

Arbitraje

LO JURISDICCIONAL EN EL ARBITRAJE"

Galo García Feraud •

El tema de esta exposición no pretende entrar en el debate doctrinario relativo a la fundamentación y naturaleza del arbitraje. Me propongo más bien sostener que, sea cual sea la tesis en que nos ubiquemos en torno a esa importante deliberación académica, resulta preciso advertir que en la misión que corresponde a los árbitros y a los tribunales arbitrales siempre está presente el deber de **decir el derecho**, determinando quién tiene la razón o la mayor parte de ella en la controversia que debe superarse mediante el pronunciamiento de un tercero o terceros imparciales.

El detenernos en este reconocimiento de la misión que nos corresponde como árbitros es, al mismo tiempo, un llamado a nuestra mayor responsabilidad porque mira a uno de los elementos imprescindibles para la tranquilidad social. Esto es, nuestra misión toca a la seguridad jurídica, sin olvidar que la equidad es también un concepto jurídico que implica una forma de resolver los conflictos, no solo bajo el dictado de las normas legales que resultan de procesos de abstracción y generalización, sino también mediante el cuidadoso esfuerzo de amoldarlas a los pliegues o rugosidades que la realidad social y las relaciones humanas presentan en variadas y múltiples circunstancias.

En consecuencia, sin el ánimo de que esta exposición conlleve el descubrimiento de nuevos planteamientos, debo subrayar que en el arbitraje debe primar el empeño del conocimiento esclareciente para arribar a la anhelada certeza, mediando la formulación de pensamientos jurídicos que nos permitan declarar el derecho, otorgándolo al que le corresponde en medio del conflicto formalmente trabado.

Lo que acabo de expresar se destaca en el pensamiento aristotélico:

Conferencia dictada en el Congreso Nacional de Arbitraje, junio del 2000.

* Arbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

"Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro, antes que a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia, mientras el juez mira solamente la ley; el arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad".

Sentadas estas ideas, permítaseme recordar que el doctor Víctor Manuel Peñaherrera, una de las cumbres de la ciencia jurídica ecuatoriana, en su obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", Tomo 1, Editorial EDINO, página 73, propone lo que para nadie es desconocido: (cito).

"La administración de justicia, o sea el ejercicio de la jurisdicción, supone tres operaciones diversas: el conocimiento del asunto, es decir, la averiguación de la verdad, el juzgamiento y la ejecución. Notio, jodicium et imperium". (fin de la cita).

Por su parte, el calificado procesalista uruguayo Enrique Vécovi, en su obra "Teoría General del Proceso", TEMIS, año 1984, página 120, explicaba aquello que sencillamente está en las lecciones preliminares de su materia: (cito).

"Etimológicamente, -decía- jurisdicción (de juris dictio) significa 'decir el derecho'. Su primera y esencial función es lo que Calamandrei ha denominado la "declaración de certeza". Se trata de declarar cuál es el derecho ante el conflicto, o sea, quién tiene razón. Es lo que se realiza a través del llamado "proceso de conocimiento", que es el medio por el cual la jurisdicción 'dice el derecho'. (fin de la cita).

Nuestra tarea indiscutiblemente queda en los dos primeros atributos de la jurisdicción, es decir en el conocimiento y en el juzgamiento, frente a una controversia donde late el derecho discutido, para utilizar así una precisión terminológica que distingue a esa categoría de otra que en Derecho Procesal se conoce como derecho resistido, sabiendo que esta última da motivo para las ejecuciones judiciales que no son objeto del presente trabajo. Todo esto sirve para señalar que efectivamente, en grande y mayor parte, los árbitros carecen de imperium, o sea de la

facultad de hacer ejecutar lo juzgado, como claramente se establece en el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, porque ejecutoriado el laudo, según esa disposición, únicamente podrá pedirse a uno de los jueces ordinarios que ordene su ejecución.

