

---

# ESTÁNDAR DE REVISIÓN DE CLÁUSULAS ARBITRALES LA EXPERIENCIA PARAGUAYA

Raúl Pereira Fleury\*

## RESUMEN

*La interacción entre el arbitraje y la justicia estatal ha sido objeto de varios estudios en materia de arbitraje. La tensión en existe entre ambas instituciones se ve constantemente en cuestiones como la imposición de medidas cautelares, ejecuciones y anulaciones de laudos, cooperación para producción de pruebas y otras. Uno de los momentos más críticos, y donde se puede verdaderamente notar esta tensión, es cuando existe una objeción a la validez o existencia de un acuerdo o cláusula arbitral que se realiza, primero, ante un juez estatal, y segundo, antes que el tribunal arbitral sea conformado o tenga la oportunidad de decidir sobre dicha objeción. En estas situaciones, el juez que analiza dicha objeción, en dicho momento, debe tomar una decisión que no perjudique la legitimidad del arbitraje. Y en la búsqueda por preservar dicha legitimidad, distintas jurisdicciones han desarrollado estándares de revisión y análisis de los acuerdos y cláusulas arbitrales cuando su validez es objetada antes que los árbitros puedan decidir sobre la cuestión. En el Paraguay aún no tenemos bien definido este estándar, por lo que este artículo tiene por objeto examinar los diferentes fallos disponibles para tratar de definir si existe una inclinación hacia algún estándar, así como también una propuesta sobre cuál debería ser el adoptado según nuestra legislación.*

## ABSTRACT

*Interaction between arbitration and state justice has been subject of many scholarly works in the field of arbitration. The tension between both institutions is constantly seen in matters such as preliminary injunctions, enforcement and set aside of awards, cooperation for evidence production, amongst others. One of the most critical moments, where one can really see this tension, is when a party objects to the validity or existence of an arbitration agreement or clause, and this objection is made, first, to a state judge, and second, before the arbitrators have the opportunity to rule on this objection. In this situation, the judge analyzing such objection must decide in way not to impair arbitration's legitimacy. And in seeking to preserve this legitimacy, different jurisdictions have developed standards of review of arbitration agreements and clauses, when their validity is objected before the arbitrators have the chance to decide on the same matter. In Paraguay, we still do not have a well-defined standard of review. Therefore, the purpose of this article is to examine the available judicial case law and try to define if there is, at least an inclination towards one standard, as well as a proposition regarding which standard should be adopted according to our legislation.*

---

\*Asociado Senior de Ferrere Abogados. Abogado por la Universidad Católica de Asunción (2012) y LL.M. por la American University Washington College of Law (2015). Las opiniones expresadas aquí son las del autor y no reflejan, necesariamente, aquellas de Ferrere Abogados.

## Palabras claves

*Arbitraje – justicia – cláusulas – estándares – interacción.*

## Keywords

*Arbitration – Justice – clauses – standards – interaction.*

### I. Introducción

La ratificación de la Convención de Nueva York en 1996<sup>1</sup>; y la promulgación de la Ley No. 1879/02 en el 2002<sup>2</sup>, ciertamente ubicaron al Paraguay a la vanguardia del arbitraje.

El primero constituye uno de los instrumentos de derecho mercantil internacional más importantes y exitosos de las Naciones Unidas. Actualmente, cuenta con 159 estados miembro<sup>3</sup>, quienes se han obligado a reconocer y dar validez a un acuerdo de arbitraje, así como también a reconocer y ordenar la ejecución de laudos arbitrales dictados en otros estados miembro, limitando las excepciones a dicho reconocimiento y ejecución<sup>4</sup>. Sin duda alguna, el desarrollo del arbitraje internacional se ha beneficiado de la gran aceptación de la Convención de Nueva York.

La Ley de Arbitraje constituyó también un gran avance para el país. Luego de años de utilizar las arcaicas normas del Código Procesal Civil, se sancionó y promulgó la Ley de Arbitraje, adoptando casi íntegramente las disposiciones de la Ley Modelo de 1985 sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI<sup>5</sup> (la “Ley Modelo”).

Con la incorporación de estos dos instrumentos, Paraguay sin dudas armó un marco legislativo pro-arbitraje con los que otros países de la región simplemente no contaban. Por ejemplo, el Brasil recién en el 2002 ratificó la Convención de Nueva York, y a la fecha, cuenta con una ley de arbitraje que ha adoptado solo parcialmente la Ley Modelo. Argentina y Uruguay acaban de promulgar leyes de arbitraje en base a la Ley Modelo<sup>6</sup>. No obstante esto, la práctica judicial desde la adopción de ambos instrumentos no ha sido del todo positiva en el Paraguay.

Como es sabido, la intervención del poder judicial en un arbitraje no está prohibida, pero sí es muy limitada, y tanto la Convención de Nueva York como nuestra

<sup>1</sup>Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), ratificado por Ley No. 948/1996 (en adelante la “Convención de Nueva York”).

<sup>2</sup>Ley No. 1879/2002 “De Arbitraje y Mediación” (en adelante la “Ley de Arbitraje”).  
[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html).

<sup>3</sup>Situación actual de la Convención de Nueva York, *disponible en*

<sup>4</sup>Artículos V(1) y V(2) de la Convención de Nueva York.

<sup>5</sup>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

<sup>6</sup>Tom Jones, *Argentina and Uruguay pass new laws based on UNCITRAL Model*, Global Arbitration Review, 6 de julio de 2018, *disponible en* <https://globalarbitrationreview.com/article/1171474/argentina-and-uruguay-pass-new-laws-based-on-uncitral-model>; *Uruguay aprueba su Ley de Arbitraje Comercial Internacional*, CIAR Glogal, 13 de julio de 2018, *disponible en* <http://ciarglobal.com/uruguay-aprueba-su-ley-de-arbitraje-comercial-internacional/>; *Argentina ya tiene Ley de Arbitraje Comercial*, CIAR Global, *disponible en* <http://ciarglobal.com/argentina-ya-tiene-ley-de-arbitraje-comercial/>.

