda individual o colectiva*” (art. 472 del Código General del Proceso), pudiéndose pactar la cláusula arbitral en cualquier “*contrato o en acto posterior*” (art. 473) y únicamente se encuentra vedada la posibilidad de recurrir al proceso arbitral cuando se trata de cuestiones respecto a las cuales “*está prohibida la transacción*” (art. 476) o exista “*expresa disposición legal en contrario*” (art. 472). Para la Corte el artículo 2 de la ley 18.572 no es una “*expresa disposición legal*” que prohíbe someter las disputas a un tribunal arbitral. Se limita a establecer cuáles son los juzgados competentes para entender en una determinada materia, pero no puede entenderse que la solución legislativa impida a las partes someter sus conflictos a un tribunal arbitral.

<sup>930</sup> Sentencia 89/2020 del Tribunal de Apelaciones de 1° Turno de fecha 3 de junio de 2020, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>931</sup> Sentencia 596/2017 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 8 de mayo de 2017, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

- La amplitud que caracteriza al ámbito objetivo de aplicación del proceso arbitral regulado por el Código General del Proceso resulta plenamente aplicable a la resolución de los conflictos individuales de trabajo.
- La transacción es admisible en materia laboral y no existe una norma que disponga lo contrario.
- La aplicación del proceso arbitral en forma alguna implica la renuncia por parte del trabajador a la tutela de las normas laborales ni a los principios que las sustentan. Además, la función que desempeñan los árbitros en la resolución de los conflictos a ellos sometidos es de naturaleza jurisdiccional, de igual categoría a la que realiza la justicia oficial, y serán aplicables todos los principios que defienden dicha actividad, como el de independencia, imparcialidad, autoridad y responsabilidad.
- No es suficiente invocar que la resolución de conflictos individuales de trabajo está dada por el bloque de constitucionalidad para desaplicar las normas contenidas en el Código General del Proceso que habilitan el arbitraje. Para ello es necesario promover un proceso de inconstitucionalidad de la ley.
- Incluso, en el marco de las relaciones laborales en el ámbito público, el legislador previó la resolución de los conflictos de trabajo, incluidos los conflictos individuales, por medio de árbitros, al establecer a los laudos arbitrales como fuente de obligación del pago de salarios o diferencias retributivas<sup>932</sup>.

Los dos restantes jueces de la Corte emitieron una discordia<sup>933</sup> concluyendo que no es oponible la cláusula arbitral porque el reclamante tiene derecho a recurrir a la justicia ordinaria amparado por el principio protector y de irrenunciabilidad del bloque de constitucionalidad. Los ministros discordes señalaron básicamente que:

- Los arts. 7, 18, 53, 54, 72 y 332 de la Constitución integran el bloque de constitucionalidad que garantizan al trabajador la tutela efectiva de sus derechos por parte del Poder Judicial, incorporando a nuestro derecho positivo los principios y normas de aplicación universal inherentes a la personalidad humana y la forma republicana de gobierno.

<sup>932</sup> Así lo disponía el artículo 733 de la Ley No. 19.355 (Presupuesto Nacional de Sueldos Gastos e Inversiones. Ejercicio 2015 – 2019) que sin embargo hoy está derogado.

<sup>933</sup> Sentencia 596/2017 de la Suprema Corte de Justicia de fecha 8 de mayo de 2017, discordia los ministros discordes Dres. Pérez Manrique y Rossi, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

- Los sistemas arbitrales previstos por convenios colectivos no excluyen el derecho de los trabajadores de acudir a la justicia laboral en virtud de que el arbitraje obligatorio solo podría imponerse por ley. El compromiso arbitral por el cual el trabajador renuncia a la jurisdicción ordinaria, afecta la irrenunciabilidad de los derechos entendiendo que éstos solo pueden ser afectados por una decisión judicial.
- El Poder Judicial como órgano integrante del Estado cumple la función de garantizar los derechos fundamentales de las personas, por lo que su jurisdicción es la natural para atenderlos. Esta función de garantía última de Poder Judicial resulta exacerbada en casos de derecho laboral, en los que se visualiza desde el inicio la desigualdad de poder entre los sujetos que se vinculan y entre quienes se suscita el conflicto.

## **2. Un Tribunal de Apelaciones de Trabajo falló que una cláusula arbitral es inoponible para la resolución de un conflicto individual de trabajo.**

En este caso que se resolvió en 2020<sup>934</sup> un conductor de UBER reclamó compensaciones laborales en base a un contrato con cláusula arbitral. El lugar de celebración del arbitraje sería en Ámsterdam, Países Bajos.

En el fallo, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo específicamente discrepó con la sentencia 598/2017 de la Suprema Corte de Justicia (analizada en el punto anterior) que habilitó el arbitraje para resolver conflictos individuales del trabajo. El Tribunal de Apelaciones llegó a la conclusión contraria: desestimó la cláusula arbitral.

El Tribunal no está obligado por la jurisprudencia de la Corte y este caso no llegará a revisión del máximo tribunal.

Los fundamentos del Tribunal de Apelaciones del Trabajo principalmente fueron los siguientes:

- El caso debe ser analizado y juzgado desde la órbita de los derechos humanos, como todo conflicto sobre trabajo. El acceso a la justicia constituye una garantía efectiva en la realización de los derechos humanos, reconocido a nivel constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Uruguay. Los derechos humanos—como el acceso a la justicia— son irrenunciables. La Constitución solo habilita a limitarlos por una ley fundada en razones de interés general<sup>935</sup>.

<sup>934</sup> Sentencia 89/2020 del Tribunal de Apelaciones de 1° Turno, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (link: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>).

<sup>935</sup> Constitución de la República, artículo 7.

- El arbitraje como instrumento de resolución de conflictos supone la exclusión de la jurisdicción de la justicia del Estado y de los derechos y facilidades que operan como garantía. En Uruguay, la justicia del Estado en el área de resolución de los conflictos en torno al trabajo garantiza la justicia orgánicamente especializada.
- El caso no debe analizarse desde la ley general (el derecho procesal civil regulado en el Código General del Proceso), para desplazar a la ley especial, ya que, atendiendo a la autonomía del derecho del trabajo, debe hacerse exactamente al revés. La ley especial deroga a la general, por lo que ni siquiera es necesario declarar inconstitucional la ley general.
- La realidad nacional indica que hoy no existe un arbitraje con un procedimiento sencillo, adecuado, eficaz y gratuito, por lo que no se respetarían los principios especiales del proceso laboral. Por su parte, la ley 18.572 vino a consolidar el área de garantía procesal del derecho del trabajo, debido a que contempla la desigualdad entre las personas y partes del proceso.
- La jurisdicción excluyente de la justicia estatal para resolver los conflictos de materia laboral ha quedado establecida en la ley 18.572 y en otras normas especiales de la materia<sup>936</sup>. Por lo que la inexistencia de una previsión del arbitraje en la ley no es una laguna, sino que responde a una decisión expresa del ordenamiento jurídico especial nacional. Además, el expreso reconocimiento constitucional del arbitraje para la solución de conflictos colectivos de trabajo (artículos 57 y 65 de la Constitución) permite sustentar que no se trata de imprevisión sino de un principio implícito del ordenamiento jurídico nacional en sentido de negar la admisibilidad del arbitraje para la solución de los conflictos individuales de trabajo.
- Incluso, en el caso de ensayarse la hipótesis de que ante la imprevisión del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos individuales en la ley 18.572, e integrarlo por la vía del artículo 31 de dicha norma, la conclusión no variaría. La aplicación supletoria del derecho procesal común resulta inadmisibles debido a que no sortea el *test* de compatibilidad con los principios y reglas del bloque de constitucionalidad y los principios sustantivos del derecho del trabajo, destacando el de gratuidad e irrenunciabilidad de las garantías procesales especiales.

936

Ley de libertad y derechos sindicales; ley de acoso sexual, prevención y sanción en el ámbito laboral y en las relaciones docente alumno; ley de aprobación de las obligaciones emergentes del derecho internacional de los derechos humanos, en relación a la igualdad y no discriminación entre mujeres y varones, comprendiendo la igualdad formal, sustantiva y de reconocimiento, respectivamente.

En definitiva, la posición que admite el arbitraje en materia de conflictos individuales de trabajo se basa fundamentalmente en tres puntos: *en primer lugar*, en Uruguay, como ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, no está excluido el arbitraje en materia laboral ya que se permite la transacción<sup>937</sup>; *en segundo lugar*, la ley 18.572 no derogó al Código General del Proceso y por sí sola no excluye a los conflictos individuales de trabajo de ser arbitrables. Tampoco existe una norma que lo excluya, y el artículo 2 de dicha ley es simplemente una norma de atribución de competencia a los tribunales del trabajo por razón de materia; *en tercer lugar*, el arbitraje es compatible como medio de resolución de controversias surgidas en una relación individual de trabajo. La Suprema Corte de Justicia y la doctrina reconocen que el arbitraje es un método de resolución de disputas de rango constitucional y que está en la base del Derecho Internacional<sup>938</sup>. A su vez, esta posición sostiene que el derecho del trabajo no deroga la autonomía de la voluntad. Las situaciones concretas en que la ley laboral modifica lo pactado por las partes son casos específicos y operan, precisamente, porque hay norma expresa.

La posición contraria del Tribunal de Apelaciones del Trabajo y algunos autores señala que es inadmisibles el arbitraje en el ordenamiento nacional como instrumento de solución de conflictos individuales de trabajo. La autonomía del derecho del trabajo y todas sus áreas determina que las controversias relativas a esta materia deban resolverse partiendo de la ley especial que limite la jurisdicción para la solución de conflictos individuales de trabajo a la justicia del Estado. No puede admitirse la renuncia a la jurisdicción de los órganos de justicia del Estado cuando la realidad indica que la adhesión a la cláusula arbitral es adoptada por personas que están en situación de buscar trabajo en comunidades en la que el trabajo es un bien escaso<sup>939</sup>.

### C. ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y CONSTITUCIÓN URUGUAYA: EL CASO DE PHILIP MORRIS CONTRA URUGUAY<sup>940</sup>

<sup>937</sup> En efecto, la Suprema Corte de Justicia reconoce que los reclamos laborales son arbitrables (sentencia 106/2006 de la Suprema Corte de Justicia del 21 de julio de 2006, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>938</sup> Sentencia 4.148/2011 de la Suprema Corte de Justicia del 31 de octubre de 2011. Como explica Santos Belandro: “*el acuerdo obliga a las partes a cumplirlo, por lo que su principal consecuencia consiste diferir obligadamente el litigio al tribunal arbitral. Esta consecuencia no es algo particular al arbitraje, responde a la aplicación pura y simple de la fuerza obligatoria de las convenciones, al reconocimiento del principio pacta sunt servanda*” (Santos Belandro, Ruben, *Seis lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, página. 85); Fernández Rozas, José Carlos, *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Eurolex, Colección Estudios Internacionales, 1996, página. 481) y Fresnedo, Cecilia, “El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control de su validez”, *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, No. 7, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, páginas 29-53.

