

LA AUTONOMÍA DE LOS ÁRBITROS Y LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

1. Introducción

Resulta de especial interés analizar cuál es en la realidad la autonomía de los árbitros en el arbitraje comercial internacional frente a la intervención judicial toda vez que, tal como lo explica Roque Caivano, el Derecho Comparado muestra una cierta discordancia entre los postulados de las normas positivas y la realidad judicial, ya que mientras las leyes de arbitraje procuran reducir –sino eliminar– las intervenciones judiciales previas al dictado del laudo, con cierta frecuencia se registran precedentes que dan cuenta de interferencias exorbitantes del rol que las leyes de arbitraje atribuyen al Poder Judicial.¹

A la luz de la Ley Modelo de Uncitral, la autonomía de los árbitros internacionales se encuentra protegida frente a la intervención judicial, principalmente, a través de tres reglas que operan de manera coordinadas, esto es: i) Que las únicas intervenciones del Poder Judicial son aquellas previstas en la ley; ii) La autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral y el principio del Kompetenz-Kompetenz; y iii) La obligación de los jueces de declararse incompetentes, frente a una acción judicial relativa a una materia reservada a la decisión de los árbitros de acuerdo al convenio arbitral, lo que se conoce como el efecto negativo del principio de Kompetenz-Kompetenz.

En éste artículo analizaremos en particular cómo juegan éstos tres ejes de protección de la autonomía de los árbitros frente a la intervención judicial; la manera en cómo han sido recogidos éstos principios en los distintos ordenamientos jurídicos

nacionales, a partir de la Ley Modelo Uncitral; y, la manera en cómo han sido reconocidos dichos principios especialmente en la jurisprudencia de los países latinoamericanos.

2. Principio general conforme al cual las únicas intervenciones son las previstas en la ley

Este principio se encuentra establecido en la Ley Modelo Uncitral, en su artículo 5º, que prescribe: "Alcance de la intervención del tribunal: En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que ésta ley así lo disponga".²

Este principio de carácter general se complementa con una enumeración taxativa de supuestos en que los jueces pueden intervenir, en las siguientes materias: i) Designar a los árbitros o decidir acerca de su recusación si nada se hubiere pactado (artículos 11, 13 y 14 de la Ley Modelo); ii) Asistir a los árbitros en la práctica de las pruebas, (artículo 27 Ley Modelo); iii) Dictar medidas cautelares, (artículo 17 de la misma ley); iv) Ejecutar el laudo arbitral, (artículos 35 y 36 de la Ley Modelo Uncitral); igualmente, existe intervención de la justicia ordinaria en tres materia relativas al control judicial, esto es, un recurso contra la decisión preliminar de los árbitros de declararse competente, (artículo 16); el recurso de anulación contra el laudo final (artículo 34); y el control previo al reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros (artículos 35 y 36).

Si bien éste principio ha sido adoptado en general por todos los países en que su Ley de Arbitraje

* Abogado, Profesor de Derecho Universidad de los Andes, Santiago de Chile, Arbitro del International Center for Dispute Resolution (American Arbitration Association), Arbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, Chile. Algunos artículos publicados: The dispute boards in international construction projects, 2011; Los Principios de UNIDROIT como Ley de Fondo Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional, 2011; The Principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration", 2007; y Tópicos de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, 2007.

1. Caivano, Roque, Control Judicial en el Arbitraje, Editorial Abeledo Perrot, año 2011. P. 152.

2. Ley Modelo Uncitral, artículo 5º.

Comercial Internacional ha seguido el modelo de Uncitral existen algunas particularidades especiales en cómo ha sido recogido, según analizaremos en particular en este trabajo.

Con todo, resulta desde ya conveniente subrayar que la Ley Peruana de Arbitraje, de 2008,³ se ubica en la más moderna tendencia a reducir aún más, la injerencia judicial en casos sometidos a arbitraje, restringiendo severamente los supuestos que autorizan la intervención del Poder Judicial.⁴

Es así como en su artículo 3° postula a la autonomía del arbitraje en términos inequívocos al establecerlas no sólo como un principio, sino como un "derecho" de la función arbitral, señalando al efecto que "no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que ésta norma así lo disponga", (numeral uno), el Tribunal Arbitral tiene "plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones", (numeral dos), y "plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo". (numeral tres); y luego se refuerzan estos principios en el mismo artículo en su numeral 4 que concluye asegurando que "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 éste Decreto legislativo" y que "cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad".

Igualmente, la Ley Peruana de 2008 reconoce el principio de la Separabilidad de acuerdo de arbitraje y el principio del Kompetenz-Kompetenz, según analizaremos más adelante, con lo cual, desde un punto de vista normativo, estimamos que ésta ley ha establecido reglas claras y precisas para impedir "judicializar" el arbitraje y que los árbitros puedan cumplir con las funciones que las partes le han encomendado.

3. Principio de la autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral y principio del Kompetenz-Kompetenz

Estos principios constituyen reglas esenciales

del arbitraje comercial internacional, toda vez que ambos contribuyen a la efectividad del acuerdo o convenio arbitral y garantizan que el procedimiento arbitral se pueda llevar a cabo en forma adecuada como condición de una buena justicia. Dada la trascendencia de éstos principios es que analizaremos en particular en qué consisten, los objetivos que persiguen, sus principales caracteres y la forma en que han sido reconocidos y aceptados en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, al igual que en los reglamentos de los principales centros de arbitraje comercial internacional.