Ley de Arbitraje contienen reglas dirigidas a jueces y magistrados nacionales con relación a sus funciones y posibilidad de intervención en las diferentes etapas de un arbitraje. No obstante, los jueces aún deben hacer un ejercicio a los efectos de establecer el nivel de intervención que pueden ejercer dentro de un procedimiento arbitral.

El presente artículo tiene por objeto examinar el problema que surge cuando los jueces son invocados en una de las etapas más sensibles dentro de un procedimiento arbitral: la fase inicial, cuando una de las partes niega la existencia o validez de una cláusula o acuerdo arbitral ya al comienzo de la disputa. La situación en el Paraguay no es positiva. La falta de aplicación de tanto la Convención de Nueva York como de la Ley de Arbitraje en las decisiones es ciertamente preocupante, considerando que ya pasaron más de 20 años desde que ambos instrumentos fueron adoptados.

En este sentido, primero se hará una breve presentación del problema [II], pasando luego al análisis de cómo los jueces de distintos países han lidiado con el mismo en base a las distintas teorías desarrolladas [III]. Luego, será presentado un análisis del problema ante los juzgados y tribunales paraguayos [IV], culminando con una breve argumentación de cómo debería ser el análisis bajo nuestra legislación [V].

## II. El problema

Mantener el atractivo del arbitraje como método de resolución de conflictos en el comercio internacional como alternativa<sup>7</sup> a las cortes nacionales ha sido siempre una necesidad de las personas e instituciones que actúan en el ámbito. Este atractivo se mantiene asegurando que el arbitraje cumpla con sus ventajas de velocidad, informalidad, especialización y sustracción de las disputas de la jurisdicción estatal. Los jueces estatales juegan un papel importante en la consecución de estos objetivos.

Con el objetivo de lograr que el arbitraje sea una alternativa eficaz al litigio en sede judicial, la mayoría de las jurisdicciones requiere que sus juzgados hagan todo lo necesario, dentro de la ley, para asegurar que un procedimiento arbitral inicie y siga su curso sin mayores obstáculos, asegurando así su eficacia y legitimidad. Esta tensión entre asegurar la eficacia del arbitraje y al mismo tiempo proteger su legitimidad puede darse en cualquier momento del procedimiento arbitral. Uno de estos momentos se da cuando una parte, descontenta con el laudo, acude a la sede judicial para anular un laudo o se resiste a su ejecución<sup>8</sup>.

Sin embargo, la tensión entre eficacia y legitimidad adquiere su estado más

---

<sup>7</sup>Si bien el arbitraje es conocido popularmente como un método “alternativo” de resolución de conflictos, en el comercio internacional es muchas veces considerado como el método “ordinario” de resolución de conflictos. *Compañías aseguradoras c. B y C*, Laudo Parcial, Caso CCI No. 10947/ESR/MS, junio de 2002 (“the number of State entities refusing to submit to arbitration and claiming to be prevented from so doing by their national laws appears to be [decreasing] as international commercial arbitration has become the most widely used means of resolving international disputes.”); *Millicom International Operations B.V. y Sentel GSM S.A. c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/08/20, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de julio de 2010 (“Even if arbitration had been considered to be an exceptional system for a long time, the recent evolution establishes that on the contrary this system has become the usual method of dispute resolution in international commerce.”); *Bargues Agro Industrie SA c. Young Pecan Company*, Corte de Apelación de París, Caso No. 2003/09894, 10 de junio de 2004 (“Arbitration is the usual means of dispute settlement in international commerce”).

puro cuando una de las partes niega la existencia o validez de una cláusula arbitral en la fase inicial de un arbitraje. Por tanto, considerando que el arbitraje es una cuestión de consentimiento, en esta etapa inicial la pregunta principal es si una parte que no quiere arbitrar sus conflictos debe ser obligada a hacerlo en base a un acuerdo previo. Por una parte, obligar a arbitrar a alguien que no consintió tal procedimiento compromete la legitimidad tanto del arbitraje como del laudo arbitral. Al mismo tiempo, el arbitraje se volvería menos efectivo como resolución de conflictos si es que las partes tienen la posibilidad de recurrir a los jueces estatales para argumentar que el arbitraje no puede seguir adelante antes mismo que el arbitraje sea iniciado.

En este contexto, hay dos posibles escenarios. En el primero, una parte inicia una acción ante las cortes nacionales que podría estar sujeta a un arbitraje. Aquí la parte o desconoce la existencia del acuerdo arbitral o, conociéndolo, trata de evitarlo. Muy probablemente la parte demandada objetará la jurisdicción estatal con una excepción de convenio arbitral<sup>9</sup>. En el segundo escenario, una parte inicia el procedimiento arbitral, a lo que el demandado responde objetando esta jurisdicción ante un juez estatal<sup>10</sup>.

Así, en esta etapa inicial el juez deberá decidir la mejor forma de promover el arbitraje como una alternativa eficaz para resolver conflictos fuera de la esfera estatal y, al mismo tiempo, asegurar que su decisión de remitir a las partes al arbitraje esté acompañada por un futuro laudo arbitral válido y ejecutable.

### III. El Estándar de Revisión

Un juez, al decidir una cuestión relativa a la validez o existencia de una cláusula arbitral en una etapa previa al laudo final, es decir, fuera de un proceso de reconocimiento, ejecución o anulación, se encuentra con la pregunta de qué tipo de análisis debe realizar para decidir sobre la validez o existencia de la cláusula arbitral en juego. Este es el estándar de revisión al que se refiere el título de este artículo.

Ni la Convención de Nueva York ni la Ley Modelo (fuente de nuestra Ley de Arbitraje) mencionan el alcance que debe tener el examen que debe efectuar el juez cuando para decidir sobre la existencia o validez de un acuerdo arbitral, pero contienen normas a partir del cual empezar a hacer este análisis. Así, las diferentes jurisdicciones han interpretado el estándar de revisión de cláusulas arbitrales en la etapa inicial de un arbitraje de diferentes maneras.