<sup>939</sup> Sentencia 89/2020 del Tribunal de Apelaciones de 1º Turno de fecha 3 de junio de 2020, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

<sup>940</sup> Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7)

A partir de 2005 el Estado uruguayo adoptó un conjunto de medidas regulatorias para controlar el consumo de tabaco, incluyendo restricciones en publicidad, advertencias sanitarias obligatorias, mayor imposición tributaria y prohibiciones de fumar en lugares cerrados.

El Estado Uruguayo (i) se adhirió al Convenio Marco para el Control del Tabaco de la Organización Mundial de la Salud; (ii) dictó el Decreto 268/2005 por el cual dispuso que *“todo local cerrado de uso público y toda área laboral, ya sea en la órbita pública o privada destinada a la permanencia en común de personas, deberán ser ambientes 100 % libres de humo de tabaco”*<sup>941</sup>; (iii) adoptó la Ordenanza 514/2008 (Regulación de la Presentación Única), por la que se exigía que se impriman gráficos y textos de advertencia contra el tabaquismo en la mitad inferior de todas las cajillas de cigarrillos, y se prohibía el uso de presentaciones diferentes de una misma marca; y (iv) dictó el Decreto 287/009 del 15 de junio de 2009 (la Regulación del 80/80), que aumentó el tamaño de las advertencias sanitarias del 50% al 80%.

Philip Morris, que tenía una inversión en Uruguay en la industria, inicialmente impugnó las últimas dos medidas mencionadas ante los tribunales uruguayos y, luego, inició un arbitraje de inversión ante el CIADI por violaciones del tratado bilateral de inversión suscrito entre Uruguay y Suiza (vigente desde 1991), reclamando que Uruguay había expropiado sus inversiones y le había negado un trato justo y equitativo.

Las demandantes alegaron que Uruguay violó el Tratado Bilateral de Inversión mencionado y el derecho internacional, ya que las medidas privaron a la compañía de sus derechos de propiedad intelectual y afectaron sustancialmente el valor de su inversión. Así, solicitaron al Tribunal Arbitral que ordenara que Uruguay retirara las regulaciones impugnadas o se abstuviera de aplicarlas contra las inversiones de las demandantes, otorgando a su vez, una indemnización por los daños sufridos hasta la fecha de este retiro; o de forma subsidiaria, que otorgue una indemnización por daños.

El Estado uruguayo sostuvo que las medidas impugnadas fueron adoptadas de conformidad con las obligaciones internacionales asumidas por el país, de manera no discriminatoria a todas las compañías tabacaleras, y que correspondían a un ejercicio razonable y de buena fe de las prerrogativas soberanas de un Estado. Para el Estado, se trataba de una forma de protección de la salud pública, no de una interferencia con las inversiones extranjeras.

El Tribunal Arbitral sostuvo en mayoría que la adopción de las medidas del gobierno uruguayo constituyó un ejercicio válido del poder de policía del Estado. El tribunal señaló que el Tratado *“[...] no evita que Uruguay, en ejercicio de su facultad*

---

<sup>941</sup> Esto convirtió a Uruguay en el primer Estado libre de humo de tabaco de las Américas y el séptimo en el mundo.

*soberana, regule los productos nocivos con el fin de proteger la salud pública luego de que se hayan admitido las inversiones en el área*<sup>942</sup>.

A su vez, los árbitros determinaron que las medidas tomadas por el gobierno observaron las obligaciones legales nacionales e internacionales de Uruguay para la protección de la salud pública. El Tribunal analizó que para que las acciones de un Estado en el ejercicio de sus potestades regulatorias no conformen una expropiación indirecta, las acciones deben cumplir ciertas condiciones, como proteger el bienestar público, no ser discriminatorias y sí ser proporcionadas. En este caso, se entendió que Uruguay adoptó las medidas impugnadas con el fin de proteger la salud pública<sup>943</sup> en observancia de sus obligaciones nacionales e internacionales.

En este sentido, el Tribunal tuvo específicamente en cuenta la regulación constitucional uruguaya, que establece:

- Artículo 7: *“los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida”*.
- Artículo 44: *“El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país”*.
- Artículo 46 *“El Estado combatirá por medio de la Ley y de las Convenciones Internacionales, los vicios sociales”*.

Si bien la decisión del Tribunal Arbitral tuvo una opinión disidente, dicha opinión no refiere a este punto concretamente<sup>944</sup>.

#### D. ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA RESPECTO A PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN LOS CUALES ESTÁ INVOLUCRADO EL ESTADO URUGUAYO.

En Uruguay todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública. Se entiende que es un derecho humano protegido constitucionalmente.

<sup>942</sup> Laudo final de Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7), párrafo 288 del

<sup>943</sup> Fue importante para el Tribunal el hecho de que la incidencia del cigarrillo en Uruguay ha disminuido, en particular entre los jóvenes fumadores, y que estas son medidas de salud pública que apuntaban a este fin y fueron capaces de contribuir a su alcance.

<sup>944</sup> El árbitro si bien coincidió con las conclusiones respecto al poder de policía de Uruguay o cualquier Estado para regular su salud pública, disintió en dos puntos vinculados al respeto del trato justo y equitativo en cuanto a la decisión sobre la denegación de justicia (Opinión Concurrente y Disidente Sr. Gary Born, Árbitro en Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7).



El derecho de acceso a la información pública permite ejercer un control sobre la actividad de la administración, fortaleciéndose así el sistema democrático y la forma republicana de gobierno<sup>945</sup>.

Este derecho está regulado a nivel internacional en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que prevé que: “[T]odo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”<sup>946</sup>. De manera más específica, la Declaración de Principios sobre la Libertad de expresión establece: “El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho”<sup>947</sup>.

A su vez, en Uruguay desde el año 2008 rige la ley 18.381, denominada ley sobre el derecho de acceso a la información pública.

La ley define a la información pública como “[...] toda la que emane o esté en posesión de cualquier organismo público, sea o no estatal”<sup>948</sup>. También establece una serie de excepciones a la información pública<sup>949</sup>, de interpretación estricta: información clasificada como secreta<sup>950</sup>, reservada<sup>951</sup> y confidencial<sup>952</sup>.

<sup>945</sup> El artículo 72 de la Constitución de la República prevé: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

<sup>946</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19.

<sup>947</sup> Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, n°108 período ordinario de sesiones, Miami 2 al 20 de octubre del 2000. (disponible en <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>).

<sup>948</sup> Ley de acceso a la información pública, artículo 2 .

<sup>949</sup> Ley de acceso a la información pública, artículo 8.

<sup>950</sup> En relación la información secreta, la ley de acceso a la información pública no la define de forma expresa, sino que queda librado a que otra ley establezca que determinada información tiene este carácter. A modo de ejemplo, se trata de las normas que regulan el secreto bancario, tributario o profesional, de las comunicaciones y los secretos comerciales o industriales, entre otros.

<sup>951</sup> Respecto a la información reservada, la ley la clasifica como aquella que puede: a) comprometer la seguridad pública o la defensa nacional; b) menoscabar la conducción de las negociaciones o bien, de las relaciones internacionales, incluida aquella información que otros Estados u organismos internacionales entreguen con carácter de reservado al Estado uruguayo; c) dañar la estabilidad financiera, económica o monetaria del país; d) poner en riesgo la vida, la dignidad humana, la seguridad o la salud de cualquier persona; e) suponer una pérdida de ventajas competitivas para el sujeto obligado o pueda dañar su proceso de producción; f) desproteger descubrimientos científicos, tecnológicos o culturales desarrollados o en poder de los sujetos obligados; g) afectar la provisión libre y franca de asesoramientos, opiniones o recomendaciones que formen parte del proceso deliberativo de los sujetos obligados hasta que sea adoptada la decisión respectiva, la cual deberá estar documentada. (Ley de Acceso a la Información Pública, artículo 9 de la).

En el campo del arbitraje internacional, la transparencia implica la publicidad de la información relacionada con los procedimientos arbitrales y la participación de terceros<sup>953</sup>. La doctrina<sup>954</sup> señala que la publicidad de la información implicaría idealmente: (i) el conocimiento de la existencia de la disputa<sup>955</sup>; (ii) la divulgación de presentaciones escritas o documentos de procedimiento<sup>956</sup>; (iii) el acceso público a las audiencias<sup>957</sup>.

Por otro lado, las principales reglas arbitrales se basan efectivamente en la confidencialidad de los procedimientos, ya que, en la mayoría de los casos, las partes deben especificar si desean hacer públicos los procedimientos o laudos<sup>958</sup>.

Entre estas dos cuestiones están quienes sostienen que la transparencia y confidencialidad no son necesariamente excluyentes, podrían y deberían coexistir<sup>959</sup>.

Se señala que no debería existir una tensión entre la confidencialidad y el arbitraje ya que: (i) la noción de transparencia va más allá de la confidencialidad porque no se limita a la publicidad de los procedimientos, que es la preocupación clave en relación con la

---

<sup>952</sup> La información confidencial es aquella entregada en tal carácter a los sujetos obligados, siempre que: a) refiera al patrimonio de la persona; b) comprenda hechos o actos de carácter económico, contable, jurídico o administrativo, relativos a una persona física o jurídica, que pudiera ser útil para un competidor; c) esté amparada por una cláusula contractual de confidencialidad. También será considerada como información confidencial los datos personales que requieran previo consentimiento informado y los documentos o secciones de documentos que contengan estos datos. (Ley de Acceso a la Información Pública, artículo 10 de la)

<sup>953</sup> Malintoppi, Loretta; Limbasan, Natalie, “Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration”, *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2015, Volume 2 Issue 1) página 33.

<sup>954</sup> Malintoppi, Loretta; Limbasan, Natalie, “Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration”, *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2015, Volume 2 Issue 1) páginas 33-35.

<sup>955</sup> Con la excepción de los arbitrajes del CIADI y del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, no existen requisitos expresos para publicitar la existencia de disputas de inversión. De todas formas, en virtud de los intereses en juego, las disputas arbitrales se dan a conocer al público a través de los principales medios de comunicación o sitios web y blogs de arbitraje.

<sup>956</sup> Este punto abarca desde la publicidad de las órdenes procesales y las decisiones del tribunal arbitral incluidas el laudo, hasta las presentaciones escritas de las partes, y potencialmente, los informes periciales, declaraciones de testigos y pruebas. La publicidad de estas cuestiones muchas veces depende del consentimiento de las partes

<sup>957</sup> Este punto es el menos avanzado. Normalmente, los miembros del público no participan en audiencias arbitrales internacionales. Las audiencias abiertas al público siguen siendo una extraña ocurrencia, salvo alguna disposición de tratados multilaterales de inversiones. A modo de ejemplo, el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio Centroamérica-República Dominicana-Estados Unidos.