3.1. En qué consisten los principios de la autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral y del Kompetenz-Kompetenz y sus objetivos

El principio de autonomía o separabilidad del pacto arbitral permite a los árbitros resolver cualquier controversia sobre la existencia o validez del contrato principal que contiene el convenio de arbitraje, mientras que, a su turno, el principio del Kompetenz-Kompetenz, significa que la justicia arbitral tiene prioridad temporal respecto a la justicia nacional para dirimir controversias sobre la existencia, validez y alcances del contrato de arbitraje.

En esencia ambos principios resguardan la voluntad de las partes de recurrir a la instancia arbitral y no a la justicia nacional. Si ellos no existieran tratándose del Principio de la Autonomía, la nulidad del contrato principal acarrearía que el acuerdo arbitral (contrato accesorio), también fuere nulo; que, por su parte, si no existiera el principio del Kompetenz-Kompetenz, los incidentes sobre jurisdicción sólo podrían ser resueltos por la justicia nacional, con todo lo cual se vería frustrada la voluntad de las partes de acogerse a arbitraje.

3.2. Caracteres del principio de Autonomía o Separabilidad del Acuerdo Arbitral

El acuerdo o convenio arbitral es independiente o autónomo en relación al contrato principal que lo contiene; se trata de un derecho sustantivo, en que el árbitro goza de jurisdicción para conocer sobre la existencia y validez del contrato principal, lo que se traduce que la invalidez de éste último no afecta al acuerdo arbitral, toda vez que la nulidad de origen del contrato principal no implica la

3. Decreto Legislativo 1071/2008, que modificó la Ley de Arbitraje en Perú.

4. Cantuarias Salaberry Fernandez, Caivano Roque, La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un salto a la modernidad, Revista Peruana de Arbitraje N° 7, 2008. P 43 y ss.

nulidad del pacto arbitral, aún en el evento que se plantee la inexistencia del contrato y del acuerdo arbitral, es el árbitro el que retiene la competencia para resolver sobre ella.⁵

Como consecuencia de lo anterior, debemos subrayar que el principio de la Separabilidad o autonomía del convenio arbitral se manifiesta también en la situación de que si termina el contrato principal por mutuo acuerdo, subsistirá igualmente el pacto arbitral, ya que el derecho de acción no se extingue, toda vez que existen derechos y obligaciones controvertidos, y es más: aún en el evento que exista un finiquito, es el árbitro el que deberá resolver sobre su alcance.

Igualmente, si el contrato principal termina por novación, incluso el pacto arbitral podría subsistir dependiendo los términos de la novación, ya que como hemos dicho el pacto arbitral es independiente del contrato principal. En la misma forma si termina el contrato principal por transacción estimamos que subsistirá el pacto arbitral, salvo que se renuncie al convenio arbitral. Por consiguiente la validez del acuerdo arbitral no sigue necesariamente la misma suerte que el contrato principal, lo que se traduce en que deberán analizarse en cada caso los requisitos de existencia y validez del acuerdo arbitral; es más: perfectamente el acuerdo arbitral podría regirse por un derecho aplicable distinto al contrato principal.⁶

Por otro lado, el acuerdo arbitral es independiente del derecho sustantivo aplicable al contrato principal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo II de la Convención de Nueva York, ya que el derecho que rige el acuerdo arbitral es el del lugar del arbitraje; se aplican las reglas imperativas de jurisdicción nacional y el orden público internacional.

De ésta forma, si no existiera el principio de autonomía o separabilidad del pacto arbitral la nulidad del contrato principal acarrearía la nulidad de todo lo obrado por el árbitro, con lo que el principio de autonomía en la realidad está garantizando la eficacia del Principio del Kompetenz-Kompetenz que luego analizaremos.

3.3. Reconocimiento y aceptación general del principio de Separabilidad del acuerdo arbitral

El Principio de la autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral constituye un principio de carácter general del derecho arbitral internacional, que tiene reconocimiento en los principales centros de arbitraje en el mundo, en la Ley Modelo Uncitral y por el derecho interno de la gran mayoría de los países.

Es así como la Ley Modelo Uncitral en su artículo 16 párrafo 1º reconoce expresamente éste principio al disponer:

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 de contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

En el nuevo Reglamento de la CCI⁷, en su artículo 6º numeral 9, al regularse los efectos del acuerdo de arbitraje se establece que:

Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará su competencia, aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir sobre sus pretensiones y alegaciones.

En el mismo sentido la ICDR, rama internacional de la American Arbitration Association, a su turno en su artículo 15 N° 2 de las Reglas de Arbitraje establece que "El Tribunal estará facultado para resolver sobre la existencia o validez del contrato del cual forme parte la cláusula de arbitraje. Esa cláusula de arbitraje será tratada como un acuerdo independiente de los demás términos del contrato. La decisión del tribunal que declara

5. Park, William, "Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators", 8 Am Rev Int'Arb 133, 1997. P 142.

6. Dimolitsa, Antonias, "Separability and Kompetenz-Kompetenz, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention", International Council for Commercial Arbitration, 1999. P. 228.

7. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que entró a regir el 1º de Enero de 2012.

nulo el contrato no invalidará, por esa razón, la cláusula de arbitraje". Igualmente, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago⁸, establece en su artículo 20 que: "Una cláusula arbitral que forma parte de un contrato se considerará un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del Tribunal Arbitral de que el contrato es nulo o inexistente no entrañará ipso jure la inexistencia o invalidez de la cláusula arbitral".

A su turno, en las Reglas Uncitral dadas para la tramitación de los arbitrajes ad hoc se establece en su artículo 21 numeral 2 lo siguiente:

El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria.