#### A) Examen *prima facie* vs. examen completo

El artículo II(3)<sup>11</sup> de la Convención de Nueva York establece que cuando existe un acuerdo de arbitraje por escrito, los jueces y tribunales de un estado miembro

<sup>8</sup>George Bermann, *The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1, p. 4 (2012).

<sup>9</sup>Art. 224(h) del Código Procesal Civil.

<sup>11</sup>Esta parte también tiene la opción de objetar la validez/existencia de la cláusula arbitral ante el propio tribunal arbitral.

están obligados a remitir a las partes al arbitraje, si así lo solicita una de ellas, salvo que comprueben que el acuerdo arbitral en cuestión es nulo, ineficaz o inaplicable. En las palabras de la Corte Suprema de Canadá, la finalidad de este artículo es “*reforzar la obligación de hacer cumplir los acuerdos de arbitraje*”<sup>12</sup>. En este contexto, diferentes tribunales han interpretado que la remisión al arbitraje es obligatoria y han cumplido con dicha obligación declarándose incompetentes<sup>13</sup> o bien suspendiendo las actuaciones judiciales<sup>14</sup>, criterios que son considerados “*compatibles con la obligación que incumbe a los tribunales de las Partes contratantes en la Convención [de Nueva York] de remitir a las partes al arbitraje*”<sup>15</sup>.

Recordando siempre que nos encontramos en la etapa inicial de un procedimiento arbitral, antes de cumplir con su obligación de remitir a las partes al arbitraje, los jueces deben decidir el alcance del examen que realizarán al acuerdo arbitral en relación a su nulidad, validez o inoperatividad. Como la Convención no da una indicación del alcance de este examen, las distintas jurisdicciones han adoptado dos tendencias. Una de ellas es realizar un examen completo del acuerdo de arbitraje con el objeto de determinar si es nulo, ineficaz o inaplicable. La otra tendencia consiste en realizar simplemente un examen *prima facie* o más restringido. Tal como con la interpretación de la obligación de remitir a las partes al arbitraje, las dos tendencias relativas al examen del acuerdo de arbitraje serían compatibles con la Convención de Nueva York.

El *examen prima facie* se basa en la necesidad de dar el máximo efecto posible al acuerdo arbitral<sup>16</sup>. Los autores<sup>17</sup> que defienden el examen *prima facie* reconocen la existencia de un efecto negativo resultante del principio *kompetenz-kompetenz*, que establece una regla de prioridad en favor de los árbitros para que ellos sean “*los primeros en determinar su propia jurisdicción (no los únicos), para que la revisión de la jurisdicción de*

<sup>8</sup>George Bermann, *The “Gateway” Problem in International Commercial Arbitration*, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 37, No. 1, p. 4 (2012).

<sup>9</sup>Art. 224(h) del Código Procesal Civil.

<sup>11</sup>Esta parte también tiene la opción de objetar la validez/existencia de la cláusula arbitral ante el propio tribunal arbitral.

<sup>12</sup>*GreCon Dimter Inc. c. J.R. Normand Inc. and Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc.*, Corte Suprema, Canadá, 22 de julio de 2005, 30217, citado en Secretaría de la CNUDMI, GUÍA RELATIVA A LA CONVENCION SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (NUEVA YORK, 1958), p. 64 (Naciones Unidas, 2017).

<sup>13</sup>*Societe Sismode S.A.R.L. et Societe Sismode France c. Societe Metra HOS et Societe SEMA*, Tribunal de Apelación de París, Francia, 8 de diciembre de 1988; *Les Trefileries & Ateliers de Commercy c. Societe Philipp Brothers France et Societe Derby & Co. Limited*, Tribunal de Apelación de Nancy, Francia, 5 de diciembre de 1980; *Fondation M.c. Banque X*, Tribunal Federal, Suiza, 29 de abril de 1996.

<sup>14</sup>*Hi-Fert Pty. Ltd. c. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Tribunal Federal, Australia, 26 de mayo de 1998, NG 1100 y 1101 de 1997; *Westco Airconditioning Ltd. c. Sui Chong Construction and Engineering Ltd.*, Tribunal de Primera Instancia, Hong Kong, 3 de febrero de 1998; *Boart Sweden AB et al. c. NYA Strommes AB et al.*, Tribunal Supremo de Ontario, Canadá, 21 de diciembre de 1988.

<sup>15</sup>Secretaría de la CNUDMI, GUÍA RELATIVA A LA CONVENCION SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (NUEVA YORK, 1958), p. 65 (Naciones Unidas, 2017).

<sup>16</sup>Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.), FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, p. 401 (Kluwer Law International, 1999).

<sup>17</sup>R. Doak Bishop, Wade M. Coriell y Marcelo Medina, *The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention*, en ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS: THE NEW YORK CONVENTION IN PRACTICE, pp. 275, 280-286 (E. Gaillard y D. Di Pietro, eds., 2008); Yas Banifatemi y Emmanuel Gaillard, *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, en ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS: THE NEW YORK CONVENTION IN PRACTICE, p. 257 (E. Gaillard y D. Di Pietro, eds., 2008). Igualmente, existen autores que tienen una posición contraria, como Jean-Francois Poudret y Gabriel Cottier, *Remarques sur l’application de l’article II de la Convention de New York (Arret du Tribunal Federal du 16 janvier 1995)*, 13 ASA Bull, pp. 383, 388 y 389 (1995); Stavros Brekoulakis, *Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - The Negative Effect of Competence-Competence: The Verdict has to be Negative*, en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds.), AUSTRIAN ARBITRATION YEARBOOK 2009, AUSTRIAN YEARBOOK ON INTERNATIONAL

los árbitros por parte de los jueces estatales sea realizada solo cuando se inicie una acción judicial para ejecutar o anular un laudo arbitral<sup>18</sup>.