<sup>958</sup> Malintoppi, Loretta; Limbasan, Natalie, “Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration”, *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2015, Volume 2 Issue 1) páginas 33-34.

<sup>959</sup> Pernt, Victoria (Schoenherr), “How Much (More) Transparency Does Commercial Arbitration Really Need?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2017, disponible en Kluwer Law International.

confidencialidad; y (ii) la transparencia, ya sea en relación con la publicidad de los procedimientos o la participación de terceros, no impide que las partes mantengan cierta información confidencial si la naturaleza de la información así lo requiere, por ejemplo, en el caso de conocimientos, secretos comerciales o documentos cubierto por privilegios bajo las leyes nacionales. De hecho, la protección de la información confidencial se contempla expresamente en las disposiciones modernas de transparencia<sup>960</sup>.

En Uruguay el Estado ha declarado reservada la información de varios procedimientos arbitrales de los que ha sido parte, específicamente arbitrajes de inversión.

Cuando se ha solicitado información al amparo del acceso a la información pública que está en archivos o expedientes de distintos organismos públicos, dichos organismos han respondido la información es confidencial porque su divulgación puede generar un riesgo claro, probable, y específico de daño al interés público protegido.

Los terceros interesados en conocer datos o hechos de estos procesos han recibido respuestas negativas ante sus solicitudes de acceso a la información. En algunas ocasiones, ante los rechazos de estas solicitudes por vía administrativa, iniciaron acciones judiciales para intentar acceder a la información<sup>961</sup> pero sin éxito.

En un caso reciente, un particular solicitó al Poder Ejecutivo acceder a información sobre las actuaciones de un arbitraje de inversión en el cual el Estado uruguayo era demandado. Ante la negativa del Poder Ejecutivo, el particular inició la acción judicial correspondiente, obteniendo una sentencia de primera instancia<sup>962</sup> favorable, que ordenaba brindar la información solicitada, con las limitaciones pertinentes (se desconocen cuales). Sin embargo, el Estado apeló la decisión y por sentencia de segunda instancia el Tribunal de Apelaciones interviniente revocó el primer fallo y desestimó la demanda de acceso a la información<sup>963</sup>. Los principales fundamentos del Tribunal de Apelaciones actuante se basaron en lo siguiente:

- El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado se aplica a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un

<sup>960</sup> Malintoppi, Loretta; Limbasan, Natalie, “Living in Glass Houses? The Debate on Transparency in International Investment Arbitration”, *BCDR International Arbitration Review*, Kluwer Law International, 2015, Volume 2 Issue 1) página 34.

<sup>961</sup> Ante la negativa del sujeto obligado a proporcionar la información, o la culminación del plazo legal para hacerlo, el solicitante queda habilitado para iniciar la acción judicial de acceso a la información (Ley de acceso a la información pública, artículo 23).

<sup>962</sup> Sentencia No. 130 de 19 de diciembre de 2018 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia En lo Contencioso Administrativos de 2o. Turno

<sup>963</sup> Sentencia 21/2019 del Tribunal de Apelaciones de 2º Turno de fecha 26 de febrero de 2019, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional (<http://bjn.poderjudicial.gub.uy>).

Tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas celebrado el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, a menos que las partes en el Tratado hayan acordado otra cosa. Por tanto, se aplicará si: a) las partes convienen su aplicación (no fue así) o; b) si las partes del Tratado han convenido su aplicación después del 1 de abril de 2014, razón por la cual -teniendo en cuenta las fechas relacionadas- el Reglamento de Transparencia es desde todo punto de vista inaplicable al arbitraje de autos en tanto su aplicación no fue convenida expresamente lo que se corrobora de acuerdo con las Ordenes Procesales emitidas por el Tribunal Arbitral. A su vez, se destaca que el Tribunal Arbitral en su Orden Procesal No. 3 emitida luego de la sentencia de primera instancia ha declarado que la divulgación del escrito de demanda a terceros ajenos a este arbitraje constituiría una violación de la Sección 11 de la Orden Procesal No. 2 de fecha 24 de abril de 2018.

- Las normas de fuente internacional determinan la reserva o confidencialidad, razón por la cual no es siquiera necesario acudir a la ley 18.381 pues la misma es derecho nacional, no aplicable, conforme los elementos internacionales de la relación.
- No se trata de información que esté bajo el control del Estado demandado, lo que constituiría un presupuesto ineludible para una eventual solución estimativa de la demanda.

#### IV. CONCLUSIONES

El arbitraje tiene rango constitucional como un medio de resolución pacífica de controversias, motivado para ser propuesto por la República en la suscripción de tratados y convenciones internacionales.

Si bien el camino ha sido lento, Uruguay ha progresado normativamente en cuanto a la regulación del arbitraje. El Estado aprobó las Convenciones Interamericanas y los acuerdos regionales que habilitan al Estado y a los particulares a dirimir las controversias mediante este medio. A su vez, de forma importante, Uruguay ratificó la. Si bien en el ordenamiento jurídico vigente se regula al arbitraje doméstico desde hace varias décadas, el último paso significativo a nivel normativo lo constituyó la aprobación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional en el año 2018.

La jurisprudencia ha tenido una importante evolución en la admisión del arbitraje. Inicialmente existía la tradición a rechazarlo, fundamentalmente por la aplicación estricta de las normas de derecho internacional privado de fuente interna, que prohíben -en principio- la autonomía de la voluntad conflictual de las partes. Sin embargo, la ratificación de Uruguay de la Convención de Nueva York implicó el principal avance en el reconocimiento de los acuerdos y laudos arbitrales en la jurisprudencia uruguaya.

Actualmente existe un reconocimiento pleno de la jurisprudencia del arbitraje y de dicha Convención. La Suprema Corte de Justicia y los Tribunales de Apelaciones en lo Civil han sido categóricos en el rechazo de los procesos constitucionales contra las normas que suscriben tratados bilaterales de inversión con cláusulas arbitrales y con otras normas que ratifican convenciones sobre resolución de disputas de arbitrajes de inversión.

Sin embargo, en los últimos años ha estado en el debate la aplicación del arbitraje como medio de resolución de disputas en conflictos individuales de trabajo, por eventuales confrontaciones con normas y principios constitucionales. La Suprema Corte de Justicia ha fallado a favor del arbitraje, pero un Tribunal de Apelaciones resolvió la no admisión de este instituto en un caso reciente.

La participación de Uruguay en arbitrajes de inversión es poca, pero creciente en los últimos 10 años. En el año 2010 Uruguay litigó contra un inversor extranjero en el marco de un caso que estaban en juego derechos humanos consagrados en la Constitución, como el derecho a la salud pública. El Estado Uruguayo obtuvo un laudo favorable, en el cual el Tribunal Arbitral lo fundó en gran medida en las normas constitucionales vigentes en el país.

## VENEZUELA

### ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN EN VENEZUELA

*Diana Droulers\**

*José Gregorio Torrealba R.\*\**

#### I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje ha sido un tema polémico en Venezuela desde principios del Siglo XX, con disputas de carácter territorial que fueron resueltas por un arbitraje que terminó despojando a Venezuela de buena parte de su territorio en favor de Guyana. No siempre fue así. La Constitución de 1830 consagró el arbitraje como un derecho constitucional regulado como un medio alternativo de solución de controversias cuyos resultados eran vinculantes para las partes. Luego, la reforma del Código de Procedimiento Civil en 1916 lo transformó en un método no obligatorio. En su reforma en 1986, el arbitraje volvió a adquirir carácter vinculante para las partes, mediante un procedimiento tutelado por el juez ordinario. A partir de 1998, con la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje Comercial, comenzó un proceso de aceptación del arbitraje en la sociedad legal venezolana, al punto de quedar consagrado en la Constitución de 1999 como parte del Sistema de Justicia. Al mismo tiempo, recibió un importante respaldo en la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que volvió a darle carácter de derecho constitucional dentro del derecho a la tutela judicial efectiva.

Podemos afirmar que la regulación constitucional del arbitraje es favorable a la figura. Desde el punto de vista teórico, podemos decir que Venezuela cumple con todos los requisitos para ser considerada un *friendly jurisdiction*. Sin embargo, la jurisprudencia ha estado en un incesante movimiento pendular entre la aceptación y el rechazo de recursos de naturaleza constitucional en contra de laudos arbitrales. Ello lo veremos reflejado en la trayectoria jurisprudencial en referencia a la admisión de la acción de amparo constitucional contra laudos arbitrales y el recurso de revisión constitucional, aunque este

---

\* Abogado (1993), Universidad Católica Andrés Bello. Árbitro internacional, consultora en estrategia de casos de arbitraje y mediación. Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC y detenta posiciones de liderazgo en múltiples organizaciones dedicadas a promover el arbitraje (AVA, CEA, Arbitral Women, ITA y otros). Pertenece a 2 Comisiones y task forces de Arbitraje y ADR de la ICC y es asesora internacional de Dispute Resolution Data.

\*\* Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje para el periodo 2019-2021. Miembro de la Comisión de Arbitraje y ADR de la ICC. Profesor de la Especializaciones en Derecho Administrativo y Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018). *PhD* (Candidato) y *LL.M.* (2004), *King's College London, University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Socio de Leña Abogados.

último nunca ha pasado de una mera posibilidad teórica pues no se ha admitido ningún recurso de esta naturaleza hasta ahora.

El amparo, como acción extraordinaria para la protección de derechos y garantías constitucionales ha sido uno de los recursos más controversiales, en vista de la exclusividad del recurso de nulidad como medio de impugnación del laudo, prevista en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, fundamentada en la Ley Modelo de la CNUDMI.

La revisión constitucional, potestad otorgada a la Sala Constitucional en la Constitución de 1999, tampoco ha dejado de ser una tentación para los usuarios del arbitraje en Venezuela. Expondremos aquí los supuestos de procedencia de la revisión constitucional como recurso y como potestad ejercida *ex officio* por la Sala Constitucional, su errónea interpretación por parte de la jurisprudencia de la Sala y las posibilidades de procedencia en contra de laudos arbitrales.

Vinculado a lo anterior, nos detendremos a analizar una reciente jurisprudencia en la que se estableció la consulta obligatoria a la Sala Constitucional de aquellos laudos arbitrales en los que se ejerza el control difuso de la constitucionalidad y las implicaciones que esto trae para el sistema arbitral en Venezuela.

Finalmente, haremos referencia a un singular caso en el que se dio inicio a una institución procesal muy particular de la legislación venezolana: el avocamiento. Esta competencia de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia le permite sustraer un proceso judicial del tribunal competente con la finalidad de remediar situaciones de extrema gravedad en procesos judiciales. La Sala decidió iniciar el trámite de un avocamiento, contrariando así su propia doctrina sobre procedimientos arbitrales, situación que ha movilizó a la comunidad arbitral nacional e internacional en defensa del arbitraje en Venezuela.