Por su parte, cabe destacar el reconocimiento de éste principio de la Autonomía o Separabilidad de la cláusula arbitral efectuado por la Corte Suprema Francesa, en el famoso caso Dalico, en que se trataba de un acuerdo de arbitraje en un contrato entre una empresa Libia y otra Danesa por trabajos a ejecutarse en Libia; en éste último país existía la prohibición de someterse a arbitraje lo que debe entenderse aplicable a los contratos domésticos, pero no a los contratos internacionales, ya que dicha prohibición no es parte del orden público internacional; fue así como se resolvió por la Corte Suprema francesa que la cláusula arbitral es legalmente independiente del contrato principal y su existencia y validez debe ser evaluada de acuerdo a las normas obligatorias del derecho francés y al orden público internacional, conforme a la intención de las partes, independientemente de las normas del derecho interno.⁹

3.4. Caracteres del Principio del Kompetenz-Kompetenz

Kompetenz

El Kompetenz-Kompetenz que confiere al árbitro la facultad para conocer y resolver acerca de todo asunto relativo a la jurisdicción arbitral y a la existencia y validez del acuerdo, tiene su origen en la doctrina alemana conocida como Kompetenz-Kompetenz Klausel, en cuya virtud el árbitro goza de la facultad para pronunciarse sobre su propia competencia sin ulterior revisión de la justicia nacional.¹⁰

El principio Kompetenz-Kompetenz constituye una regla de prioridad temporal frente a la justicia nacional sobre su competencia arbitral, buscando garantizar la no dilación injustificada del procedimiento arbitral, ya que los jueces nacionales deben abstenerse de intervenir mientras el árbitro no haya resuelto.

La extensión de la competencia del árbitro para decidir sobre su propia jurisdicción se traduce en revisar entre otras cosas: i) Si existe un acuerdo de arbitraje válido, esto es, si cumple con los requisitos de existencia y validez; ii) Si la extensión del acuerdo de arbitraje incluye o cubre la disputa,¹¹ iii) Si el acuerdo de arbitraje comprende a las personas o sociedades involucradas en el conflicto, como, por ejemplo, si la demanda es en contra de un grupo de empresas si incluye las filiales que no firmaron; iv) Si el árbitro goza de ciertas facultades, por ejemplo, para ordenar la acumulación o consolidación de las causas si se trata de distintos contratos; y v) Si el conflicto es arbitrable, materia cuyas limitaciones están dadas en el acuerdo arbitral y en las normas de orden público aplicables. Es así como, por ejemplo, ello servirá para determinar si una materia de libre competencia o un asunto laboral, pueden o no someterse a arbitraje.

3.5. Reconocimiento y aceptación del principio de Kompetenz-Kompetenz

Existe un amplio reconocimiento internacional institucional del principio del Kompetenz-Kompetenz. Es así, como por ejemplo el Reglamento de Arbitraje de Uncitral en su artículo 21 establece:

8. Reglamento vigente que entró a regir el 1° de Diciembre de 2012.

9. Figueroa Valdés, Juan Eduardo, The Principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration, Revista de Arbitragem e Mediação, año 4, N° 15, 2007. P. 134 y ss.

10. Ibid. P. 138-

11. Tratándose de los arbitrajes CCI, en el artículo 23 del Reglamento se establece que debe emitirse la "acta de misión", la cual regulará en forma específica las materias comprendidas en la disputa.

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

Luego en el N° 3 La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta a más tardar en la contestación o, con respecto a una reconvencción, en la réplica a esa reconvencción; y por último, en su número 4 En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final.

Sobre el particular, resulta de especial interés lo resuelto en el caso *Compañía Air France con Libian Arab Airline*, en que Libia reclamó ante el árbitro el incumplimiento de Air France; y, por su parte, ésta última alegó incompetencia ante los tribunales nacionales de Canadá; la Corte Suprema de Canadá resolvió que el árbitro debía seguir conociendo, sujeto a la revisión por tribunales nacionales evacuado el laudo final.¹²

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la ICC, en su artículo 6 N° 3 y N° 4, entrega examen sobre la jurisdicción, *prima facie*, acerca de la existencia de un acuerdo de arbitraje a la propia Corte Internacional de Arbitraje.

Sobre el particular, resulta de interés especialmente lo resuelto en el caso de la *Compañía Minera Condesa y BRGM Perou*, en que la Corte Federal Suiza confirmó la competencia del árbitro no obstante la existencia de una demanda ante la justicia nacional del Perú. Existían dos procesos, lo que no significa que el convenio arbitral sea inoperante o ineficaz de ejecutarse, por aplicación de lo dispuesto en el artículo II N° 3 de la Convención de Nueva York.¹³

A su turno, en el Reglamento de la ICDR, en el artículo 15 numerales 1 y 2 se consagra el principio del *Kompetenz-Kompetenz*, al establecerse que:

Número 1: "El tribunal está facultado para

decidir sobre su propia jurisdicción, incluyendo cualquier objeciones con respecto a la existencia, alcance o validez del acuerdo de arbitraje" y número 2 "El tribunal estará facultado para resolver sobre la existencia o validez del contrato del cual forma parte la cláusula de arbitraje. Esa cláusula de arbitraje será tratada como un acuerdo independiente de los demás términos del contrato. La decisión del tribunal que declare nulo el contrato no invalidará por esa razón la cláusula de arbitraje".