Pero, ese artículo de ley nos conduce necesariamente a lo jurisdiccional en la función arbitral, porque los laudos arbitrales tienen el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia. Esto es así, porque en el fondo, en lo que es sustantivo y fundamental, aunque los laudos arbitrales no sean sentencias, sí en cambio, por su contenido definitorio, en rigor jurídico o en equidad, declarando el derecho, tienen los mismos efectos. Su categoría es la misma en el orden de las providencias motivadas y resolutivas, no solo por un antiguo mandato de ley sino por la institucionalización de la entidad jurídica en la Carta Política del Ecuador, por mandato expreso del Art. 93 de la reforma expedida por el Congreso de la República el 26 de diciembre de 1995, publicada en el Reg. Of. 863 del 16 de enero de 1996, al incorporar el siguiente texto dentro de los Principios Básicos de la Función Judicial: cito: "Se reconoce el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de las controversias". Tómese nota que ese reconocimiento se incorpora en el Título VIII (Art. 191) que corresponde a la Función Judicial, es decir, respecto de la función que tiene como atributo la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Apunto, además, que esa reforma fue parte de la Codificación Constitucional de junio de 1996 y permanece así -con igual sentido- en la Codificación de 1998.

Llegados a este punto conviene recordar lo que consta en la obra "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Segunda Edición, Editorial Porrúa S. A., México, año 1950, de José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, pág. 54; allí se lee: (cito)

"El ejercicio de la función jurisdiccional, como hemos expuesto, corresponde, en general, a órganos específicos constituidos para este efecto por el Estado; pero esto no es obstáculo para que, en determinadas condiciones, éste conceda a las partes la facultad de constituir,

accidentalmente, un órgano especial para el ejercicio de la jurisdicción, limitando su actividad a la resolución de un caso concreto .

El arbitraje es considerado por algunos procesalistas como una institución de carácter privado en atención al origen (compromiso), que es la voluntad de las partes. Este error depende de la falta de distinción entre el impulso que lo determina y el fin. Las partes renuncian, en el compromiso, al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial; pero no a la resolución justa del conflicto de intereses que ella supone. Lo que hacen es sustituir un órgano por otro.

Chiovenda ha negado que los árbitros ejerzan una función jurisdiccional. Fúndase entre otras razones, en que su decisión, en el Derecho italiano, no es ejecutiva. Reconoce, no obstante, que el laudo provisto de fuerza ejecutiva mediante la homologación, es equiparado al acto jurisdiccional. Lo que los árbitros hacen -dicen Chiovenda es preparar la materia lógica de la sentencia.

Para nosotros -dicen Castillo Larrañaga y de Pina- la naturaleza jurisdiccional de la función se deduce de la finalidad que se les atribuye.

Lo que (hace la ley) es autorizar la sustitución del juez profesional que en otro caso sería competente, por jueces no profesionales, designados por las mismas. Pero los árbitros no hacen en el caso que se les somete cosa distinta de lo que haría el juez profesional que hubiese intervenido de no existir el compromiso de someter la cuestión al juicio arbitral. Los árbitros constituyen un órgano jurisdiccional accidental, integrado por los jueces no profesionales, encargados de administrar justicia en un caso concreto. Arbitrar, en su significación gramatical, significa juzgar.

El árbitro es el titular ocasional de una función pública (la jurisdiccional), y en el cumplimiento de ella, no ejerce actividad de distinta naturaleza de la que corresponde, en sus casos, al jurado, al vocal, patrono u obrero, de un Tribunal de Trabajo, al de un Consejo de Guerra o al de un Tribunal Tutelar de Menores, aunque la materia sobre que recae sea diferente". (fin de la cita).

Nuestro antiguo sistema de enjuiciamiento civil y luego el Código de Procedimiento Civil trajo desde los desarrollos iniciales de la materia en el Ecuador la institución del arbitraje. Dado este antecedente, desde los primeros artículos del Código Procesal Civil se intenta clasificar también bajo ese concepto a la jurisdicción. Al respecto, sea suficiente recordar lo que Víctor Manuel Peñaherrera en su obra "Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal", Tomo 1, Editorial EDINO, pág. 116, enseñaba : (cito)

"Teniendo en cuenta la institución del arbitraje como medio de terminar las diferencias en las relaciones civiles de los individuos divídese la jurisdicción en legal y convencional. Es legal la que nace únicamente de la ley, y se ejerce por los jueces ordinarios y especiales que representan el Poder Judicial de la Nación. Es convencional la que tiene lugar en virtud de convención de las partes, y se ejerce por personas particulares, a quienes aquellos autorizan para decidir sus diferencias.