## II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE EN VENEZUELA

La Constitución venezolana de 1999<sup>964</sup> establece en su artículo 258:

“La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”

<sup>964</sup> Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Enmienda No. 1, publicada en Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

La jurisprudencia de diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia ha sido prolija, constante y conteste en la interpretación de este dispositivo constitucional. En el caso *Fermín Toro Jiménez y otro* ya la Sala Constitucional había señalado que, de la lectura de esta norma, se evidenciaba que el arbitraje era parte integrante del sistema de justicia. La primera Sala en hablar de “...la constitucionalización de los medios alternativos de solución de controversias” sobre la base del artículo 258 Constitucional fue la Sala Político-Administrativa en su sentencia del caso *Hoteles Doral, C.A.*<sup>965</sup>, concepto que ha sido ratificado por la Sala Político-Administrativa en múltiples oportunidades.<sup>966</sup>

Por su parte la Sala Constitucional hizo lo propio varios años después en el caso *Distribuidora Punto Fuerte D.P.F. C.A.* en la que se refirió “...al deber que tiene el legislador de promoverlos, como alternativas, ante las típicas disputas o querellas en sede judicial, esto es, no otra cosa sino la constitucionalización de los medios alternativos para la resolución de conflictos”<sup>967</sup>, y fue más allá en el caso *Bernardo Weininger y otros*<sup>968</sup>, en la que concatenó a la interpretación lo dispuesto por el artículo 253 *eiusdem*, relativo al Sistema de Justicia venezolano, para concluir que:

“Las normas en cuestión revelan la importancia que el constituyente de 1999 dio a los medios alternativos para la solución de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia; de allí que exhortó a que la Ley promueva el arbitraje y los demás medios alternativos de resolución de conflictos, promoción que implica, para esta Sala, que el legislador ha de ejercer su iniciativa legislativa en esta materia y ha de procurar, a través de dicha iniciativa, el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos.”

Las normas constitucionales contenidas en los artículos 253 y 258 otorgan rango constitucional a los medios alternativos de solución de controversias, pero no como un mero enunciado, sino como normas de carácter programático, que establecen obligaciones al Poder Público de promover el uso de estos mecanismos, particularmente la mediación, la conciliación y el arbitraje.

<sup>965</sup> Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia número 1.209 del 19 de junio de 2001. Consultada en Torrealba R., José Gregorio, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia sobre Medios Alternativos de Solución de Controversias, Arbitraje Comercial, Arbitramento y Arbitraje de Inversiones 2000-2014*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2016. Pág. 19.

<sup>966</sup> Hasta 2015, la Sala Político-Administrativa había ratificado su criterio en las sentencias 29-1-2002 (98); 5-5-2005 (2.571); 1-2-2006 (187) (188); 31-7-2007 (1.356); 4-6-2009 (812); 15-7-2009 (1.069); 25-11-2009 (1.704); 28-5-2013 (504); 31-7-2013 (910); 5-3-15 (191); 9-7-2015 (837).

<sup>967</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 1.121 del 20 de junio de 2007, en Torrealba R., José Gregorio, *op. cit.*, p. 21.

<sup>968</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 192 del 28 de febrero de 2008, en *Idem*.



## A. EL ARBITRAJE Y EL SISTEMA DE JUSTICIA

La potestad de administrar justicia, según lo establece el artículo 253 de la Constitución Venezolana, emana de los ciudadanos y se imparte en nombre de la República. Esta norma tiene connotaciones teleológicas pues vincula directamente la administración de justicia con el componente soberano del Estado. La fuente de la justicia son, según el texto constitucional, los ciudadanos. En la práctica, esta norma serviría como fundamento para el establecimiento de instituciones como el juicio por jurado o escabinos y para que los ciudadanos participen en métodos de solución de controversias, como el arbitraje u otros medios alternos de solución de controversias.

El artículo 253 de la CN fundamenta el Sistema de Justicia, estableciendo que está integrado por el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensa Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio. Se trata entonces de un sistema que incorpora a todos los actores que tienen un rol en la administración de justicia en Venezuela.

La Ley de Sistema de Justicia<sup>969</sup> ha desarrollado la normativa Constitucional articulando a la mayoría de los componentes del Sistema en una Comisión Nacional que tiene como objetivo mejorar el funcionamiento de los órganos que lo componen. Sin embargo, una de las grandes ausencias es la representación en dicha Comisión de algún representante que vele por la integridad y los principios de los medios alternativos de solución de controversias. No obstante, según el artículo 20 "...La Comisión Nacional del Sistema de Justicia registrará, coordinará y supervisará la organización, funcionamiento y prestación de sus servicios, de conformidad con esta Ley, las leyes que los desarrollen y sus reglamentos".

Si bien el Sistema de Justicia no es un organismo ni una estructura con jerarquías, sí constituye un esquema de coordinación y planificación del derecho fundamental de acceso a la justicia. Lo que también ha quedado claro es que, si bien el Poder Judicial es parte del Sistema de Justicia, ser parte de ese sistema no es sinónimo de ser parte del Poder Judicial. Esto ha sido objeto de análisis por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que el 5 de octubre de 2000, antes del primer aniversario de la aprobación de la Constitución, afirmó en su sentencia del caso *Héctor Luis Quintero Toledo*<sup>970</sup> que:

“La justicia alternativa (arbitramentos, justicia por conciliadores, etc.), es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera

<sup>969</sup> Ley del Sistema de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.276 del 1 de octubre de 2009.

<sup>970</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número (1.139) del 5 de octubre de 2000, caso *Héctor Luis Quintero Toledo*. Consultada en Torrealba R., José Gregorio, *op. cit.*, pp. 34-36

imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencias (artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz) que se convierten en cosa juzgada, ejecutables (lo que es atributo jurisdiccional, y que aparece recogido en el numeral 1 del artículo 9, y en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, así como en las normas sobre ejecución del laudo arbitral de la Ley de Arbitraje Comercial, y en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil), y por tanto es parte de la actividad jurisdiccional, **pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa**” (Destacado nuestro)

Este criterio, que ha sido además ratificado por la misma Sala en varias oportunidades y adoptado por otras Salas del Máximo Tribunal venezolano<sup>971</sup>, debe constituir el pilar fundamental para delimitar claramente la intervención judicial sobre los medios alternos de solución de controversias y muy particularmente sobre procedimientos arbitrales. No obstante, utilizando una técnica hermenéutica expansiva, algunos tribunales venezolanos han asimilado, incorrectamente, tribunales arbitrales con tribunales ordinarios, con la finalidad de establecer controles judiciales adicionales al recurso de nulidad por una supuesta insuficiencia del mismo.

#### B. EL ARBITRAJE COMO DERECHO DEL JUSTICIABLE

Otro vínculo entre el arbitraje y la Constitución venezolana consiste en que nuestra doctrina y jurisprudencia consideran el arbitraje como un derecho fundamental del ciudadano. Hernández Bretón ya planteaba esta interpretación sobre la base del Texto Fundamental, indicando que “La consideración del arbitraje como un derecho fundamental arroja además de las consecuencias antes señaladas – muy especialmente la de fortalecer el principio pro-arbitraje -, la de determinar la nulidad de cualquier acto violatorio de este derecho”.<sup>972</sup>

En el caso *Bernardo Weininger y otros*<sup>973</sup>, la Sala Constitucional, interpretando el contenido de los ya mencionados artículos 253 y 258 de la Constitución, expuso:

<sup>971</sup> Ver sentencias de la Sala Constitucional: 23-5-2001 (827); 16-10-2001 (1.981); 5-4-2006 (855); 20-5-2010 (462); 03-11-2010 (1.067) y de la Sala Político-Administrativa: 5 de abril de 2006 (855).

<sup>972</sup> Hernández Bretón, Eugenio, “Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental”, *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos No. 18, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Comité Venezolano de Arbitraje, p. 33.

<sup>973</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número (192) del 28 de febrero de 2008, caso *Bernardo Weininger y otros*. Consultada en Torrealba R., José Gregorio, *op. cit.*, pp. 64

“A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje.

De lo anterior se desprende, entonces, que el análisis de constitucionalidad de la norma que se impugnó en el caso de autos –el artículo 87, ordinal 4º, de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario– ha de tener en cuenta dos premisas fundamentales: el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio *pro actione* que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio *pro arbitraje*.”

Más tarde, al resolver un recurso de interpretación interpuesto por la Procuraduría General de la República<sup>974</sup>, la Sala profundizó en esta interpretación al señalar:

“... el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo –en los términos de las normas de derecho comparado– y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas”

Varios temas importantes se desprenden de haber calificado al arbitraje como un derecho contenido en el de la tutela judicial efectiva. Ello implica que no solo es un mecanismo reconocido por la Constitución como parte del Sistema de Justicia, sino que al habersele reconocido expresamente el rango de derecho fundamental, es posible afirmar que los tribunales de la República y los tribunales arbitrales al decidir aspectos relacionados con la jurisdicción y competencia, deben tomar en cuenta este aspecto, pues la interpretación de un acuerdo de arbitraje ya no puede fundamentarse solo en los criterios de interpretación contractual, sino que debe realizarse a la luz del derecho fundamental al arbitraje.

Tal y como lo afirmó la Sala en el caso *Bernardo Weininger y otros*, esto se traduce en que la interpretación de las normas – e incluso de los acuerdos de arbitraje – debe

<sup>974</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 1.541 del 17 de octubre de 2008, caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución. Idem.*

hacerse desde la perspectiva del principio *pro arbitraje* como *alter ego* del principio *pro actione*. Esto implica que, ante la duda, la interpretación siempre debe ser favorable al arbitraje.

Pero esta aceptación amplia y favorable del arbitraje ha tenido sus fallas en la práctica. En una de las sentencias más importantes en la historia del arbitraje en Venezuela, dictada por la Sala Constitucional en el caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, citada *supra*, se aclararon muchos puntos que para el momento eran muy polémicos en el arbitraje venezolano. El objetivo de la Procuraduría General de la República era obtener un pronunciamiento del máximo Tribunal venezolano, que impidiera la interpretación *pro arbitraje* del artículo 22 del entonces vigente Decreto-Ley de Promoción y Protección de Inversiones<sup>975</sup>, ya derogado, que establecía *ab literam*:

“Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI – MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente”

Esta norma fue muy polémica por su confusa redacción<sup>976</sup>. Al tratarse de un Decreto-Ley, no hubo debates en el Legislativo que pudieran dar luz sobre la intención del legislador como mecanismo para interpretar la norma, y, aun cuando existe una obligación para la Administración Pública de mantener un expediente por cada asunto, no se conoce la existencia del expediente correspondiente que refleje el recorrido de las discusiones sobre el proyecto<sup>977</sup>. La Sala Constitucional, alejándose del principio *pro arbitraje*, consecuencia directa del reconocimiento del arbitraje como derecho constitucional, interpretó que el artículo 22 arriba citado, no constituía una oferta de arbitraje.