Por su parte, tratándose del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, en el artículo 20 consagra igualmente el Principio del *Kompetenz-Kompetenz*, al establecer que "el tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia incluso en lo referente a las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo arbitral".

Luego, a su turno, la Ley Modelo Uncitral en el artículo 16 numeral 1 consagra igualmente el Principio del *Kompetenz-Kompetenz* en los términos explicados en el número 3.3. precedente.

Sobre la aplicación de éste principio resulta especialmente de interés el caso *Noble China In*, que se trataba de la Corte de Ontario Canadá en que se rechazó la nulidad de la sentencia arbitral donde se aplicaron normas de la Ley Modelo Uncitral, ya que el acuerdo arbitral estableció que excluían a los tribunales nacionales de conocer cualquier conflicto, entregando su competencia a la sede arbitral.¹⁴

Igualmente, el principio del *Kompetenz-Kompetenz* ha sido reconocido en diversas legislaciones nacionales estableciéndose distintos niveles de revisión por parte del Poder Judicial. Así, por ejemplo, el sistema francés establece que el juez nacional debe declararse incompetente para conocer de un asunto que está sometido a arbitraje, salvo que el acuerdo arbitral sea "manifiestamente nulo", ya sea por violación del orden público o sea una materia no arbitrable; por su parte, en Estados Unidos se establece en algunos casos niveles de revisión más profundos por parte de la jurisdicción estatal, señalándose que los niveles de revisión los determina el convenio arbitral, esto es, la voluntad

12. Sobre éste laudo resultan de especial interés los comentarios de Ives Fortier, *The Never Ending Struggle Between Arbitrators and Judge in International Commercial Arbitration*, publicado en *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21. Century*, Edited by Robert Briner, L. Yves Fortier, Klaus Peter and Jens Bredow, 2001.

13. *Ibid.* P. 178-179.

14. Sobre el particular pueden consultar los comentarios de Figueroa Valdés, Juan Eduardo, en *The Principle of Kompetenz.Kompetenz in International Commercial Arbitration*, ob. Cit. P. 134 y ss.

de las partes, pudiendo en todo caso los tribunales nacionales intervenir en cualquier momento.¹⁵

Por su parte, también existe en algunas otras jurisdicciones un nivel de revisión mixto como es el sistema suizo, que tratándose de casos que cuya sede sea Suiza existe la revisión prima facie por parte de los tribunales estatales; sin embargo, si el arbitraje tiene una sede en el extranjero, la revisión por parte de los tribunales será más profunda.

Ahora bien, en el contexto latinoamericano, resulta de especial interés destacar la moderna Ley del Perú que consagra en forma amplia el principio del Kompetenz-Kompetenz, no sólo facultando al tribunal arbitral a decidir sobre su propia competencia, sino también "incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez e ineficacia al convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, sino que además declara que el tribunal arbitral es "el único competente" para adoptar estas determinaciones", (artículo 41 numeral 1).

Luego, contempla que al declarar que "la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez, unificación contrato que contenga un convenio arbitral no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste", y que "en consecuencia el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral", (artículo 41 numeral 2); luego, cabe destacar los numerales 4 y 5 del mismo artículo en que se establece que los árbitros conservan una jurisdicción primaria sobre la arbitrabilidad y el alcance del acuerdo arbitral, concentrándose el control judicial al final del proceso arbitral, por la vía del recurso de anulación del laudo, con la sola excepción del recurso que la ley autoriza contra la decisión que los árbitros adopten respecto de su propia jurisdicción, admisible no sólo cuando éstos desestiman las objeciones, sino también cuando las amparan.

3.6. Efecto positivo del principio del Kompetenz-Kompetenz

Ello significa que el árbitro tiene el poder inherente para determinar su propia jurisdicción en base al acuerdo de arbitraje; el cual es ampliamente reconocido por las leyes nacionales y convenciones arbitrales al igual que por las instituciones arbitrales.

De ésta forma el efecto positivo del principio del Kompetenz-Kompetenz tiene su origen generalmente en la ley, esto es, en la Ley de Arbitraje aplicable al caso en cuestión.

Sobre el particular cabe tener presente que si no existiere el efecto positivo del principio del Kompetenz-Kompetenz sería muy fácil cualquier maniobra para obstruir el arbitraje.¹⁶

4. Obligación de los jueces de declararse incompetentes: Consecuencia del efecto negativo del Principio del Kompetenz-Kompetenz

Tal como hemos venido explicando, el árbitro goza de una regla de prioridad temporal para resolver las excepciones que sobre su jurisdicción arbitral se planteen, lo que se traduce que el árbitro resuelva las cuestiones sobre su competencia o jurisdicción antes que los tribunales nacionales; ésta regla limita la intervención de los tribunales nacionales a la función de revisión de los laudos. Sin embargo, debemos admitir que en ciertas jurisdicciones nacionales, es usual que se establezca la posibilidad del examen "prima facie" de acuerdo a las particularidades del caso, especialmente si se está frente a un acuerdo arbitral manifiestamente nulo o ineficaz.

Con todo, el reconocimiento del efecto negativo del Kompetenz-Kompetenz es bien diferente según fuere la sede del arbitraje.

En cuanto a las características del efecto negativo del Kompetenz-Kompetenz, tal como explica Emanuel Gaillard, es importante recalcar que no se trata aquí de una regla de litispendencia, mediante la cual se resuelva un conflicto de competencia

15. Sobre el particular puede consultarse especialmente la obra de Park William, W. "An Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction" report presented at 18 th, ICCA Congress, Montreal May-June 2006.