Francia es considerada como la principal exponente de esta tendencia. Los tribunales franceses entienden que ellos no pueden hacer un análisis a fondo sobre la existencia o validez de un acuerdo arbitral, debiendo remitir a las partes al arbitraje a menos que dicho acuerdo sea *manifiestamente* inexistente o *manifiestamente* nulo<sup>19</sup>. La jurisprudencia francesa fue luego consolidada con la reforma al Código Procesal Civil francés, que establece que el tribunal arbitral tiene “jurisdicción exclusiva” para decidir sobre objeciones a su jurisdicción<sup>20</sup>. Las jurisdicciones de India<sup>21</sup>, Venezuela<sup>22</sup>, Filipinas<sup>23</sup> y Singapur<sup>24</sup> han seguido criterios similares al de Francia.

El *examen completo* de la existencia o validez del acuerdo arbitral está basado en la necesidad de asegurar la validez de este. Si bien el efecto de un acuerdo arbitral válido es la jurisdicción exclusiva de los árbitros, este efecto solo podría ser concedido una vez que la validez del acuerdo arbitral sea determinando sin lugar a dudas, y no como una simple posibilidad<sup>25</sup>, como sería en el caso del examen *prima facie*. Italia y Alemania han adoptado este examen más extenso<sup>26</sup>. En particular, el artículo 1032 del Código Procesal Civil alemán (ZPO) establece que, “antes de la constitución del tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede pedir a un órgano judicial que determine la admisibilidad o inadmisibilidad del proceso arbitral”<sup>27</sup>.

No obstante las dos corrientes descriptas anteriormente, vale destacar la interpretación realizada por otras jurisdicciones y que no se enmarcan estrictamente en un examen *prima facie* o completo. Este es el caso de Canadá y Estados Unidos.

Las cortes de Canadá realizan un examen *prima facie* del acuerdo arbitral, pero

ARBITRATION, Vol. 2009, pp. 237 – 258.

<sup>18</sup>Emmanuel Gaillard y John Savage (eds.), FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, p. 405 (Kluwer Law International, 1999).

<sup>19</sup>Ste A.B.S. American Bureau of Shipping c. Copropriete Maritime Jules Verne et autres, Tribunal de Apelación de París, Francia, 4 de diciembre de 2002; Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak c. Societe Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Societe Finmeccanica et Societe Armanenti E Aerospazio, Tribunal de Apelación de París, Francia, 15 de junio de 2006; S.A. Groupama transports c. Societe MS Regine Hans und Klaus Heinrich KG, Tribunal de Casación, Francia, 21 de noviembre de 2006.

<sup>20</sup>Art. 1465, modificado por Decreto No. 2011-48 del 13 de enero de 2011.

<sup>21</sup>La Corte Suprema de India consideró que, si bien la Convención de Nueva York no indica si el examen debe ser *prima facie* o más completo, el examen *prima facie* se adecuaba mejor al objetivo de la convención, que es el de permitir que el arbitraje sea rápido, con la mínima intervención judicial posible. Shin-Etsu Chemical Co. Ltd. (Japan) c. Aksh Optifibre Ltd. & Anr. (Ind), Corte Suprema de India, 12 de agosto de 2005.

<sup>22</sup>Para el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, el principio *kompetenz-kompetenz* y el artículo II(3) de la Convención de Nueva York no le permitía hacer un “análisis completo” del acuerdo de arbitraje, sino únicamente *prima facie* para determinar si el mismo era nulo, ineficaz o inaplicable. El tribunal agregó que el examen *prima facie* consistía en constatar únicamente el carácter escrito del acuerdo de arbitraje. Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. c. Oceanlink Offshore A.S., Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela, 10 de noviembre de 2011.

<sup>23</sup>En Filipinas, el Reglamento Judicial Especial sobre métodos alternativos de resolución de conflictos (preparado por la Corte Suprema) establece que se debe hacer un examen *prima facie* para determinar si un acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o inaplicable. Ver también, Eduardo Lizares, ARBITRATION IN THE PHILIPPINES UNDER THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT OF 2004 (2011), pp. 200 – 212.

<sup>24</sup>Tomolugen Holdings c. Silica Investors Ltd. and other appeals, Tribunal de Apelación de Singapur, 26 de octubre de 2015.

<sup>25</sup>Stavros Brekoulakis, Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - The Negative Effect of *Compétence-Compétence*: The Verdict has to be Negative, en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds.), AUSTRIAN YEARBOOK ON INTERNATIONAL ARBITRATION, Vol. 2009, p. 250.

<sup>26</sup>Heraeus Kulzer GmbH c. Dellatorre Vera S.p.A., Corte Suprema de Casación de Italia, 5 de enero de 2007; Bundesgerichtshof [BGH], Alemania, 13 de enero de 2005, III ZR 265/03.

<sup>27</sup>Secretaría de la CNUDMI, GUÍA RELATIVA A LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (NUEVA YORK, 1958), p. 70 (Naciones Unidas, 2017).

únicamente cuando son cuestiones de hecho. Si la objeción de una de las partes se refiere a cuestiones de derecho, entonces el análisis realizado es integral<sup>28</sup>. Así, las cortes canadienses reconocen que cualquier objeción a la jurisdicción de los árbitros debe ser resuelta, en primer lugar, por ellos mismos, pero esta potestad está limitada a que las objeciones estén basadas en cuestiones de hecho.

Por su parte, en los Estados Unidos las cortes han encarado esta cuestión de manera distinta. Las cortes estadounidenses consideran que existe una presunción a favor de las cortes estatales (o potestad primaria) para decidir sobre la validez o existencia de un acuerdo arbitral, salvo que haya una prueba “*clara e inequívoca de la intención de las partes*” de otorgar esta potestad a los árbitros<sup>29</sup>.

Entonces, si las partes no establecen en su acuerdo arbitral, de forma *clara e inequívoca*, que son los árbitros los competentes para decidir sobre la validez, existencia o nulidad del acuerdo arbitral, entonces son los jueces quienes deben decidir.

#### IV. La interpretación de las cortes paraguayas

De la jurisprudencia disponible, podría entenderse que las cortes han adoptado un examen completo del acuerdo arbitral cuando la objeción se da en la fase inicial del arbitraje. No obstante, la referencia a la Convención de Nueva York y/o la Ley de Arbitraje y la falta de análisis sobre el alcance del examen que debe hacerse es prácticamente nula.