### C. EL ARBITRAJE Y LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO – LA CLÁUSULA CALVO RELATIVA.

<sup>975</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicado en Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario del 22 de octubre de 1999.

<sup>976</sup> Una reseña de las diferentes interpretaciones y posiciones de la doctrina puede ser consultada en Tejera Pérez, Victorino, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, Colección Estudios Jurídicos No. 97, 2012, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 221-225

<sup>977</sup> Sobre los antecedentes del Decreto-Ley de Promoción y Protección de Inversiones, ver: *Ibidem*, pp. 211-221.

Otro aspecto relevante del arbitraje y la Constitución venezolana viene dado por los denominados contratos de interés público. El artículo 151 de la Constitución venezolana se expresa en los siguientes términos:

“En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”

Recordemos que el jurista Carlos Calvo defendía la tesis de la inmunidad de jurisdicción absoluta desde 1868. A poco menos de treinta años desde la formulación de la cláusula Calvo, fue incorporada a la Constitución de 1893 mediante una norma que establecía la inmunidad de jurisdicción absoluta que se consideraba incorporada en los contratos de interés público. Esta norma continuó en la tradición constitucional venezolana (que consta de 26 constituciones en 209 años de historia republicana), hasta 1961, cuando fue modificada para ser convertida en una cláusula de inmunidad relativa de jurisdicción<sup>978</sup>.

El 17 de agosto de 1999 la entonces Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, en el caso conocido como *Apertura Petrolera*, se pronunció sobre el alcance del artículo 127 de la Constitución de 1961, admitiendo la posibilidad de someter a arbitraje las disputas relacionadas con contratos de interés público, siempre que la naturaleza del contrato lo permitiera. Luego, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Elettronica Industriale*<sup>979</sup> impuso un criterio totalmente contrario al establecido en el caso *Apertura Petrolera* y, con mayor alcance en contra del arbitraje en los contratos con la Administración Pública, al establecer:

“De todo lo anterior se evidencia, que al tener el presente contrato una finalidad pública, ya que con ello el medio de comunicación social principal televisivo del Estado venezolano buscaba el mejoramiento en la prestación de un servicio público, el cual influye directamente en el desarrollo nacional; y que al afectar directamente el patrimonio del Estado venezolano, comportando un grave perjuicio para la Administración, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje”

<sup>978</sup> Brewer-Carías, Allan, *Contratos Administrativos, Contratos Públicos, Contratos del Estado*, Colección Estudios Jurídicos No. 100, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2013, p. 540

<sup>979</sup> Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, caso *Elettronica Industriale SpA*, sentencia número 855 del 5 de abril de 2006. Consultada en Torrealba R., José Gregorio, *op. cit.* P. 166.

Pero el tema volvió a ser objeto de un cambio jurisprudencial, esta vez por la Sala Constitucional en el caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, adoptando plenamente el criterio del caso *Apertura Petrolera*, despejando la vía para el arbitraje en materia de contratos con la Administración Pública y en especial en los contratos de interés público. De particular importancia es la afirmación de la Sala al identificar argumentos de parcialización o de dominación extranjera a través del arbitraje en materia de contratos de interés público y refutarlos claramente, con argumentos sólidos que:

“Por el contrario, es bajo las circunstancias fácticas del comercio internacional en el cual convergen los intereses (opuestos) tanto de los Estados, en desarrollar proyectos o generar situaciones económicas favorables que garanticen la realización de sus fines –vgr. Bien sea mediante la construcción de obras de interés general o con la adopción de políticas que promuevan la inversión productiva de capital foráneo–; como de los inversionistas, en la de participar en negocios o actividades económicas que les generen la mayor cantidad de beneficios económicos; que debe determinarse el alcance y contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En tal sentido, la Sala estima que el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país”

Este criterio de la Sala Constitucional es el actualmente vigente y aplicable, de forma vinculante, por los demás tribunales de la República.

### **III. LAS ACCIONES Y RECURSOS CONSTITUCIONALES CON RELACIÓN AL ARBITRAJE**

#### **A. LA NATURALEZA JURISDICCIONAL DEL LAUDO ARBITRAL**

Se ha desarrollado jurisprudencialmente la tesis según la cual las acciones o recursos constitucionales, como el amparo o la revisión constitucional, serían procedentes contra laudos arbitrales encuentra su fundamento en la asimilación del laudo arbitral a una sentencia judicial debido a su naturaleza jurisdiccional. Diversas sentencias de la Sala Constitucional han reconocido la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, pero la sentencia que reconoció claramente la naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral fue el caso

*CADAFE*<sup>980</sup>, en el que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia señaló:

“Por lo tanto, corresponde al Estado a través de sus leyes otorgar a los árbitros, el ejercicio de la tutela de los derechos consagrados en la Constitución y en las Leyes, confiriendo en tal sentido, a las decisiones que emanen del ejercicio de sus funciones, naturaleza jurisdiccional, con carácter de cosa juzgada, reservándose el mismo Estado, la potestad de ejercer la tutela coactiva o ejecutiva de esos derechos.”

La extinta Corte Suprema de Justicia, según comenta Rengel Romberg, había emitido sentencias bajo la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1960 en las que se había pronunciado en torno a la naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral y expresaba que “...el laudo es una verdadera sentencia”. Bajo la vigencia del Código de 1987, la Sala de Casación Civil de esa Corte ratificó ese criterio en sentencia del 17 de abril de 1988. Vale la pena acotar que el Código de 1986 contiene un procedimiento especial denominado “Arbitramento” que es un arbitraje tutelado por el juez ordinario, al punto que el laudo, para su validez, requiere ser publicado por el juez, lo que probablemente haya influido en la calificación de “sentencia” a la que la Sala hizo referencia.<sup>981</sup>

Reconocer una naturaleza jurisdiccional a los laudos arbitrales no los convierte en sentencia judicial, sujeta a los distintos recursos ordinarios o extraordinarios disponibles para impugnarla. Existen abundantes ejemplos de actos jurisdiccionales emanados de entes que no forman parte del Poder Judicial y nadie duda en negarles la condición de “sentencias”, aun cuando no puedan ser revisados y gocen de ejecutividad y ejecutoriedad. La función jurisdiccional no es exclusiva del Poder Judicial, como tampoco la función legislativa lo es del Poder Legislativo o la función administrativa lo es del Poder Ejecutivo. Para referirnos concretamente a la función jurisdiccional, podemos mencionar que la misma puede ser ejercida por la Administración Pública cuando resuelve conflictos entre particulares (p. ej. oposiciones a registros de marcas o patentes) o cuando impone sanciones (p. ej. las decisiones de naturaleza disciplinaria), pero el resultado de ese procedimiento administrativo no es una sentencia, es un acto administrativo contra el cual se pueden ejercer las acciones contencioso-administrativas a que hubiere lugar, aun cuando parte de la doctrina los identifique como actos cuasi-jurisdiccionales<sup>982</sup>.

Algo similar ocurre con los laudos arbitrales. En nuestro criterio, si bien los laudos tienen naturaleza jurisdiccional, no son una sentencia y, por lo tanto, no están sometidos al

<sup>980</sup> Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, caso *CADAFE*, sentencia número 4 del 11 de enero de 2006.

<sup>981</sup> Rengel Romberg, Aristides, “La naturaleza jurisdiccional del laudo arbitral”, *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos No. 18, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Comité Venezolano de Arbitraje, p. 189.

<sup>982</sup> Rondón de Sansó, Hildegard, *Los actos cuasi-jurisdiccionales*, Caracas, Ediciones Centauro, 1990.

mismo régimen de control. El laudo arbitral, por las características propias del arbitraje, tiene un régimen de control judicial especial, que, conforme a lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, es únicamente el recurso o acción de nulidad.<sup>983</sup>

## B. EL AMPARO CONSTITUCIONAL.

La acción de amparo constitucional ejercida contra laudos arbitrales ha tenido una historia disonante, polémica y controvertida. La existencia de una vía judicial ordinaria – el recurso de nulidad – para impugnar el laudo arbitral, ha sido el eje que sostiene el péndulo al que nos hemos referido con anterioridad. En esta sección haremos un recorrido sobre los cambios jurisprudenciales que intermitentemente han venido cambiando la posición sobre la procedencia del amparo contra laudos arbitrales<sup>984</sup>. La residualidad o subsidiariedad de la acción de amparo constitucional la encontramos precisamente reflejada entre sus causales de inadmisibilidad, particularmente la dispuesta en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales<sup>985</sup>. La Sala Constitucional comenzó este transitar sobre el amparo constitucional el 23 de mayo de 2001 cuando en su sentencia sobre el caso *Grupo Inmensa, C.A.*, expresó:

“En el presente caso las accionantes no han expuesto motivo alguno que permita a esta Sala llegar al convencimiento de que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo. Por el contrario, observa esta Sala que las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución, en razón de lo cual **la acción propuesta debe declararse inadmisibile respecto al laudo arbitral del 11 de agosto de 2000, dictado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, por cuanto las accionantes no agotaron la vía ordinaria, mediante el ejercicio del recurso de nulidad**, de conformidad con el

<sup>983</sup> Nótese que cada jurisdicción es libre de establecer los recursos o acciones disponibles contra laudos arbitrales y que nuestra interpretación se basa únicamente en la legislación venezolana. Sobre los distintos medios de impugnación del laudo arbitral en el derecho comparado ver: Torrealba R., José Gregorio, *La impugnación del laudo arbitral*, Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, No. 160, Enero – Junio 2020.

<sup>984</sup> Para un estudio de mayor profundidad en el tema del amparo constitucional contra laudos arbitrales ver: Mezgravis, Andrés, “El Amparo Constitucional y el arbitraje”, en *Revista de Derecho Administrativo*, número 6, Editorial Sherwood, Caracas, 1999. p. 265 y ss. y más recientemente, Araque Benzo, Luis Alfredo, *Manual del Arbitraje Comercial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 153-160.

<sup>985</sup> Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo: ...5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado;



numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se decide.”<sup>986</sup>

Unos meses después, el 16 de octubre de ese mismo año 2001, la misma Sala emitió la sentencia 1.981, en el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, que declaró inadmisibile la acción de amparo ejercida contra el acta de misión suscrita en un procedimiento arbitral internacional por haber ejercido la parte actora el recurso de nulidad en contra del laudo arbitral dictado en el mismo arbitraje y por lo tanto, incurriendo en la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero sin ratificar expresamente el criterio que había ya establecido en *Grupo Inmensa* y que abarcaba, ya para ese momento, la inadmisibilidad de la acción de amparo contra laudos arbitrales por la existencia de una vía judicial ordinaria para su impugnación<sup>987</sup>.