16. Figueroa Valdés, Juan Eduardo, ob. Cit. P. 179 y ss.

entre dos órganos igualmente facultados para conocer de una controversia, sino de una clara regla a favor del árbitro, que tiene prelación y preferencia para determinar su competencia, sin perjuicio de la revisión posterior por parte del órgano jurisdiccional al momento que se solicite la ejecución del laudo o la nulidad del mismo.¹⁷ Existen diversas explicaciones que hacen atendible la gran importancia práctica que reviste el efecto negativo del principio del Kompetenz-Kompetenz, toda vez que previene el uso de tácticas dilatorias de parte que buscan sustraerse de sus obligaciones bajo el convenio arbitral y evitan la multiplicación de tiempo y costos que acarrear procedimientos paralelos sobre la existencia y validez del convenio; así se impide que el árbitro tenga que detener el procedimiento hasta tanto la jurisdicción estatal decida sobre la validez o existencia del convenio arbitral; adicionalmente, al diferir en el tiempo la revisión de las cortes sobre el convenio arbitral, y establecer, como ocurre en ciertos países, un tribunal competente para ello, se centraliza su revisión.¹⁸

4.1. Consagración legislativa

El efecto negativo del principio del Kompetenz-Kompetenz, se encuentra recogido en el artículo 8º número 1 de la Ley Modelo Uncitral, que establece en relación al acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal que:

1. El tribunal al que se somete 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; 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.

Interpretando ésta norma, se ha señalado que de un cuidadoso estudio de la historia de su redacción, debe entenderse que la revisión del convenio arbitral por parte de las cortes debe ser *prima facie*, ya que los redactores suprimieron

una primera propuesta que establecía el control concurrente de las cortes.¹⁹

En cuanto a la consagración legislativa del efecto negativo del principio del Kompetenz-Kompetenz, la nueva Ley de Arbitraje Peruana, es particularmente explícita, en lo que respecta a los límites de la intervención de las autoridades judiciales en el procedimiento arbitral y la independencia del tribunal arbitral, al contemplar en su artículo 3º párrafo 3 lo siguiente:

"[...] El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo", disponiéndose en su párrafo 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."

4.2. Las anti-arbitration injunctions

Una de las formas a través de las cuales se puede interferir judicialmente un proceso arbitral son las conocidas como anti-arbitration injunctions. Las injunctions y en particular las anti-suit injunctions, son herramientas tradicionales del common law, y comparables a las órdenes judiciales del sistema del derecho civil. Las anti-suit injunctions, son, básicamente, acciones judiciales creadas por los tribunales ingleses, originalmente destinadas a requerir a un juez que ordene a la contraparte a abstenerse de iniciar o continuar una demanda ante otro tribunal judicial. A pesar que en la actualidad, en Gran Bretaña, existe una disposición legal que explícitamente se refiere a las injunctions, la facultad de emitir las fue considerada como un poder inherente a sus funciones. Por su parte en Estados Unidos no existe ninguna disposición legal que se refiera a ella, pero es uniformemente admitido como parte del conjunto de atribuciones, (court's general equitable powers) que los jueces tienen sobre las partes sometidas a su jurisdicción.²⁰

En materia de arbitraje, mediante las anti suit-arbitrations injunctions, se busca interrumpir el arbitraje o evitar la ejecución forzada del laudo. A pesar que se reconoce la utilidad en general de las

17. Gaillard Emmanuel, Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional, párrafo 84, La Ley Thomson Reuters, año 2000.

18. Gaillard, Emanuel, América Latina: De la negativa a la competencia, del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia, artículo publicado en la obra Arbitraje Internacional pasado, presente y futuro, libro en homenaje a Bernardo Cremades e Ives Derains, tomo II, año 2013, Editorial Grández Gráficos S.A.C., Perú. P. 849.

19. Gaillard, Emmanuel, ibid. P. 855.

injunctions para evitar abusos de quien demanda ante un tribunal incompetente, ha preocupado a la comunidad jurídica, porque en ocasiones pone en tensión a algunos de los principios del derecho internacional. Al respecto, el Instituto del Derecho Internacional elaboró algunos principios que sirven de ayuda para determinar en qué caso es apropiado el uso de anti-suit injunctions en materia judicial, señalando entre otras cosas que un tribunal podría otorgar un anti-suit injunctions en el supuesto de que verifique un incumplimiento de un acuerdo de jurisdicción o cláusula arbitral, es decir, cuando se trate de una injunctions destinada a apoyar el arbitraje o impedir una obstrucción judicial al establecimiento o continuación de un proceso arbitral.²¹

Sobre el particular, existe un interesante caso conocido como Salini (Etiopía), en que la empresa italiana Salini Costruttori SpA había celebrado con una empresa estatal de Etiopía un contrato para la construcción de un complejo destinado a generar energía hidráulica, el cual contenía una cláusula de arbitraje de la CCI, con sede en Addis Abeba y con aplicación de la ley sustantiva de Etiopía. Designados los árbitros luego de firmada el acta de misión, el tribunal decidió que no resolvería las objeciones de las demandadas a la jurisdicción y que pospondría su decisión hasta el dictado del laudo final. Salini propuso al tribunal que, no obstante ser Addis Abeba la sede formal del arbitraje, las audiencias se llevarán a cabo en París por razones de comodidad. Etiopía se opuso, argumentando que no había motivos valederos para no celebrar las audiencias en Addis Abeba. Etiopía recusó al tribunal arbitral; recusación que fue rechazada por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; Etiopía interpuso un recurso de apelación fundado en el Código Civil Etíope en contra de la resolución de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y pidió que se ordenase a los árbitros abstenerse de continuar tramitando el procedimiento, presentación que fue acogida por la Corte de Apelaciones de Addis Abeba, dictando una injunctions ordenando al tribunal arbitral suspender el procedimiento hasta que recayera una decisión definitiva sobre la apelación deducida por Etiopía. Sin embargo, lo relevante del caso fue que el tribunal arbitral se negó a cumplir la