Jueces paraguayos han sostenido que la validez de una cláusula arbitral depende de que la misma esté redactada en términos claros, contundentes e inequívocos, y solo en un caso – según la información disponible en las distintas bases de datos de jurisprudencia paraguaya – los jueces han recurrido al texto de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo para determinar si dichos instrumentos permitían que los jueces estudien la validez y eficacia de un acuerdo arbitral.

Así, en el caso *EDUCPA c. Rosario del Pilar López*, un tribunal de apelación concluyó que el texto del artículo 11 de la Ley de Arbitraje (idéntico al II(3) de la Convención de Nueva York y 8 de la Ley Modelo), faculta al juez “*para entender acerca de la existencia de un convenio arbitral, sin que ello signifique menoscabo alguno al principio de kompetenz-kompetenz*”. Si bien no caben dudas de que esto es cierto, el tribunal no profundizó en el alcance que debe tener dicho estudio. Más bien, el tribunal concluyó que el principio *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–,

<sup>28</sup>*Dell Computer Corporation c. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin*, Corte Suprema de Canadá, 13 de julio de 2007.

<sup>29</sup>*First Options of Chicago Inc. c. Kaplan*, Corte Suprema, Estados Unidos, 22 de mayo de 1995, 514 U.S. 938; *Karen Housam c. Dean Witter Reynolds, Inc.*, Corte Suprema, Estados Unidos, 537 U.S., 10 de diciembre de 2002; *BG Grp., PLC c. Republic of Argentina*, Corte Suprema, Estados Unidos, 572 U.S., 1198, 1206, 5 de marzo de 2014; William Park, *The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?*, *Arbitration International*, Vol. 12, p. 137 (1996).

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>30</sup>

Con esta interpretación, se da 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 que se inicie un arbitraje, puesto 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>31</sup> Esto abre las puertas a una práctica dilatoria a través de la intervención judicial de forma indebida, simplemente por el hecho de haber recurrido a ella de forma anticipada al arbitraje para objetar a la validez de la cláusula arbitral. Por este motivo es que se requiere establecer una regla relativa al estándar de revisión de la existencia o validez de acuerdos arbitrales, a los efectos de evitar tácticas dilatorias.

Las interpretaciones dadas por otros tribunales no son alentadoras. En *VjV S.A. c. IPS*<sup>32</sup>, el tribunal de apelación, quinta sala, tuvo también la oportunidad de establecer el estándar de revisión de la validez o existencia de la cláusula arbitral en cuestión, pero no lo hicieron. En este caso, la cuestión giró sobre si la cláusula arbitral seguía vigente luego de la conclusión del contrato subyacente, puesto que la cláusula establecía que “[c]ualquier diferencia que surja durante la ejecución de los Contratos...”. El tribunal estableció que la competencia del tribunal arbitral dependía de si “*el contrato se encuentra en ejecución*” y decidió profundizar en el análisis del caso, concluyendo que la cláusula arbitral ya no seguía vigente puesto que el contrato ya había concluido.

En este caso, no solo el tribunal no estableció una regla para decidir cómo debía analizar la vigencia de la cláusula arbitral, sino también desconoció la autonomía de dicha cláusula, al vincular su vigencia/existencia a la suerte del contrato, siendo que una cláusula arbitral es separable y autónoma del contrato subyacente<sup>33</sup>, motivo por el cual, en este caso, eran los árbitros quienes debían decidir el fondo de la cuestión.

Cabe destacar el voto en disidencia de este caso, donde se manifestó que lo que se hizo fue equiparar ejecución contractual con vigencia contractual, lo cual, aun si

<sup>30</sup> *EDUCPA c. Rosario del Pilar López s/ Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual*, Ac. y Sent. No. 150, de fecha 07/04/2014, Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala (énfasis agregado).

<sup>31</sup> Este comentario refiere únicamente al razonamiento utilizado por el tribunal de apelación para decidir sobre la revisión de la cláusula arbitral, y no así sobre su decisión si la cláusula arbitral era válida.

<sup>32</sup> *VjV S.A. c. Instituto de Previsión Social (IPS) s/ Indemnización de daños y perjuicios*, A.I. No. 361, de fecha 30/06/2015, Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Quinta Sala.

<sup>33</sup> Conforme al principio de separabilidad y autonomía de la cláusula arbitral, “*una cláusula arbitral es válida sin perjuicio de los vicios o terminación del contrato subyacente*”, Gary B. Born, *INTERNATIONAL ARBITRATION: LAW AND PRACTICE*, p. 55 (Wolters Kluwer, 2016). Igualmente, el principio de la autonomía de la cláusula arbitral está contemplado en el artículo 19 de nuestra Ley de Arbitraje: “*...una cláusula compromisoria que forma 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.*” Ver también, Caso CCI No. 8939 (1999), XXIV Y.B. Comm. Arb., pp. 174-176 (“*the arbitral clause is autonomous and juridically independent from the main contract in which it is contained...*”); *Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin Mfg Co.*, Corte Suprema de EE.UU., 12 de junio de 1967 (“*except where the parties otherwise intend[...] arbitration clauses are 'separable' from the contracts in which they are embedded.*”)



fuera posible, la demanda versaba sobre la ejecución del contrato y, por tanto, la vía arbitral era la correcta por ser la pactada. No obstante, el magistrado disidente enfocó su razonamiento de forma incorrecta, puesto que lo correcto sería fundar la validez de la cláusula arbitral en su autonomía y separabilidad del contrato subyacente. Más aún, el magistrado disidente cometió un error grave en la aplicación del derecho, al fundar la validez/vigencia de la cláusula arbitral en el artículo 779 del Código Procesal Civil (“CPC”), el cual ya se encontraba derogado 13 años antes de este fallo.