Además, en esta misma sentencia, la Sala Constitucional afirmó que era posible el ejercicio de la acción de amparo constitucional en contra de un laudo arbitral internacional – se trataba de un caso sometido a las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – tomando en cuenta que el laudo sería ejecutado en Venezuela. Las palabras de la Sala fueron:

“En el presente caso se sometió a arbitraje internacional una demanda contra una persona jurídica venezolana cuya ejecución eventualmente tendrá lugar en el país. Por tanto, al estar sujetas a la aplicación de las normas y principios constitucionales, las decisiones de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en el caso de autos, pueden ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.”

Sin embargo, la Sala se mantuvo declarando la inadmisibilidad del amparo constitucional contra laudos arbitrales.<sup>988</sup>

El primer caso en el que la Sala Constitucional avaló expresamente el ejercicio de la acción de amparo constitucional contra laudos arbitrales y sobre la base de lo expuesto en

<sup>986</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 827 del 23 de mayo de 2001, caso *Grupo Inmensa, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba, *op. cit.*, pp. 250-252

<sup>987</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1.981 del 16 de octubre de 2001, caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba, *op. cit.*, pp. 252-254.

<sup>988</sup> En esta primera etapa, volvió a declarar la inadmisibilidad de un amparo constitucional en el caso *Nokia de Venezuela, S.A.*, sentencia 3.610 de fecha 6 de diciembre de 2005. El extracto pertinente de la sentencia puede ser consultado en José Gregorio Torrealba R., *op. cit.*, p. 255.

el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.*, fue el de *Consortio Barr, C.A.*<sup>989</sup> - también un arbitraje internacional - en el que si bien no realizó consideraciones sobre la admisibilidad, si ratificó la sentencia que le había sido sometida a consulta por el Tribunal Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas. En el caso *Corporación Todosabor, C.A.*, la Sala ratificó el criterio de la ejecución del laudo como elemento determinante para afirmar que un laudo arbitral podía ser objeto de la acción de amparo – ya expresado en el caso *Compañía Venezolana de Televisión, C.A.* – y expresó que “Es así como la cobertura constitucional es extensible a los laudos arbitrales dictados por los Tribunales arbitrales, por lo que mientras la ley no diga lo contrario, son los jueces superiores por la materia, cuantía y territorio, los competentes para conocer de los amparos contra dichos laudos...”<sup>990</sup>. La Sala dejó absolutamente claro entonces que los laudos arbitrales podían ser objeto de control mediante amparo constitucional.

La inadmisibilidad de la acción de amparo volvió a ser criterio de la Sala Constitucional en la ya mencionada sentencia del caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, una de las más importantes en materia de arbitraje en Venezuela. En este caso, la Sala fue muy enfática al señalar:

“También se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “(...) *el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)*” - Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-.; pero dejando a salvo que **lo anterior no significa la promoción de un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad de un laudo arbitral, por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibles a tenor de lo previsto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)**”<sup>991</sup> (Destacado nuestro)

Pero una sentencia de mayor claridad llegó el 20 de mayo de 2010, caso *Gustavo E. Yélamo*, en el que la Sala Constitucional se expandió en cuanto a la idoneidad del recurso

<sup>989</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 2.346 del 26 de agosto de 2003. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2346-260803-03-0995.HTM>, consultada el 19 de julio de 2020.

<sup>990</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 174 del 14 de febrero de 2006, caso *Corporación Todosabor, C.A.*, consultada en José Gregorio Torrealba R., ob.cit. p. 256-258.

<sup>991</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1.541 del 17 de octubre de 2008, caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, bajo la ponencia de Luisa Estela Morales, *Ibidem*, p. 261.

de nulidad para satisfacer la protección de los derechos constitucionales que se pretende mediante el amparo constitucional al expresar que:

“En tal sentido, desde el punto de vista sustantivo, el contenido y extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad, denuncias como las formuladas por el presunto agraviado, vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público”<sup>992</sup>

No obstante, en el caso *Gustavo E. Yélamo* la Sala mantenía, de forma contradictoria con la conclusión a la que llegó y que hemos citado *supra*, que un laudo arbitral “...puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales...”. Esta posición fue finalmente superada por la Sala Constitucional en el caso *Van Raalte de Venezuela, C.A.*, en el que se dejó de lado el estilo esquivo al explicar que “contra ellos – los laudos arbitrales – solo procede el recurso de nulidad...”<sup>993</sup>. Este criterio ha sido el último de la Sala Constitucional.

La sentencia más reciente dictada por la Sala Constitucional sobre un amparo constitucional deja muchas dudas. En efecto, en su sentencia del 28 de noviembre de 2019, caso *Desarrollos Mercayag, C.A.*, la Sala Constitucional asumió la competencia para conocer de un amparo constitucional ejercido – en 2016 - contra un laudo arbitral, asimilando al tribunal arbitral a un Tribunal Superior. Esta equivalencia contradice abiertamente el criterio anterior de la Sala, pues cuando admitía estas acciones, siempre consideró que los tribunales arbitrales eran equivalentes a un tribunal de primera instancia a los efectos de determinar el tribunal competente para conocer del amparo.

La Sala no se pronunció en esta sentencia sobre la admisibilidad de la acción de amparo ejercida, sino que se limitó a declarar su competencia y a ordenar la notificación de la Procuraduría General de la República por cuanto la empresa del Estado PDVSA Industrial adquirió las acciones de la empresa matriz de la parte demandante en el arbitraje que dio origen a la acción de amparo.<sup>994</sup>

### C. EL RECURSO DE REVISIÓN

<sup>992</sup> Sentencia 462 del 20 de mayo de 2010, caso *Gustavo E. Yélamo*, bajo la ponencia de Luisa Estela Morales, en *Ibidem*, p. 261.

<sup>993</sup> Sentencia 1.773 del 30 de noviembre de 2011, caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*, *Ibidem*, p. 261.

<sup>994</sup> Sentencia 394 de fecha 28 de noviembre de 2019, caso: *Desarrollos Mercayag, C.A.*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/308320-0394-281119-2019-16-0390.HTML>

El recurso de revisión constitucional se encuentra previsto como una de las competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el artículo 336.10, que expresa:

“Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:...10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de la constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.”

Aunque existen claros límites impuestos por la norma constitucional, la exposición de motivos (redactada posteriormente) amplió el ámbito de la revisión constitucional<sup>995</sup>, incluyendo además las sentencias dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

El recurso de revisión fue desarrollado en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que otorga la competencia revisora a la Sala Constitucional y en su numeral 10 establece los supuestos de procedencia del recurso:

- “1.- Cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional;
- 2.- Cuando efectúen una indebida aplicación de una norma o principio constitucional;
- 3.- Cuando se haya producido un error grave en la interpretación de una norma o principio constitucional; y
- 4.- Por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales”

Finalmente, en el numeral 11 del mencionado artículo se extiende legalmente la competencia de revisión constitucional sobre las sentencias dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia “y en caso de la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales”.<sup>996</sup>

Según Badell<sup>997</sup> la Sala Constitucional inició en 2001 una tendencia jurisprudencial hacia la expansión del ámbito objetivo del recurso de revisión. Ella tuvo su pináculo en el

<sup>995</sup> Badell M., Rafael, “El Recurso de Revisión Constitucional en el Arbitraje”, *Revista del Comité de Arbitraje de VenAmCham 2010/2011*, Caracas, VenAmCham, p. 4. [https://www.cedca.org.ve/wp-content/docs/revista\\_arbitraje2.pdf](https://www.cedca.org.ve/wp-content/docs/revista_arbitraje2.pdf)

<sup>996</sup> *Ibidem.* p. 5

<sup>997</sup> *Ibidem.* p. 6

caso *Corpoturismo*, en el que por medio de una interpretación, se extendió formalmente la potestad de revisión constitucional otorgada por el artículo 333 Constitucional sobre sentencias distintas a las mencionadas en la norma, apoyándose en la competencia que le otorga el artículo 335 *eiusdem* para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales.

### 1. El recurso de revisión constitucional contra laudos arbitrales

Ya en el año 2005, en el caso *Juan Bencomo*, la Sala Constitucional admitió la posibilidad de procedencia del recurso de revisión constitucional contra un laudo arbitral<sup>998</sup>, aun cuando en el caso particular decidió hacerlo *ex officio* en vista de la falta de impugnación del laudo mediante el recurso de nulidad por parte del recurrente en revisión. Badell afirma que “Esta interpretación desnaturaliza la revisión como recurso, pues se estaría admitiendo su procedencia a pesar de la inadmisión de la solicitud, sobre la base de una facultad de oficio discrecional, que no tiene base teórica ni legal”.<sup>999</sup>

En 2013, la Sala Constitucional dejó claro lo siguiente:

“De acuerdo con las referidas normas, la revisión constitucional tiene como presupuestos de procedencia: En primer lugar, que la solicitud verse sobre una sentencia, es decir, contra las decisiones que se dictan a consecuencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. En segundo lugar, ***que dicha decisión emane del Poder Judicial***, ya que, aun cuando el desarrollo de la potestad jurisdiccional no es exclusivo del Poder Judicial, sino que es la potestad preponderante de éste, que como todas las funciones esenciales del Estado, es compartida, ... hacen expresa mención a que la potestad de revisión recae sobre las decisiones jurisdiccionales que dictan los órganos del Poder Judicial, es decir, los distintos tribunales de la República...

Atendiendo a lo expuesto, se observa que si bien los laudos arbitrales son una manifestación de la función jurisdiccional, no emanan del poder judicial y, en consecuencia, no se ajustan al elemento orgánico que determina el segundo supuesto de la revisión constitucional.”<sup>1000</sup>

<sup>998</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, sentencia del 7 de octubre de 2005, citada por Badell M., Rafael, *op. cit.*, p. 16.

<sup>999</sup> *Idem.*

<sup>1000</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia número 443 del 6 de mayo de 2013, caso: *Procurador General del Estado Monagas*. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/443-6513-2013-12-0902.HTML>

Posteriormente, la Sala revisó su criterio en la sentencia del caso *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas I*<sup>1001</sup>, en el que indicó:

De modo que cuando en nuestro ordenamiento jurídico y más concretamente el artículo 336, numeral 10, de la Constitución le atribuye a la Sala Constitucional la potestad de “*revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva*”, debe interpretarse que ello comprende también la revisión de aquellos laudos arbitrales definitivamente firmes en los que se hubiere desaplicado por control difuso alguna norma jurídica.

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes abarca entonces no solo aquellos fallos que hayan sido expedidos tanto por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia como por los demás tribunales de la República, tal y como se observa en el artículo 25, numerales 10 y 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sino también de aquellos laudos arbitrales definitivamente firmes en los que se hubiere desaplicado por control difuso alguna norma jurídica, pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, conforme lo establece el artículo 335 del Texto Fundamental.”

