

COMPÉTENCE-COMPÉTENCE Y LA REMISIÓN AL ARBITRAJE

Dr. Francisco González de Cossío¹

Hay algo profundo e interesante en la relación entre la remisión al arbitraje y la facultad del árbitro de decidir sobre su competencia (el principio *compétence-compétence*). Su comprensión y correcta implementación es crucial pues implica en esencia un justo medio entre dos polos que incluyen derechos fundamentales. Por un lado, el derecho a que se cumpla el pacto arbitral: el derecho fundamental a acudir al arbitraje. Por otro, el derecho fundamental a obtener justicia estatal: el derecho público subjetivo de tutela judicial. Para explicar por qué, a continuación abordo el significado de *compétence-compétence*, el motivo por el que existe y el dilema que resuelve, no sin antes mencionar el régimen de trasfondo: el derecho público subjetivo a obtener justicia.

Como regla, están los tribunales estatales para resolver los problemas entre particulares. De ello se cerciora la Constitución. El mismo precepto contempla el derecho a no ejercer dicho derecho. Más puntualmente, el derecho a utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias. Dicho derecho existe por el simple hecho que hay ocasiones en que lo que más conviene o lo que le puede interesar al gobernado es encausar un problema a uno de los mecanismos que conforman el género de solución alternativa

de controversias. Los motivos son diversos, y no son objeto de esta nota.² Lo que es conveniente aquí mencionar es que si un particular hace uso de dicho derecho, el pacto debe ser respetado.

Aceptado ello, puede suceder que la validez del pacto sea objeto de diferencia de opinión – en sí, una disputa. Esto encierra – o más bien puede encerrar – una ironía. Si una persona considera que no existe la obligación de arbitrar, exigir que se encause en arbitraje la solución a dicha postura es hacer justamente a lo que se opone. Obligarlo a cumplir la obligación cuya existencia cuestiona.

Este es el dilema que deseo comentar en esta nota. Para entender su solución, es necesario tener un cabal entendimiento del principio *compétence de la compétence*.

Significado de *compétence de la compétence*

Compétence, en su mejor expresión, significa que el árbitro es el *primer* juez de su jurisdicción. Es decir, la versión más refinada de *compétence* es que es una *regla de tiempos*: el árbitro decide primero, el juez en definitiva.

1 González de Cossío Abogados, SC (www.gdca.com.mx) Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

2 Éstos son abordados en Arbitraje, Ed. Porrúa, 4ª Ed. 2014. El marco conceptual detrás de cuándo usarlos está en las páginas 9 y siguientes.

El principio es frecuentemente citado como emblemático del arbitraje. Como uno de sus principios más caros. Lo que con menos frecuencia se comenta es la función que cumple. Su por qué y para qué.

Si *compétence* no existiera, tendría que inventarse. El motivo se hace aparente si se considera lo que ocurriría en un mundo *sin* *compétence*.

Un ejemplo puede ilustrar por qué. **A** demanda a **B**. **B** opone como excepción (defensa) que el contrato es nulo. No se trata de una táctica dilatoria o uno de los frecuentemente vistos argumentos “escopeta” que cuestionan todo, desde la identidad del tribunal, todas sus órdenes procesales, hasta la marca del café usado en las audiencias. Y por supuesto, *la validez del contrato*. Se trata de un argumento que puede ser exitoso dada la inteligencia con la que se presenta, y sobre todo por que descansa en una norma imperativa contenida en el derecho aplicable que bien puede tener el resultado indicado.

Una respuesta natural es aducir que la cuestión sobre la validez del contrato que contiene el acuerdo arbitral es parte del género de disputas comprendidas en la cláusula arbitral (que dice “Toda disputa de este contrato será ventilada en arbitraje”). Pero ello detona un problema. Si **B** cuestiona la validez del contrato, incluyendo la validez jurídica de las obligaciones contenidas en el mismo, una de las cuales es arbitraje, *exigir* arbitraje invita una discusión semejante a lo que la lógica llama “afirmar el consecuente”: suponer el resultado. Dar efectos justamente a la obligación que se está cuestionando.

Es en esta coyuntura analítica que entra *compétence*. No es un paso obligado ni en la lógica ni en la jurídica. Es un paso de política legislativa. En su expresión cruda,

kompetenz significaba ‘el árbitro es el juez de su jurisdicción’. Su expresión refinada es ‘el **primer** juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro’. ¿Por qué el primer? Por que el juez *final* será el juez estatal competente.

No puede ser al revés y por tres motivos. Primero, por que el árbitro no puede pasar juicio sobre la determinación del juez. Segundo, si el juez pasara juicio *ex ante* sobre la jurisdicción del árbitro, el efecto sería que para arbitrar, se necesitaría litigar un contrasentido si se considera que el núcleo de la voluntad de las partes al pactar arbitraje es no litigar. Lo que en el *Liber Amicorum Cremades y Derains* llamé “*La Ironía de Compétence*”:³ para arbitrar sería necesario litigar. Tercero, es válido suponer que éste resultado *lamentable* se tornaría en *insoportable*: cualquier cuestionamiento, sin importar cuán banal e impropio sea, daría lugar a que tuviera que litigarse judicialmente probablemente durante años para que se le dé la razón a quien quería recurrir al arbitraje en primer lugar.

Una táctica dilatoria preciosa por exitosa.

Es lo anterior lo que explica el que exista la decisión de política arbitral que los cuestionamientos sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral sean considerados por el tribunal arbitral mismo, salvo casos de nulidad “manifiesta” (según la visión francesa) o “gateway” (en términos de Estados Unidos). Es decir, en su esencia, *compétence* es un principio que da efectos a la voluntad de las partes. Que evita caer en la ironía que para *arbitrar* es necesario *litigar*.