Un último caso que resulta interesante traer a colación es *Dirección Nacional de Aduanas c. Centro de Despachantes de Aduana*<sup>34</sup>. En el presente caso, la Dirección Nacional de Aduanas (“DNA”) había iniciado un juicio ordinario buscando la nulidad de ciertos actos jurídicos, entre ellos, un contrato entre el Centro de Despachantes de Aduana (“CDA”) y la firma Waldemar Carrasquero y Asociados S.R.L. (“WCA”). En primera instancia, el juez hizo lugar a la excepción de incompetencia promovida por WCA, atendiendo a que el contrato entre esta última y la CDA contenía una cláusula arbitral. En su apelación, la DNA argumentó que dicha cláusula arbitral no le podía ser opuesta, atendiendo a que no firmó el contrato que la contenía. En su decisión, 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 “[e]n ninguna parte de la referida clausula [arbitral] se incluyó a la DNA como sujeto del convenio arbitral...”

Si bien el razonamiento del tribunal no es incorrecto, no es menos cierto que la objeción de la DNA tenía relación con la existencia, validez o eficacia de la cláusula arbitral, puesto que la cuestión debatida era la posibilidad de extender los efectos de la cláusula arbitral a un tercero, la DNA que, además, fue quien invocó el contrato que contenía la cláusula arbitral, del que buscaba su nulidad. Es decir, el simple hecho de que la DNA no haya firmado el contrato que contenía la cláusula arbitral no es una circunstancia que permite concluir, de forma absoluta y sin lugar a dudas, que los efectos de dicha cláusula no puedan ser extendidos a la DNA.

Como bien lo expresa la doctrina citada por el propio tribunal, si bien “[p]or regla general el arbitraje [...] tiene efectos únicamente entre quienes son partes de la relación jurídica convencional”, sin embargo “*la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican...*”<sup>35</sup>

Por tanto, como la posibilidad de extender los efectos de una cláusula arbitral a terceros no signatarios tiene que ver con la existencia y/o validez de dicha cláusula, la cuestión debatida en *Dirección Nacional de Aduanas c. Centro de Despachantes de Adua-*

<sup>34</sup>*Dirección Nacional de Aduanas y otro c. Centro de Despachantes de Aduana y otro s/ Nulidad de Acto Jurídico*, A.I. No. 521 de fecha 22/08/2016, Tribunal de Apelación Civil y Comercial, Tercera Sala.

na constituyó una oportunidad más para que los jueces paraguayos puedan, al menos, empezar a debatir el tema del estándar de revisión de cláusulas arbitrales cuando la misma es objetada al inicio.

## V. ¿Cuál estándar adoptar para el Paraguay?

Como vimos anteriormente, no sería una mala idea para los jueces paraguayos entrar a realizar un análisis más profundo de cuál debe ser el estándar de revisión de una cláusula arbitral en la fase inicial. Si bien el razonamiento en el caso *EDUCPA* no es del todo incorrecto, tampoco resuelve la cuestión. El peligro de que una parte se adelante en realizar su objeción ante el juez estatal en vez del tribunal arbitral abre las puertas a una práctica dilatoria que tendrá –y tiene– como resultado desequilibrar la relación de armonía que debe existir entre el arbitraje y el sistema judicial.

Recientemente, Brasil dio un paso importante en esta materia. Como parte de su reforma legislativa, introdujo en su nuevo Código Procesal Civil la obligación del juez de abstenerse de decidir los méritos del caso cuando se alegue la existencia de una cláusula arbitral o cuando el tribunal arbitral haya reconocido su competencia. El primer caso de aplicación de este artículo, el 485 (VII), se dio en el 2016, en el caso *Commat Comércio de Máquinas Ltda c. Crown Equipment Corporation*<sup>36</sup>, donde el Juzgado de Primera Instancia de Jundiá (Sao Paulo), rechazó su jurisdicción de forma previa a la presentación de la demanda en base a la existencia de una cláusula arbitral CCI en el contrato de distribución en cuestión.

También vale destacar el caso mexicano. En México, el desarrollo se dio en la fase post-laudo arbitral, pero donde también se puede dar una interpretación por parte del juez del acuerdo arbitral y que también requiere establecer un estándar de revisión. En el Amparo Directo 71/2014, la Suprema Corte de México sostuvo que, cuando el texto de una cláusula arbitral sea

ambiguo, deficientemente precisado por las partes, o vago, debe concluirse que ese lenguaje supone el poder de los árbitros de determinar su sentido [...] los jueces no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino simplemente verificar si la interpretación del tribunal arbitral es razonable y declarar inválido el laudo si la determinación en que se basa la afirmación de su competencia es caprichosa o arbitraria.<sup>37</sup>

Dicho esto, resulta oportuno desarrollar – o al menos tratar de hacerlo – una teoría que pueda justificar la adopción de un estándar de revisión bajo la legislación paraguaya. Como fuera indicado más arriba, la Convención de Nueva York está redac-

<sup>35</sup>Ignacio Suárez Anzorena, *Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional*, Revista Internacional de Arbitraje, No. 2, p. 57 (2005).

<sup>36</sup>Para una descripción y análisis del caso, ver Peter Hirst, Joan C. Fernandes, *Brazilian Court Dismisses Claim on Grounds of the Existence of an Arbitration Agreement under the New Brazilian Civil Procedure Code*, Kluwer Arbitration Blog, 24/11/2016.

tada de una manera tal que permita la aplicación del estándar completo y *prima facie*. Luego, la jurisprudencia disponible en la materia tampoco es iluminadora.

A) La adopción de la Ley Modelo como fuente sugeriría el estándar *prima facie* bajo ley paraguaya

Normalmente, para indagar el sentido o la intención de una ley cuyo alcance dudamos, debemos recurrir a sus fuentes. Así, con el Código Civil, normalmente acudimos al Anteproyecto de Luis De Gásperi y a los códigos extranjeros que él mismo cita en su obra. El equivalente en nuestra Ley de Arbitraje es la Ley Modelo de la CNUDMI.