La jurisprudencia de la Sala Constitucional es abundante en cuanto a que los medios alternos de solución de conflictos forman parte del Sistema de Justicia, mas no del Poder Judicial. La distinción entre una y otra circunstancia es clara, por lo que la redacción del artículo 335 constitucional no deja lugar a dudas en cuanto a que la revisión constitucional procede únicamente contra sentencias dictadas por los tribunales de la República, entre los que, como ya hemos dicho hasta la saciedad, no se encuentran los tribunales arbitrales, tal como se expresó en la sentencia del caso *Procurador General del Estado Monagas* arriba mencionado. Es por ello que resulta incomprensible que la Sala Constitucional ahora pretenda admitir la revisión de aquellos casos en los que se haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad.

#### D. EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

En control difuso de la constitucionalidad es un mecanismo que permite a todos los jueces de la República desaplicar una norma legal o sub-legal a un caso concreto por considerar

<sup>1001</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia número 347 del 11 de mayo de 2018, caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*. <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scon/mayo/211103-0347-11518-2018-17-0126.html&palabras=Arbitral>

que la misma es inconstitucional. La competencia se encuentra prevista en el artículo 334 de la Constitución, según el cual:

“Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.”

La Sala Constitucional, en su sentencia del caso *Rosa Luisa Mérmoli Bruno*, citada en la sentencia *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*<sup>1002</sup> del 18 de octubre de 2018, expuso que:

“Para que dicho control se aplique, es necesario:

- 1) Que exista una causa, lo que equivale a un proceso contencioso.
- 2) Que una de las partes pida la aplicación de una norma.
- 3) Que dicha norma colida con alguna disposición constitucional, lo que indica que debe tratarse de una contradicción objetiva (de texto); o que la ley resulte incompatible con la Constitución, incompatibilidad que se refiere a los principios constitucionales recogidos expresamente en la Carta Fundamental.
- 4) Que el juez se vea en la necesidad de aplicar la norma que considera colide con la Constitución, ya que esa es la ley que regirá el caso. En consecuencia, si el juez a su arbitrio puede inaplicar la ley, ya que considera que el supuesto de hecho de la norma no ha sido probado, o que el caso puede ser resuelto mediante la invocación de otra disposición, no tiene razón alguna para practicar control difuso alguno.

<sup>1002</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 702 del 18 de octubre de 2018, caso *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

5) Que quien lo adelante sea un juez, así ejerza la jurisdicción alternativa, dentro de un proceso donde se pide la aplicación de la ley o norma cuestionada.

6) Que el juez no anule la norma sometida al control, sino que la inaplique en el caso concreto.

Ejercido el control difuso, su efecto es que, para el caso concreto, sólo con respecto a éste, no se aplica la disposición”.

Según lo establecido por el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia:

“Cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad deberán informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto deberán remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme” (Subrayado añadido).

De tal manera que los tribunales de instancia tienen la obligación de someter la sentencia en la que ejerzan el control difuso de la constitucionalidad a consulta ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. La jurisprudencia del Máximo Tribunal ha sido enfática al señalar que los árbitros también cuentan con la potestad de ejercer el control difuso de la constitucionalidad al señalar que “[c]onsecuencia de dicha norma es que corresponde a todos los jueces (**incluso los de la jurisdicción alternativa**) asegurar la integridad de la Constitución, lo cual adelantan mediante el llamado control difuso”.<sup>1003</sup>

Ahora, el asunto de la consulta obligatoria a la Sala Constitucional fue resuelto en el caso *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*, citado *supra*, en el que además de realizar las consideraciones sobre la procedencia de la revisión constitucional de laudos arbitrales en los que se ejerciera el control difuso de la constitucionalidad, sentenció que sobre la misma base: “... la consulta sobre control difuso de constitucionalidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, resulta aplicable también a los laudos arbitrales definitivamente firmes en los que se realice dicha desaplicación”.

Como podemos observar de las normas constitucionales pertinentes y del artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la referencia a los “tribunales de la República” saltan a la vista, pues uno de los criterios determinantes es el orgánico, con el que el laudo arbitral no cumple. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje, asumida por la

<sup>1003</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia número 833 del 25 de mayo de 2001, caso: *Instituto Autónomo Policía Municipal de Chacao*.



Sala Constitucional, no implica que los tribunales arbitrales puedan ser asimilados al Poder Judicial, ni mucho menos que los laudos puedan ser asimilados a sentencias judiciales, como hemos mencionado arriba. La intención del Constituyente y del Legislador, además, no puede llevarse más allá de lo que expresamente ha previsto.

#### E. EL AVOCAMIENTO DE LA SALA CONSTITUCIONAL PARA PROTEGER EL ORDEN PÚBLICO CONSTITUCIONAL

Según la doctrina y la jurisprudencia venezolana, el avocamiento es una institución de naturaleza procesal que subvierte el orden jurídico de la competencia de los tribunales. La doctrina no es conteste en su naturaleza jurídica, algunos lo califican como una “institución extraordinaria”<sup>1004</sup>, mientras otros lo califican como “recurso extraordinario”<sup>1005</sup>, ambas tendencias basándose en expresiones utilizadas por la jurisprudencia. El antecedente más antiguo del avocamiento se ubica en el Derecho Canónico en 1213 para luego ser adoptado por la legislación francesa, particularmente como una potestad del monarca<sup>1006</sup>, mientras que otros identifican su origen entre finales del Siglo VI y finales del Siglo XVIII en la era de las monarquías absolutistas, para ser repudiada luego de la Revolución Francesa en 1789<sup>1007</sup>.

A Venezuela llegó el avocamiento de la mano de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia<sup>1008</sup> en 1976 como una potestad de la Sala Político-Administrativa sobre los demás tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa. El avocamiento ha sido comparado con el *certiorary* o *writ of error* del derecho de los Estados Unidos de América<sup>1009</sup>, lo que incluso ha sido reflejado en sentencias de la propia Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia<sup>1010</sup>, pero no parece tener un equivalente en

<sup>1004</sup> Crespo Daza, Alexis, “Reflexiones acerca del Avocamiento”, *Revista de Derecho Administrativo*, número 17, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, p. 73-84. Dobarro, Susana *et al*, “Consideraciones Generales sobre el Avocamiento en la Jurisprudencia Venezolana. Especial referencia a la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de junio de 2003 (No. 809; caso: Jenny Mariela Lugo Méndez)”, *Revista de Derecho Administrativo*, número 17, Caracas, Editorial Sherwood, 2003, pp. 199-233.

<sup>1005</sup> Medina de Zaibert, Roxana, “El Avocamiento”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, número 130, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2007, pp. 295-324.

<sup>1006</sup> Crespo Daza, Alexis, *op. cit.*, p. 73.

<sup>1007</sup> Peña Solís, José, “El avocamiento judicial como instrumento de abuso de poder en Venezuela, a propósito de la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 31 de marzo de 2004”, *La Guerra de las Salas del TSJ frente al Referéndum Revocatorio*, Editorial Aequitas, C.A., Caracas, 2004, p. 62, citado por Medina de Zaibert, Roxana, *op. cit.*, p. 298.

<sup>1008</sup> Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, publicada en Gaceta Oficial No. 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976.

<sup>1009</sup> Voto salvado del Magistrado Martín Pérez Guevara en la sentencia del caso *Xavier Anoel Pacheco y otros* de fecha 15 de febrero de 1979, citado por Alexis Crespo Daza, *op. cit.*, p. 78.

<sup>1010</sup> Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 1.067 del 11 de mayo de 2000, citada por Roxana Medina de Zaibert, *op. cit.*, p. 299.

el derecho comparado<sup>1011</sup>. Consideramos que asimilar el avocamiento con el *certiorary* podría llevar a confusiones sobre el objetivo y los elementos del avocamiento.

El régimen del avocamiento fue modificado mediante una interpretación de la Sala Constitucional en su sentencia del caso *Sintracemento*<sup>1012</sup> en la que se extendió la competencia para avocarse a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia por considerar que el régimen previsto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se excedía al violentar el régimen de competencia por la materia. Posteriormente, estos cambios fueron incluidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>1013</sup>, que derogó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Los requisitos de admisibilidad del avocamiento se encuentran previstos en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia<sup>1014</sup> y pueden resumirse en: (i) que el asunto curse en algún tribunal de la República, y (ii) que las irregularidades que se aleguen hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los medios ordinarios. Los requisitos de procedencia se encuentran en el artículo 107 *eiusdem* y se reducen a (i) que existan graves desordenes procesales, o (ii) escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente a imagen del Poder Judicial, la paz pública y la institucionalidad democrática.

Los artículos 106 y 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establecen lo que efectivamente puede ordenar la Sala que se avoque al conocimiento de un procedimiento. A saber: (i) asumir el conocimiento del asunto, (ii) remitir el asunto a otro tribunal, (iii) decretar la nulidad y reposición del juicio al estado pertinente, (iv) decretar la nulidad de actos procesales, y (v) adoptar cualquier medida que considere idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido.

La Sala Constitucional, que hasta el momento había venido avanzando— en términos generales — sobre la institución del arbitraje en el marco jurídico venezolano, incluso resolviendo algunos de los problemas más comunes en el derecho comparado, ha dado un paso en falso al iniciar el trámite de un avocamiento mediante la sentencia número 42 del 20 de febrero de 2020<sup>1015</sup>. El avocamiento fue solicitado sobre un arbitraje tramitado en el

<sup>1011</sup> En tal sentido, ver la valiosa intervención del profesor Rafael Chavero en el seminario virtual “Avocamiento y Arbitraje”, organizado por la Asociación Venezolana de Arbitraje el 30 de abril de 2020, disponible en <https://youtu.be/6ilOyQovqqs>

<sup>1012</sup> Sentencia 806 del 24 de abril de 2002, caso *Sintracemento*, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/806-240402-00-3049.HTM>

<sup>1013</sup> Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial No. 37.942 del 20 de mayo de 2004.

<sup>1014</sup> Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en Gaceta Oficial 5.991 Extraordinario del 29 de julio de 2010.

<sup>1015</sup> Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 42 del 20 de febrero de 2020, caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, bajo la ponencia de Juan José Mendoza Jover. Al momento de

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, cuyas reglas prevén la presentación previa del laudo arbitral a las partes<sup>1016</sup>. En este caso, al ser presentado el proyecto de laudo arbitral a las partes y recibidas las observaciones correspondientes, la parte que ya se sabía perdedora, decidió acudir a la Sala Constitucional para pedir su avocamiento, como si se tratara de un procedimiento judicial y en clara violación al acuerdo de arbitraje que había suscrito.