Esto es importante recalcar pues es frecuentemente pasado por alto. Jurisdicciones diversas a veces por sus máximos tribunales han errado en este punto. Los motivos han sido entendibles:

3 Miguel Ángel Fernández Ballesteros y David Arias (eds.), *La Ley*, Wolters Kluwer, 2010.

la preocupación de afirmar el consecuente. Exigir arbitrar cuando se cuestiona todo es suponer demasiado. Sin embargo, conocidos los motivos ya indicados, se torna en entendible y aceptable. Y por ende venerable.

La remisión al arbitraje

La remisión al arbitraje es la forma en que se implementa lo anterior. Entendido el dilema, la redacción de la norma que acoge el principio no es fácil. Si se mal diseña, puede afectarse un derecho fundamental: ya sea por exceso o por defecto. Por exceso, si se encausan al arbitraje casos que deberían ir a los tribunales. Por *defecto*, si se encausan a los tribunales casos que debían acabar en arbitraje.

¿Cómo distinguir?

Los artículos 37 y 38 de la Ley 7727, Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica dicen:

El tribunal arbitral tendrá competencia exclusiva para decidir sobre las objeciones referentes a su propia competencia y sobre las objeciones respecto de la existencia o validez del acuerdo arbitral.

Además, estará facultado para determinar la existencia o validez del convenio del que forma parte una cláusula arbitral. ...

La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta, a más tardar, en la contestación a la demanda de arbitraje. Sin embargo, el tribunal podrá declarar, de oficio, su propia incompetencia en cualquier

momento o resolver, si así lo considerare conveniente, cualquier petición que una parte presente, aunque sea, en forma extemporánea.

El tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, mientras resuelve sobre su competencia o sobre el recurso de apelación, que más adelante se menciona, el tribunal, a su discreción, podrá continuar con las actuaciones propias del proceso arbitral si resultaren indispensables, urgentes o convenientes y no resultaren perjudiciales para las partes. ...

El artículo II(3) de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("Convención de Nueva York")⁴ dice:

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

La relación entre ambos preceptos es la esencia de esta nota. Los artículos 37 y 38 contiene el principio: *compétence*. El artículo II(3) de la Convención de Nueva York la manera de implementarlo cuando una de las partes lo incumple: la remisión al arbitraje vía la incompetencia del juzgador a quien le es planteado el asunto amparado por un acuerdo arbitral. Este es —y debe ser— el punto de partida de todo el análisis. No hacerlo sesga. Corre el riesgo de errar por comenzar en un punto de partida diverso al correcto.

4 Ratificada por Costa Rica el 26 de octubre de 1987 y que entró en vigor el 24 de enero de 1988.

Es ante este trasfondo que debe plantearse la incógnita: ¿*quid iuris* si existe duda⁵ sobre la competencia, como resultado de un duda sobre la validez o alcance del acuerdo arbitral?

Esta duda ha enigmado a varios. Después de todo, mucho depende de ella. Una postura sobre-estimulada del arbitraje propiciaría que, quien tiene un duda legítima sobre la competencia, sea turnado al arbitraje—algo injusto, pues no pactó arbitraje. Por otro, que una persona que pactó el arbitraje presumiblemente por su ventaja en velocidad o uni-instancialidad, sea obligada a litigar en varias instancias y durante mucho tiempo, la cuestión sobre si existe un deber de acudir al arbitraje. Y concluida dicha discusión, aún así tiene que litigar su asunto—durante algo de tiempo y varias instancias. Un resultado que hace nugatorio su pacto.

La solución al dilema, el punto medio que no comete el error de defecto ni de exceso, está en comprender la naturaleza de *compétence*: **una regla de tiempos**. Si una parte cuestiona la validez de un acuerdo arbitral, y por ende, la jurisdicción de un tribunal arbitral, ello debe ser decidido por el árbitro atento a los artículos 37 y 38. Si la duda se presenta al juzgador como motivo para no remitir al arbitraje, conforme al artículo II(3) de la Convención de Nueva York, el juez debe:

1. **Suposición: validez del acuerdo arbitral:** Como punto de partida, el acuerdo arbitral se presume válido, por lo que se debe remitir al arbitraje de inmediato.
2. **Vencimiento de la Suposición:** La determinación del mérito del argumento

de invalidez debe ser conspicua. “Notoria”, dice el derecho arbitral mexicano.⁶ “Manifiesta” dicen los franceses y los peruanos.⁷ “Evidente” dicen otros. El punto: tiene que ser un motivo casi incuestionable. Axiomático. Si es discutible, *tiene que irse al arbitraje*. Ya tendrá oportunidad el juez de analizar la determinación del árbitro durante el juicio de nulidad o ejecución del laudo. (Y la carga de la prueba está en los hombros de quien se opone a la remisión.)

3. **Ante la duda, remitir:** Cualquier duda sobre la validez, eficacia o imposible ejecución del acuerdo arbitral debe ser resuelta a favor de la remisión.

Comentario final

Uno de los juristas más influyentes de la historia de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, observaba que :

The life of the law has not been logic, it has been experience.

[La vida del Derecho no ha residido en la lógica, sino en la experiencia]

Compétence es un producto de la *experiencia*, no la *lógica*. De entender que sin *compétence*, no se lograría la voluntad de las partes, y que se accidentarían procesos arbitrales. Ante ello, *compétence* es la pieza de política legislativa que cambia el cauce natural que generaría problemas.

5 Por seriedad analítica, supongo que el cuestionamiento jurisdiccional es serio. Que no es fruto de una táctica dilatoria. Después de todo, éstas quedan comprendidas en la regla (remisión), y no detonan el dilema que busca abordar este ensayo.

6 Artículo 1465 del Código de Comercio.

7 Artículo 16(3) y 16(4) del Decreto Legislativo 1071.