Como todo instrumento concebido en las Naciones Unidas, la Ley Modelo fue el fruto de un largo trabajo codificador, en la que el Grupo de Trabajo II se reunió en diferentes sesiones para debatir y redactar cada artículo que componen la Ley Modelo. En el presente caso, los artículos de la Ley Modelo<sup>38</sup> que nos interesan son el 8 y el 16, fuentes directas de los artículos 11 y 19, respectivamente, de nuestra Ley de Arbitraje y que son el punto de partida para tratar de establecer un estándar de revisión. Abajo un cuadro comparativo de la redacción de los artículos mencionados:

Ley Modelo de la CNUDMI	Ley de Arbitraje del Paraguay
<p><b>Artículo 8:</b> 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.</p>	<p><b>Artículo 11:</b> 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 cualquiera 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.</p>

<sup>37</sup>Suprema Corte de Justicia de México, Amparo Directo 71/2014 de fecha 18/05/2018, ¶325 (énfasis agregado).

<sup>38</sup>Los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) de la Ley Modelo están disponibles en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_travaux.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_travaux.html).

<p>2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.</p>	<p>Si se ha entablado la acción judicial a que se refiere el párrafo anterior, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez, siempre que las partes antes de dictarse el laudo desistan de la instancia.</p>
<p><b>Artículo 16:</b> 1) 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.</p> <p>2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. 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.</p>	<p><b>Artículo 19:</b> 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.</p> <p>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.</p>

<p>3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del 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 del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.</p>	<p>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 esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones, pero no podrá dictar un laudo.</p>
---	--

Así, la historia legislativa de los artículos 8 y 16 de la Ley Modelo puede servir de guía para, por lo menos, empezar a debatir cual puede ser el estándar de revisión a ser utilizado por los jueces al momento de decidir, al inicio, sobre la validez o existencia de un acuerdo arbitral.

El artículo 8 establece la obligación de remitir a las partes al arbitraje cuando el asunto del conflicto sea objeto de un acuerdo de arbitraje, “*a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.*” A esta redacción, se sugirió agregar la palabra “manifiestamente” antes de “nulo, ineficaz o de ejecución imposible.” El Grupo de Trabajo rechazó esta sugerencia, indicando que esto limitaría a las cortes nacionales a realizar únicamente un análisis *prima facie* para concluir si el acuerdo arbitral era válido, cuestión que debía ser resuelta por la propia corte nacional primero, antes de remitir a las partes al arbitraje<sup>39</sup>.

Hasta aquí, parecería que la intención es realmente que sean los jueces los primeros en decidir sobre la validez de un acuerdo arbitral cuando la misma es objetada al inicio. No obstante, la historia legislativa del artículo 16 de la Ley Modelo demuestra que el Grupo de Trabajo tuvo la intención de que el análisis *prima facie* sea el utilizado por los jueces de jurisdicciones que adopten la Ley Modelo.

En junio de 1983, el Grupo de Trabajo debatía sobre el borrador del artículo 16(4), referente al control concurrente de las cortes nacionales:

Quando, luego de que un procedimiento ante un tribunal arbitral haya

<sup>39</sup>Howard Holtzmann y Joseph Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: LEGISLATIVE HISTORY AND COMMENTARY, (Kluwer Law International, 1989) p. 303.

iniciado, una de las partes invoque, ante una corte [nacional] la falta de jurisdicción del tribunal arbitral, sea de forma implícita, iniciando una acción sustantiva, o explícita, solicitando a la corte una decisión sobre la jurisdicción del tribunal sin hacerlo primero ante los árbitros, el tribunal arbitral podrá continuar con el proceso, mientras la cuestión esté pendiente ante la corte nacional.<sup>40</sup>

No obstante, el Grupo de Trabajo consideraba que este artículo no era lo suficientemente claro en su relación con el artículo 8 *in fine*<sup>41</sup>, por lo que sugirió que una objeción a la jurisdicción de los árbitros sea tratada en un artículo separado<sup>42</sup>. Fue así que, en noviembre de 1983, se propuso el siguiente borrador de artículo 17<sup>43</sup>:

- (1) [Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16,] [una parte podrá,] en cualquier momento, [solicitar a una Corte conforme al artículo 6, que decida si existe o no un acuerdo de arbitraje válido, y], si el procedimiento arbitral ha iniciado, si el tribunal arbitral tiene jurisdicción [con respecto al conflicto sometido al mismo].
- (2) Mientras dicha objeción esté pendiente ante la Corte, el tribunal arbitral podrá continuar con el procedimiento [salvo que la Corte ordene la suspensión de este procedimiento].

Finalmente, en marzo de 1984, el Grupo de Trabajo decidió volver atrás y eliminar el artículo 17, puesto que estaba en conflicto con el artículo 16(3), el cual prohibía a las partes objetar una decisión del tribunal arbitral confirmando su jurisdicción, sino hasta que un laudo final sobre los méritos haya sido emitido.

El Grupo de Trabajo entendió, primero, que dicho artículo 17 podría tener efectos negativos durante un procedimiento arbitral, particularmente, por abrir las puertas a posibles tácticas dilatorias, pero aún más importante, porque el mismo “*no se encontraba en armonía con el principio subyacente al artículo 16, que es que, inicial y primeramente, el tribunal arbitral debe decidir sobre su competencia, sujeto al control judicial en última instancia.*”<sup>44</sup> Es decir, el Grupo de Trabajo eliminó el artículo 17 porque el

<sup>40</sup>Howard Holtzmann y Joseph Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: LEGISLATIVE HISTORY AND COMMENTARY, (Kluwer Law International, 1989) p. 498.

<sup>41</sup>“...a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”

<sup>42</sup>Howard Holtzmann y Joseph Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: LEGISLATIVE HISTORY AND COMMENTARY, (Kluwer Law International, 1989) p. 500.

<sup>43</sup>Howard Holtzmann y Joseph Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: LEGISLATIVE HISTORY AND COMMENTARY, (Kluwer Law International, 1989) p. 501.