orden judicial, toda vez que consideró, en primer lugar, que el tribunal arbitral no pertenecía a los órganos judiciales de un Estado y que debía su jurisdicción al acuerdo de la voluntad de las partes y tenía la obligación de respetar, antes que nada, esa voluntad; que el tribunal debía asegurar a las partes que el acuerdo que ellos celebraron, de someter sus controversias a un arbitraje internacional, tuviera efectos, aun cuando ello crease un conflicto con los tribunales de la sede del arbitraje; adicionalmente, argumentó que la obligación de los árbitros, conforme al reglamento de la CCI, es esforzarse por dictar un laudo válido y ejecutable, y que en éste aspecto concluyó que la injunctions ordenada por la Corte estaba basada en una completamente infundada alegación de parcialidad de los árbitros y que ello no debía perjudicar ni la validez, ni la fuerza ejecutoria del laudo a dictarse.²²

En el mismo sentido en un arbitraje comercial de la Corte Comercial de Apelaciones de Buenos Aires en el caso conocido como Compañía General de Combustibles, se validó una inhibitoria (orden de no hacer), en contra de un tribunal arbitral con sede en Dallas, con motivo que el caso tuviera que ser juzgado por los tribunales argentinos. Sin embargo, los árbitros denegaron los efectos extraterritoriales de la orden y rindieron un laudo, que después fue ejecutado en Argentina, visto que la Corte Comercial competente decidió que fue imposible de resolver un conflicto de jurisdicción entre un tribunal argentino y un tribunal arbitral extranjero.²³

Ahora bien, tal como lo señala Roque Caivano,²⁴ tratándose de países que han adoptado legislaciones basadas en la Ley Modelo de Uncitral, y especialmente han plasmado como ley vigente el contenido del artículo 5º de ésta, en general se ha interpretado que tanto la letra como el espíritu de ésta norma prohíben cualquier forma de control o asistencia judicial diferente a las previstas en la propia ley, con lo cual las injunctions dirigidas contra arbitrajes en curso son, claramente, formas de control judicial y que caen dentro de la prohibición general contenida en la norma, y atentan contra uno de los objetivos fundamentales de la Ley Modelo, que fue concentrar el control

20. Caivano, Roque, Control Judicial en el Arbitraje, ob. Cit. P. 159 y ss.

21. Institut de Droit International, "Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux 'anti-suit injunctions': principes directeurs", Sesión de Brujas, del 25 de Agosto al 2 de Septiembre de 2003, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 2003-4. P. 805.

22. Los antecedentes de éste caso se encuentran incorporados en el libro *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, del Editor General Emmanuel Gaillard y *LAI Series on international arbitration* N°2, Editorial JP Juris Publishing, Inc., año 2005. P. 227 y ss.

23. Caso citado en la publicación electrónica *Deforest's Arbitration newsletter*, año 2014, volumen 1. P. 2.

24. Caivano, Roque, Control Judicial en el Arbitraje, ob. Cit. P. 161 y ss.

judicial sobre la legalidad del arbitraje al final del proceso, una vez que el laudo haya sido dictado. Adicionalmente las anti-arbitrations injunctions son incompatibles y violatorias de la Convención de Nueva York dado que las disposiciones contenidas en su artículo II obligan a los Estados partes a reconocer el efecto vinculante de un acuerdo arbitral y a remitir a las partes a arbitraje, salvo que el juez compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable; por otro lado, el artículo 5° de la Convención de Nueva York, sólo permite denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero por las limitadas causales previstas en él, lo que importa es la obligación de reconocer y ejecutar un laudo que no caiga dentro de ellas, y una injunction no haría sino impedir, anticipadamente que se dicte un laudo que bien puede no contener esos defectos.²⁵

Por otro lado, siguiendo a Roque Caivano las anti arbitrations injunctions violan las propias reglas de atribución de competencia judicial, al desconocer el efecto negativo del principio Kompetenz-Kompetenz, que obliga a dar prioridad a los árbitros para conocer los cuestionamientos de su jurisdicción basados en la inexistencia de nulidad del acuerdo arbitral, sin perjuicio del ulterior control judicial que usualmente se reconoce a la decisión de los árbitros; de ésta forma mediante las injunctions se trata de impedir o paralizar un arbitraje, lo que lisa y llanamente violaría el principio Kompetenz-Kompetenz no sólo consagrado en la mayoría de las leyes modernas del arbitrajes sino también en la Convención de Nueva York de 1958.²⁶

4.3. Reconocimiento del efecto negativo del Kompetenz-Kompetenz en jurisprudencia de países latinoamericanos

En general, tal como veremos, en el ámbito latinoamericano el principio Kompetenz-Kompetenz y en particular la regla de prioridad que implica su efecto negativo ha sido recogido en las decisiones judiciales en los distintos países.

En Argentina, la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el caso "Harz Und Derivate c. Akzo Nobel Coating S.A.", resulta

particularmente relevante dada la ausencia de consagración en la normativa argentina del principio Kompetenz-Kompetenz.