Cuando las partes eligen el segundo medio, la opinión o el parecer del tercero recibe su fuerza, ya del compromiso previo de ellas, sin el cual ese individuo no tendría ninguna intervención ni poder, ya de la ley, que da a esa opinión o parecer el carácter y los efectos de una sentencia. Es en cierto modo el término medio entre lo judicial y lo extrajudicial".
(fin de la cita).

De manera coincidente en la obra "Curso de Derecho Procesal Civil", Sexta Edición, Editorial ABC-Bogotá, año 1973, de Hernando Morales M., el procesalista se pregunta: ¿Quiénes ejercen la función jurisdiccional?, y luego de advertir que no toda la jurisdicción civil la ejercen las autoridades judiciales, explica cómo la función puede excepcionalmente cumplirse por medio de otras autoridades y personas, para concluir con esta frase:

"no se olvide que aún los particulares en función de árbitros también ejercen la jurisdicción".

Es cierto que la Constitución y la Ley ecuatorianas, siguiendo importantes caminos de nuevas propuestas y conceptualizaciones jurídicas

definen al sistema arbitral como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, empero este mecanismo que viabiliza la solución busca la misma finalidad, que no es otra que la reintegración del derecho lesionado o fracturado y el reconocimiento de la razón de quien la tiene, que uno o unos terceros imparciales declaran en procura de la realización de la justicia ; y para esto, como nuestra ley señala, los árbitros deben decidir en equidad o rigor jurídico, según haya sido determinado en el convenio de las partes.

Si deben resolver en equidad, concepto que, en estricto derecho, la ley atribuye al más alto tribunal de la Función Judicial, los árbitros actuarán -dice la ley- conforme a su leal saber y entender y a los principios de la sana crítica, cuya teoría y reglas precisamente están explicadas en la doctrina del Derecho Procesal Civil. Allí el tercero o terceros imparciales encuentran el querer profundo del ordenamiento jurídico, descendiendo de la generalidad y la abstracción a los pliegues o rugosidades del drama de la vida, imposible de incorporar en el texto de la norma en los términos de una suprema síntesis. Por el contrario, si el arbitraje es de derecho, los árbitros deben atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina, todo lo cual implica el rigor de una enciclopedia de raíz eminentemente jurídica, sub sumiendo los hechos en las hipótesis normativas y en las grandes concepciones doctrinarias, y declarando el derecho que corresponde como natural consecuencia.

Por cierto, un laudo arbitral de igual modo que una sentencia jurídica en un juicio de conocimiento, al declarar el derecho no solo puede ser puramente declarativo, pues la estructura y naturaleza de sus definiciones resolutivas pueden contenerse aspectos constitutivos y condenatorios, como suele ocurrir con las conclusiones y efectos de los fallos expedidos por los jueces profesionales del orgánico permanente de la Función Judicial.

Desde luego, los árbitros no podemos olvidar la precisión de nuestro limitado encargo, como bien se explica en el Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo III, pág. 795, Buenos Aires, año 1943, de Hugo Alsina. Él enseña que: (cito).

"Los árbitros reciben sus facultades directamente de las partes; sólo con relación a éstas revisten el carácter de jueces, y no pueden pronunciarse más que sobre las cuestiones que ellas les propongan", (fin de la cita).

Las citas con que he tratado de fundamentar este trabajo nos hace ver la raíz antigua del arbitraje, con esa vocación declarativa del derecho en lo que se ha dado en llamar administración de justicia. Así, la Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVII, págs. 221 a la 234, trae un importante artículo del Dr. Carlos Alberto Zwancae, para explicar el concepto de "Juicio de Arbitros". El autor hace el recuento histórico de la institución, remitiéndose a sus orígenes remotos y a su fenomenología en la Historia del Derecho. En ese recuento Zwancae explica; (cito)

"En definitiva puede afirmarse **que** siempre y en cualquier **parte** se admitió a los litigantes optar entre la justicia ordinaria y la de simples particulares a quienes, de común acuerdo, se otorgaba mandato para concluir el diferendo. Desde las épocas más antiguas el arbitraje fue conocido y constituyó en el origen la forma exclusiva de administrar justicia". (fin de la cita).