<sup>44</sup>Howard Holtzmann y Joseph Neuhaus, A GUIDE TO THE UNCITRAL MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: LEGISLATIVE HISTORY AND COMMENTARY, (Kluwer Law International, 1989) p. 503.

mismo permitiría a las cortes estatales decidir sobre la existencia de un acuerdo de arbitraje antes que los árbitros tengan la oportunidad de hacerlo.

Esto fue luego confirmado por la Secretaría General de la CNUDMI, en sus comentarios al borrador de la Ley Modelo, emitido en junio de 1985<sup>45</sup>. Con relación al artículo 16 (*kompetenz-kompetenz*), fue indicado que el mismo adopta un importante principio, de que es el tribunal arbitral quien debe, *inicial y primeramente*, determinar si tiene jurisdicción, decisión que estará sujeta, últimamente, al control judicial<sup>46</sup>. La Secretaría General también indicó que este principio tenía el objetivo de evitar prácticas dilatorias, reforzado con el hecho de la eliminación del borrador de artículo 17<sup>47</sup>.

El principio de que son los árbitros quienes deben decidir, primero, sobre su competencia, coincide con el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz* discutido anteriormente, y con la fórmula de un examen *prima facie*, por parte del juez, sobre la validez o existencia de un acuerdo arbitral al inicio de un arbitraje. En efecto, autores ya se han planteado sobre la necesidad de reformar la Ley Modelo, y en particular, la posibilidad de reconocer el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*, “*de manera tal que los jueces refieran a las partes a arbitraje luego de una verificación prima facie de un acuerdo arbitral...*”<sup>48</sup>, para que sean los árbitros los primeros en decidir sobre su propia competencia.

Igualmente, cabe reiterar que esta esta regla de prioridad simplemente significa que son los árbitros quienes deben decidir, primero, sobre su propia jurisdicción. Es decir, no son los únicos facultados a tomar esa decisión. Los jueces estatales también tienen (y deben tener) dicha facultad de revisión amplia, solo que es una facultad dejada para una fase posterior. Así, los jueces estatales, en esta etapa inicial, deben limitarse simplemente a hacer una revisión *prima facie* sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral en esta etapa inicial.

La doctrina<sup>49</sup> ha establecido como principios subyacentes a esta regla de prioridad en favor de los árbitros, principalmente dos: (i) la prevención de tácticas dilatorias; y (ii) la centralización de conflictos relativos a la existencia o validez de un acuerdo arbitral. Sobre el primer principio, el procedimiento arbitral puede verse severamente perjudicado si las partes tienen la facultad de acudir a las cortes nacionales para iniciar procedimientos paralelos con el objetivo de interferir con el arbitraje, sin contar el tiempo y costos extras que procedimientos paralelos sobre el mismo tema supondrán para las

<sup>45</sup>UNCITRAL, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration* (A/CN.9/264), de fecha 21 de junio de 1985, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/244/18/PDF/V8524418.pdf?OpenElement>.

<sup>46</sup>UNCITRAL, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration* (A/CN.9/264), de fecha 21 de junio de 1985, p. 37.

<sup>47</sup>UNCITRAL, *Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration* (A/CN.9/264), de fecha 21 de junio de 1985, p. 41.

<sup>48</sup>Dyalá Jiménez-Figueres, *¿Superamos la Ley Modelo o es tiempo para una nueva? Invitación a un debate*, Young Arbitration Magazine, Edición III (2015), p. 18.

<sup>49</sup>Yas Banifatemi y Emmanuel Gaillard, *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, en ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS: THE NEW YORK CONVENTION IN PRACTICE, pp. 260, 261 (E. Gaillard y D. Di Pietro, eds., 2008).

partes.

En segundo lugar, la regla de prioridad ayudará a centralizar la revisión de la validez o existencia de acuerdos arbitrales en las cortes nacionales con jurisdicción para revisar laudos arbitrales, evitando así que las partes elijan donde iniciar sus acciones judiciales, dependiendo del juzgado nacional que tendría jurisdicción en caso que las partes no hayan pactado una cláusula arbitral. Sobre este punto, la Nota Explicativa de la secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo, clarifica la delimitación de la intervención judicial únicamente a los casos indicados en el artículo 6 de la Ley Modelo, a los efectos de una “*centralización, especialización y eficacia de las actuaciones*”<sup>50</sup>. Con respecto a la competencia del tribunal arbitral, la intervención judicial queda limitada al caso del artículo 16(3) de la Ley Modelo, es decir, luego de que los árbitros hayan podido determinar primero sobre su propia competencia.

## VI. Conclusión

La falta de una regla clara en el texto de la Convención de Nueva York requiere un análisis más profundo. Como fue visto anteriormente, varias jurisdicciones han adoptado diferentes tendencias válidas, a los efectos de poder preservar el equilibrio entre la legitimidad y eficacia del arbitraje. Efectivamente, aclarar la adopción de una de ellas o desarrollar una nueva sería un gran avance para nuestra jurisdicción, especialmente si queremos ser una jurisdicción atractiva para el arbitraje internacional.

Pero este avance depende casi exclusivamente de la capacidad de nuestros jueces y de su voluntad de desarrollar un conocimiento más profundo y acabado en la materia, cosa que no está ocurriendo. En más de una ocasión, ocurre que nuestros jueces aplican erróneamente una legislación procesal para anular un laudo arbitral o peor aún, aplican una ley derogada para interpretar una cláusula arbitral. Hechos como estos ya no pueden ocurrir, especialmente considerando la antigüedad de nuestra Ley de Arbitraje y de la adopción la Convención de Nueva York. Es importante reconocer la importancia de capacitarse y especializarse en la materia, principalmente considerando el dinamismo con que se desarrolla el arbitraje y la oportunidad que representa para el país ser una jurisdicción atractiva para el arbitraje.

<sup>50</sup>NOTA EXPLICATIVA DE LA SECRETARÍA DE LA CNUDMI ACERCA DE LA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DE 1985, EN SU VERSIÓN ENMENDADA EN 2006, ¶16, disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/MLARB-explanatoryNote20-9-07.pdf>.