La sentencia no contiene una motivación que permita observar el criterio sobre el cual se fundamentó la Sala para iniciar el trámite del avocamiento, pero las decisiones tomadas en dicha sentencia constituyen una intervención judicial fuera de todo parámetro admisible en cualquier sistema de arbitraje. En efecto, la Sala decidió:

“1. Se ORDENA al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) remitir el expediente ... en el lapso de cinco (5) días de despacho siguientes.

2. ACUERDA la SUSPENSIÓN de los actos procedimentales de la causa que sigue ... ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), ... y de los actos de ejecución, hasta que se decida el fondo del asunto.”

Aunque la Sala no motivó su decisión, sí realizó una relación de las denuncias que la solicitante del avocamiento consideró de tal gravedad y de tal rareza que no podrían – a su criterio – ser resueltas mediante el recurso de nulidad. Estos argumentos son:

“...para que se avoque en forma excepcional para el conocimiento del asunto, en virtud de estar en presencia **de posibles violaciones de orden público constitucional acá delatados en cuanto algunos “excesos” que**

---

redactar este trabajo, la sentencia no se encuentra disponible en la página web del Tribunal Supremo de Justicia. Consultada en copia.

<sup>1016</sup> Reglamento de Conciliación y Arbitraje (2013 – vigente para el momento en que se solicitó el avocamiento). <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2017/01/Reglamento-del-CEDCA-2013.pdf>. Artículo 39. Presentación previa del Laudo: 39.1. Antes de que el Laudo sea depositado y salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral deberá presentarlo a la consideración de éstas y del Director Ejecutivo quienes, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrán, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción del Laudo, hacer observaciones sobre puntos de forma o relacionados con el fondo de la controversia. Los escritos de observaciones de las partes deberán ser consignados ante el Director Ejecutivo, quién se encargará de enviarlos a los árbitros y a las partes, para que éstas, a su vez, puedan expresar oralmente sus comentarios en una audiencia que fije el Tribunal Arbitral. 39.2. Vencido el plazo a que se refiere el numeral anterior sin que las partes o el Director Ejecutivo hubieren hecho observaciones, el Laudo se considerará como definitivo y será de obligatorio cumplimiento. 39.3. Si las partes o el Director Ejecutivo hubieren hecho observaciones, el Tribunal Arbitral publicará un Laudo definitivo con las aclaratorias, ampliaciones o correcciones que juzgue convenientes, dentro de un plazo que no excederá de los cinco (5) días hábiles a partir de la audiencia a que se refiere el artículo 39.1 de este Reglamento. 39.4. El conocimiento previo del Laudo conforme a lo previsto en este artículo, no constituirá causa de recusación de los árbitros.

**habrían llevado a la “desnaturalización” de la función del Tribunal arbitral...**

...sin embargo, más adelante, en etapa de sentencia, es que ocurre una subversión **procesal** cuyas dimensiones alcanza violaciones legales y constitucionales **del orden público** ...

...se ha presentado una situación irregular que amenaza gravemente – y en general – los << **derechos constitucionales a la defensa** >>... y a la <<**tutela judicial efectiva**>>...

...en virtud de la necesaria preservación de los derechos constitucionales tan elementales del derecho a la defensa, **al debido proceso (sobre todo (sic) en cuanto al derecho a probar) y la tutela judicial efectiva...**

...a fines de evitar la materialización de violaciones al **orden público constitucional...**” (Destacado nuestro)

La Sala asumió estas denuncias señalando que la solicitud de avocamiento está referida “...a una causa llevada ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA); por las supuestas irregularidades cometidas en el conocimiento de una demanda arbitral...y que conforme a lo denunciado se ha sustanciado con un “<<un grave desorden procesal>> que conduce a la flagrante violación de las garantías y derechos constitucionales aquí expuestos”.

El avocamiento no es una institución prevista en el sistema de arbitraje consagrado por la Constitución y las leyes venezolanas. El recurso debió ser declarado inadmisibile *in limine litis* por la Sala Constitucional, pues no solo violenta la doctrina de la Sala en materia de arbitraje y avocamiento, sino que no cumple con los requisitos de admisibilidad del artículo 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

En primer lugar, no existe posibilidad de asimilar un tribunal arbitral a un tribunal de la República<sup>1017</sup>, no tienen la misma naturaleza jurídica y no cabe una interpretación, por extensiva que sea, que pueda incluirlos en la estructura del Poder Judicial. En segundo lugar, el recurso se presenta sin que las supuestas irregularidades denunciadas fueran reclamadas a través de medios ordinarios. Ello aunado a que se presenta sobre un proyecto

<sup>1017</sup> Esto ha sido mencionado en muchas sentencias de distintas Salas del Tribunal Supremo de Justicia que han dejado clara la diferencia entre Sistema de Justicia, al que pertenecen los medios alternos de solución de controversias, y el poder judicial, al que aplica un régimen legal distinto. Ver: Sentencias de la Sala Constitucional: 1.139 (5 de octubre de 2000); 1.393 (7 de agosto de 2001); 572 (22 de abril de 2005); 192 (28 de febrero de 2008); 1.541 (17 de octubre de 2008); 1.067 (3 de noviembre de 2010); de la Sala Político- Administrativa: 855 (5 de abril de 2006), 722 (21 de julio de 2010); de la Sala de Casación Civil: RC 225 (21 de abril de 2008).

de laudo, y no sobre un laudo definitivo, por lo cual no existe aun posibilidad de ejercer el recurso ordinario, cual es el de nulidad.

Como hemos visto *supra*, los elementos que tomó en cuenta la Sala para iniciar el trámite del avocamiento solicitado se refieren a presuntas violaciones a garantías procesales y al orden público que podrían ser objeto del recurso de nulidad o, en caso de no ejercerlo por considerar la onerosidad de la caución actualmente exigida – de forma ilegal e inconstitucional – como requisito de admisibilidad del recurso de nulidad, pudieron haber sido alegadas para instar el rechazo judicial de la ejecución del laudo conforme a las causales previstas en el artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial, que reproduce, como sucede también en la Ley Modelo, las causales de nulidad del laudo.

Pero además, el avocamiento, de admitirse, no podría ser procedente conforme a lo dispuesto en el artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pues (i) no se denunciaron graves desórdenes procesales, sino aspectos relacionados con la valoración de la prueba en el proyecto de laudo arbitral, y (ii) en los términos de la solicitud descrita en la sentencia número 42 aquí comentada, no hay posibilidad de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudique ostensiblemente la imagen del Poder Judicial – es imposible al tratarse de actuaciones de un tribunal arbitral –, la paz pública o la institucionalidad democrática.

#### IV. CONCLUSIONES

Anzola, tituló uno de sus más leídos trabajos, publicado en 2005, como “*El fatigoso camino que transita el arbitraje*”<sup>1018</sup> y concluyó que “...respecto del arbitraje hay resistencias en diversos frentes y algunas son importantes, pero creemos también que se irán venciendo poniendo de relieve las disposiciones de la Constitución, de los tratados internacionales suscritos por Venezuela y de las disposiciones legales vigentes”.

Como hemos podido observar a lo largo de este trabajo, las disposiciones Constitucionales que consagran el arbitraje como parte del Sistema de Justicia y como derecho fundamental, aparte de las que han regulado su uso en los contratos de interés público, han delineado claramente la constitucionalización del arbitraje. Esto, por supuesto ha tenido sus efectos en la interpretación jurisprudencial. Es claro hoy en día que el hecho de ser un componente en el Sistema de Justicia no convierte a los medios alternos de solución de controversias, entre ellos al arbitraje, en parte del Poder Judicial, lo que resulta elemental para determinar el régimen aplicable a los árbitros y particularmente al laudo arbitral, que no está legalmente sometido a los mismos recursos a los que queda sometida una sentencia judicial.

<sup>1018</sup> Anzola, j. Eloy, “El fatigoso camino que transita el arbitraje”, *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Serie Eventos No. 18, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales / Comité Venezolano de Arbitraje, 2005, pp. 405-420.

Las consecuencias de reconocer al arbitraje como un derecho constitucional también se han manifestado en la jurisprudencia, particularmente en la técnica interpretativa que debe privar al momento de interpretar acuerdos de arbitraje o la propia legislación, pues siempre debe favorecerse el ejercicio de los derechos fundamentales, lo que en materia de arbitraje se ha concretado en la formulación de un principio *pro arbitraje*, que obliga al juez a favorecer el arbitraje ante la duda. Solo el peso de intereses políticos, como lo fue la interpretación del artículo 22 del Decreto-Ley de Promoción y Protección de Inversiones, citado *supra*, ante la gran cantidad de arbitrajes internacionales actuales y potenciales que para ese momento pretendían fundamentarse en esa disposición, ha hecho que la Sala Constitucional se aleje de este principio.

La jurisprudencia constitucional venezolana también ha retomado el camino de la inmunidad de jurisdicción relativa en cuanto a la posibilidad de incluir acuerdos de arbitraje en los contratos de interés público, establecida por primera vez por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso *Apertura Petrolera* en 1998, abandonado por la Sala Político Administrativa y retomado en 2008 en el caso *Interpretación del artículo 258 de la Constitución*.

Un camino un poco más tortuoso es el que ha tenido el de las acciones o recursos de naturaleza constitucional con la finalidad de impugnar procedimientos y laudos arbitrales. El amparo constitucional, cuya admisión ya parecía descartada por la jurisprudencia venezolana, ha vuelto a ser una potencial amenaza de intervención judicial indebida en el arbitraje debido a la decisión dictada a finales de 2019 por la Sala Constitucional en el caso *Desarrollos Mercayag, C.A.*, que confiamos sea resuelto conforme a la pacífica doctrina de la Sala.

La revisión constitucional es otro recurso de naturaleza constitucional que, si bien no ha sido aplicado a un caso concreto, la Sala parece haber dejado abierta la posibilidad para su procedencia contra laudos arbitrales en los que el tribunal arbitral haya ejercido el control difuso de la constitucionalidad. En estos casos, la Sala sí se ha pronunciado claramente en cuanto a la obligatoriedad de remitir el laudo arbitral a consulta de la Sala Constitucional como si se tratara de una sentencia dictada por un juez ordinario, criterio con el que, como hemos expresado, no estamos de acuerdo.

Finalmente, la utilización de la figura del avocamiento para intervenir en un procedimiento arbitral por la supuesta protección del orden público constitucional es una acción contraria a toda la doctrina que la Sala Constitucional ha mantenido sobre ambas instituciones: arbitraje y avocamiento. Si bien no se ha producido, la sola tramitación de la solicitud luce, cuando menos, irreflexiva.

Como hemos podido observar, la relación entre arbitraje y Constitución en Venezuela está muy viva y como toda relación, tiene sus altas y bajas. Creemos que la Sala Constitucional ha hecho un importantísimo trabajo en hacer que el arbitraje avance como

institución en Venezuela, resolviendo problemas típicos del arbitraje con criterios modernos, favorables a los justiciables y que devienen en favor, también, del arbitraje.