En éste caso el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires se declaró competente para conocer de una demanda de arbitraje, estableciendo que al no haberse pactado que el arbitraje debía ser de derecho, este podía ser resuelto en equidad en base a lo establecido en el Reglamento de la Bolsa. La Cámara Nacional de Apelaciones rechazó el recurso interpuesto sobre la base de considerar que conforme al artículo 24 del Reglamento de la Bolsa los laudos de amigables componedores no son susceptibles de apelación, por lo que mal podría importarse las disposiciones de la Ley Modelo a fin de consagrar la posibilidad de un recurso directo contra la decisión de competencia del tribunal, modificando el régimen establecido en el Reglamento.²⁷

Por su parte, tratándose de Brasil existen dos interesantes pronunciamientos en ésta materia. En el primer caso la Corte Suprema reconoció la potestad exclusiva del tribunal arbitral para analizar la validez y efectos de la cláusula arbitral al revocar en instancia de apelación del decisión de una corte distrital, que, a petición de Latcem puso fin al arbitraje, reconociéndose el efecto negativo del Kompetenz-Kompetenz señalándose que impide al Poder Judicial apreciar, con anterioridad a los árbitros, las cuestiones sometidas al arbitraje, debiendo remitir a las partes al juicio arbitral.²⁸

En el mismo sentido de manera reciente la Corte de Apelaciones de Río Grande do Sul, al conocer de la apelación en contra una decisión judicial que ordenaba la suspensión de un procedimiento arbitral en curso, sostuvo que existe legislación específica que gobierna el arbitraje en Brasil y que prevee que la cuestión concerniente a la validez de la cláusula compromisoria debe ser resuelta en el ámbito del arbitraje mismo, citando al efecto el artículo 8° de la Ley N° 9.307/1996, con lo cual la decisión reconoce tanto la competencia de los árbitros para evaluar la validez de la cláusula arbitral, como la regla de prioridad y lo que el principio de Kompetenz-Kompetenz implica.²⁹

25. Shwabel Stephen, Anti-Suit Injunctions in International Arbitration an Overview, artículo publicado en el libro Anti-Suit Injunctions in International Arbitration, ob. Cit. P. 5 y ss.

26. Caivano Roque, Control Judicial en el Arbitraje, ob. Cit. P. 164 y ss.

27. Sobre el particular se puede ver Cesar Rivera, Julio, Comentario a la Jurisprudencia Argentina en materia de Arbitraje Comercial, Tercera Revista de Arbitraje Comercial e de Inversiones, año 2010. P. 927 y ss.

28. Causa Companhia Nacional de Cimentos Portland c. Latcem S/A, CP Cimentos e Participações S.A., Tribunal de Justiça do Estado, 18 septiembre de 2007.

29. Causa Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A c. DAIBY S/A AS, citado en el artículo Gaillard Emmanuel, América Latina de la Negativa de la Competencia del Tribunal Arbitral al Efecto Negativo del principio de competencia-competencia, ob cit. P. 870.

Por su parte, en Colombia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Colombia se pronunció sobre el efecto negativo del principio de Kompetenz-Kompetenz, respecto al recurso de anulación del laudo dictado por un tribunal arbitral administrado por el Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Bogotá, planteado sobre la base que el tribunal se habría declarado competente para conocer de una controversia no sometida a su jurisdicción. El Tribunal Superior analiza los argumentos de la parte que se opone a la anulación del laudo, la cual cita el principio de Kompetenz-Kompetenz y alega que bajo el derecho colombiano la decisión del tribunal arbitral debe ser adoptada por el mismo sin que quepa el recurso de anulación, a fin de sostener que no es dado a la justicia estatal examinar la decisión sobre competencia del tribunal arbitral en una acción de nulidad del laudo. Sobre el efecto negativo del Kompetenz-Kompetenz, el Tribunal Superior de Colombia se refiere a que se trata de una regla de prioridad en favor del tribunal arbitral, lo que no impide que se discuta su competencia con posterioridad ante el tribunal estatal y en ámbito del recurso de anulación.³⁰

Luego, en Perú resulta de especial interés lo resuelto en la causa "Fernando Cantuarias Salaverry c. Corte Superior de Justicia de Lima", en que se refirió expresamente a la protección de la jurisdicción arbitral y al principio de la no interferencia establecido en el inciso segundo del artículo 139 de la Constitución peruana, que faculta a los tribunales arbitrales para desestimar cualquier intervención o injerencia de terceros -incluidas autoridades administrativas y/o judiciales- destinadas a abocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito de la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes. En esta decisión de la Corte Superior de Justicia de Lima se resalta la importancia práctica que reviste el principio de Kompetenz-Kompetenz, a efecto de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal y

desplazar la disputa al terreno judicial.³¹

A su turno, en Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, también se pronunció respecto del efecto negativo del principio de Kompetenz-Kompetenz con ocasión de un recurso de revisión de una decisión adoptada por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo señalando que conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, se reconoce la autonomía del convenio arbitral y del principio de competencia-competencia, y asimismo se reconoce el hecho que el arbitraje postula al principio de cooperación y subsidiaridad de la actividad judicial, no siendo posible admitir una concepción que comporte asumir una visión de incompatibilidad entre jurisdicción y arbitraje, citándose asimismo el artículo II N° 3 de la Convención de Nueva York, en el sentido que reconoce el efecto negativo del Kompetenz-Kompetenz conforme al cual los tribunales no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales.³²

Por último, cabe hacer presente una decisión poco afortunada de la primera sala de la Corte Suprema de México que se pronunció respecto a la competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el párrafo primero del artículo 1.424 del Código de Comercio mexicano.