De manera coincidente, Hugo Alsina coincide con Zwancae al comentar lo siguiente: (cito)

"De muy antigua figura en la historia esta forma de dirimir las diferencias entre los litigantes como un medio de evitar que éstos las resuelvan por el predominio de la fuerza. En Roma, el arbitraje era conocido desde las XII Tablas, aunque al principio no se aconsejaba acción para exigir su cumplimiento. En las leyes españolas si bien desde las más remotas contienen referencias, es en las leyes de Partidas donde aparece legislado en forma orgánica (Part. 3ª., tit. IV, leyes núms. 22 y sig.), pasando luego a la ley de enjuiciamiento civil de 1855". (Alsina, obra citada, pág. 795). (fin de la cita).

Este mecanismo alternativo de solución de controversias con vocación jurisdiccional y finalidad jurisdiccional, es de tal importancia que su presencia puede interceptar un juicio pendiente ante la justicia ordinaria. En este sentido, el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación

señala que, en ese caso, las partes pueden recurrir al arbitraje solicitando en conjunto al juez competente el archivo de la causa, acompañando a su solicitud un convenio arbitral, inclusive cuando esté pendiente un recurso, ordinario o extraordinario. Esto, aunque no lo diga el Código de Procedimiento Civil, interfiere y pone fin a la competencia del juez ordinario, porque la ley indica que en ese caso se procederá al archivo de la causa. En cierto modo esto es diferente a lo que nos explicara en su Compendio de Derecho Procesal, Tomo 1, Teoría General del Proceso, Quinta Edición, Editorial ABC-Bogotá, año 1976, pág. 126, el insigne tratadista Hernando Devis Echandía, en su propósito de añadir una razón más para relevar lo jurisdiccional en la tarea arbitral: (cito)

"También se pierde la competencia para un negocio determinado, en los casos que señalan los núms. 1 y 2 del Art. 21 del CPC (véase num. 60), y cuando el litigio es susceptible de arbitramento y las partes lo pactan después de iniciado el proceso (si el pacto es anterior al proceso, no adquiere el juez la competencia y por tanto no se trata de un caso de pérdida). El asunto sigue correspondiendo a la respectiva jurisdicción que el juez tiene en general, pero no puede ejercerla en ese asunto por habersele quitado la competencia".

"En realidad, el proceso no concluye con la separación del juez y con la entrega del expediente al tribunal de arbitramento, sino que se transforma, para continuar éste, por el trámite especial que al efecto señala la ley, y deja de ser un proceso público para pasar a ser proceso privado, ya que los árbitros no son funcionarios del Estado. Lo que extingue la relación jurídica procesal es el fallo arbitral. (pág. 521)".

"Corroborar la anterior conclusión el hecho de que después de entregados los autos por el juez, puede suceder que el compromiso arbitral cese en sus efectos, por alguna causa legal, y entonces el juez readquiere la competencia y el proceso debe reanudarse, a partir del estado en que se encontraba cuando cesó el procedimiento. Estos casos son: 1) el vencimiento del término que los árbitros tienen para dictar la decisión, sin que la hayan dictado, ni las partes lo hayan prorrogado; 2) la voluntad unánime de las partes; 3) la no

consignación oportuna de los honorarios de los árbitros (CPC Art. 669; C. de Co., Art. 2017). (Pág. 522)".

Tanta es la importancia que tiene la finalidad jurisdiccional del procedimiento alternativo arbitral que la Ley ecuatoriana da al convenio o compromiso fuerza suficiente para que, a base del mismo, pueda uno de los compromisarios presentar ante el juez civil una excepción de incompetencia, de previo y especial pronunciamiento (interlocutorio), ante cualquier litigio que se le proponga sin respetar el acuerdo que hace obligatorio el procedimiento arbitral. Si se acepta esa excepción el proceso de justicia ordinaria debe archivarse.

Es verdad que en nuestra práctica forense, por desconocimiento o por una mal entendida defensa clasista, aun muchos jueces desatienden esa excepción y prosiguen las causas sin cumplir con su deber de dictar el correspondiente auto interlocutorio, resolviendo el problema planteado. Pero esta falta procesal, sea cual fuere la razón que la inspirara o que la motive, no significa que hay allí simplemente una falta jurisdiccional judicial que debe ser superada no solo porque existen unos Centros de Arbitraje y porque está de por medio el querer de partes o compromisarios, sino porque en el anhelo de seguridad jurídica que reclama el país, nada hace tanto daño como la inobservancia o estrujamiento de las reglas del derecho requeridas para la mejor coordinación objetiva en la convivencia social.

Aun cuando en la primera parte de esta exposición, aceptamos que en gran medida los árbitros carecíamos de imperium, esa conclusión no llega a la globalidad absoluta, porque la actuación arbitral tiene la autorización y reconocimiento constitucional y legal que admite y desarrolla el mecanismo alternativo, y porque al descender a los detalles, la ley autoriza que el convenio arbitral pueda prever la ejecución de medidas cautelares "siempre que las partes así lo estipularen". Ahora bien, para hacer efectiva esa potestad ejecutiva los árbitros están autorizados a solicitar el auxilio de funcionarios públicos, judiciales, policiales o administrativos, de manera directa, sin tener que recurrir a un juez ordinario. He allí un caso excepcional de imperium.

La naturaleza de la función arbitral, como mecanismo convencional, no es extraña a la formulación de importantísimos juicios de valor en la

tarea procesal. Me refiero concretamente al deber que impone el Art. 22 de la Ley ecuatoriana, cuando, para comenzar la actuación arbitral se debe hacer un pronunciamiento previo y especial para resolver sobre la propia competencia. Es un decir, tal vez no tan técnico, porque lo que parecía que se propone señalar la leyes que el tribunal diga desde el comienzo de la causa que tiene jurisdicción o capacidad de declarar el derecho en la materia de la controversia o asunto que le ha sido sometido. Esta puntualización es necesaria porque en materia arbitral la palabra competencia no responde rigurosamente a lo que en doctrina y en la ley se conoce como "medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida por razones de territorio, de las personas, de las cosas y de los grados". Aquí -en el arbitraje- se trata de saber en cada caso concreto, si la materia de la controversia es susceptible de arbitraje, si los sujetos han cumplido y llenan los requisitos de ley y si el convenio atribuye la potestad de conocer y juzgar en el caso controvertido. Quizás el factor que más se acerca al concepto competencia señalado en el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil es la materia que puede ser sometida a arbitraje, lo que acontece es que en nuestro caso no hay tribunales entre los que haya que distribuir el trabajo. Mas bien, la ley a lo que quiere referirse es al requisito del convenio y al asunto propio capaz de generar o no en el tribunal la potestad de conocer y juzgar.

En esta línea, conviene recordar lo que Hernando Devis Echandía decía en la obra citada para distinguir lo jurisdiccional judicial de los jurisdiccionales no judiciales, señala: (cito)

"Los árbitros no tienen el carácter de funcionarios del Estado, ni forman parte de la organización jurisdiccional, como lo hemos dicho; en forma transitoria ejercen jurisdicción, por autorización de la ley y en virtud de convenio, entre las partes" (pág. 292). (fin de la cita).

La jurisdicción no es una entequeia. Más bien es una potestad pública confiada a seres humanos llamados a realizar operaciones intelectuales del entendimiento que sirvan para pronunciarse mediante actos declarativos de voluntad funcional. Así jueces y magistrados, a nombre de la sociedad organizada están llamados a esclarecer en el intrincado campo de las confrontaciones humanas. Bajo esa perspectiva los árbitros cumplen una tarea intrínsecamente jurisdiccional.