Esta decisión desconoció el efecto negativo del principio de competencia-competencia, siendo criticada por expertos de la doctrina mexicana, que señalan la premisa errada de la Suprema Corte al asumir que el artículo 1.242 constituye una excepción al artículo 1.432, desconociendo las diferentes funciones de los dos artículos y el hecho que el análisis del poder jurisdiccional del convenio arbitral debe ser meramente sumario.³³

5. Conclusiones

En nuestra opinión, la autonomía de los árbitros y la efectividad del sistema de arbitraje comercial internacional sólo se podrá preservar en la medida que se respeten los mecanismos de protección

30. Sentencia Bancolombia S.A. c. Jaime Gilinski Bacal, citado en el artículo Gaillard Emmanuel, América Latina de la Negativa de la Competencia del Tribunal Arbitral al Efecto Negativo del principio de competencia-competencia, ob cit. P. 871.

31. Esta causa si bien se refiere a la legislación sobre arbitraje anterior a la Ley Peruana de Arbitraje de 2008, es importante recalcar el reconocimiento que hace del principio de Kompetenz-Kompetenz.

32. Sentencia causa Astivenca Astilleros de Venezuela CA c. Oceanlink Offshore III AS, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 3 de Noviembre de 2010, citada por Gaillard Emmanuel, ob cit. P. 873.

33. González de Cossío, Francisco, De Necios y Convencidos, el Debate sobre la Postura Mexicana sobre Quién Decide acerca de la Validez del Acuerdo Arbitral, que puede consultarse en www.gdca.com.mx/PDF/arbitrajes/Debate%20sobre%20Kompetenz.pdf

de dicha autonomía frente a la intervención judicial, de modo que efectivamente las únicas intervenciones del Poder Judicial sean las previstas en la ley; que, igualmente se respete la autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral y el principio del Kompetenz-Kompetenz; como también se respete la obligación de los jueces de declararse incompetentes como manifestación del efecto negativo del principio del Kompetenz-Kompetenz.

El principio general que se traduce en el control judicial ex post radica en que las partes que se someten a arbitraje han querido que sean los árbitros –y no los jueces– quienes diriman sus controversias; la protección de la jurisdicción arbitral y la reducción de las vías que permitan una intervención judicial previa encuentran justificación en la común intención de las partes, para lo cual es menester retrotraerse al momento en que existía una intención común.

Sin embargo, la eficacia del arbitraje exige que se adopten los recaudos necesarios para evitar los recursos dilatorios consistentes en presentar permanentemente a los tribunales judiciales toda clase de cuestiones sobre decisiones procesales de los árbitros, que entorpecen la marcha del procedimiento.³⁴

Los principios de autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral y del Kompetenz-Kompetenz constituyen herramientas pro arbitrajes universalmente reconocidos. La invalidez o nulidad del contrato principal no afecta el acuerdo o convenio arbitral. Si el arbitraje es institucional, la institución arbitral será el primer filtro para examinar "prima facie" los asuntos sobre existencia y validez del convenio arbitral.

Los límites jurisdiccionales del árbitro están dados no sólo por el acuerdo arbitral sino también por el marco jurídico aplicable y por las limitaciones impuestas por el orden público.

Atendido que los principios de autonomía del convenio arbitral y del Kompetenz-Kompetenz derivan no de un tratado internacional sino de la regulación legal de cada país y de las instituciones de arbitraje su aplicación e interpretación

dependerá del lugar sede de arbitraje, lo que lleva a que la forma en que se interpretan difiera de país en país.

Al plantearse la falta de jurisdicción del tribunal arbitral y el árbitro resuelva dicha objeción con carácter previo, en general las legislaciones de cada país consagran un recurso directo e independiente, aunque –usualmente– se dispone que la interposición o sustanciación del recurso no impedirá a los árbitros proseguir las actuaciones y aún dictar un laudo.³⁵ Sin embargo, existen otras legislaciones que establecen que sólo podrá ser impugnada conjuntamente con el laudo sobre el fondo.³⁶

En nuestra opinión, estimamos que es conveniente la solución plasmada en la Ley Modelo de Uncitral, esto es, que exista un recurso directo e inmediato a la justicia ordinaria cuando quiera impugnarse la decisión de un tribunal arbitral, en que rechace la excepción de falta de jurisdicción, pero que no necesariamente suspenda el procedimiento arbitral. Si el recurso es inmediato, pero no suspende el proceso arbitral ni evita el dictado del laudo se logra el objetivo que no se vea entorpecido el procedimiento arbitral.

34. Caivano, Roque, ob. Cit. P. 182.

35. Ley Modelo de Uncitral (artículo 16.3), y legislaciones de Alemania (Código de Procedimiento Civil, artículo 34.III); Chile (Ley de Arbitraje Comercial Internacional, artículo 16.3); Costa Rica (Ley de Métodos Alternativos, artículo 38.3); España (Ley de Arbitraje, artículo 22.3); Malasia (Ley de Arbitraje, artículo 18.3); México (Código de Comercio, artículo 1432) y Paraguay (Ley de Medios de Resolución de Conflictos, artículo 19.3), entre otras.

36. Legislación de Bélgica (Código Judicial, artículo 1697.3); Grecia (Ley de Arbitraje Comercial Internacional 2735/1999, artículo 16.3); Holanda (Código Procesal Civil, artículo 1052.4); Panamá (Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación, artículo 17.2) y Portugal (Ley de Arbitraje 31/86 modificada por dec-ley 38/2003, artículo 21.4)