

Arbitraje.

Nociones generales y naturaleza jurídica.

Evelyn Anahí Zelaya¹

“Si todo el mundo siguiera la misma senda, todos acabaríamos en el mismo lugar; el mundo, perdido el equilibrio, se inclinaría, y todos nos caeríamos al océano”,

Nasreddin Hodja, Sendas Diferentes¹.

1. La vida social y el Derecho

Es frecuente aludir que el derecho es una herramienta creada para mantener la convivencia social y dicha enunciación cobra sentido cuando buscamos su origen.

Así Sócrates y Glaucón en *“República”*² (Platón) para determinar el concepto de justicia y su origen acudieron a la formación de la vida en sociedad, dado que es allí donde pueden encontrarse las respuestas.

Si pensamos en el hombre viviendo aislado, no podría concebirse la existencia de reglas respecto de los bienes que tiene a su alcance y el modo de vivir, más que las que podrían ser auto impuestas. Cualquiera sea la naturaleza del hombre -sea que lo concibamos como naturalmente malo *“el lobo del hombre”* en los términos hobbesianos, o no-, lo cierto es que la vida social da origen al derecho. Esto se afirma por que el conflicto está latente en cada interacción humana, por lo tanto, nace la necesidad de regular dichas interacciones, así como de arribar a una justa composición de intereses en todos los casos en que el conflicto emerge. Lo que se busca en todos los tiempos es hacer justicia: *“est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”*, en español: *“la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”*, según Ulpiano.

¹ Citado en: “MATHEU LÓPEZ, Carlos Alberto, *“Cualidades personales exigidas para el ejercicio de la función arbitral en los países musulmanes”*, Anaquel de Estudios Árabes, Madrid, 2009, vol. 20, pág. 132.-

² Platón, *“República”*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, año 2011.-

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Docente adjunta en la asignatura Introducción a la Filosofía y a las Ciencias Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Doctoranda en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. -

Nótese que frente al conflicto la búsqueda no versa tanto en su erradicación sino en mantenerlo controlado y dirimirlo restableciendo el equilibrio que permite mantener el modelo de “convivencia social pacífica”. El énfasis en este punto es de suma relevancia para dejar sentado desde ya que el foco no puede radicar en la desaparición del conflicto porque este es la contracara de las relaciones humanas.

Por ello, la subsistencia del grupo no depende tanto de la eliminación de los conflictos sino de su capacidad de encontrar los medios para solucionarlos en forma pacífica³. La misión será, entonces, centrarnos en hallar los mejores métodos para su solución.

1.1. El conflicto

Alvarado Velloso explica que cuando un individuo quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas, nos encontramos frente a una **pretensión**.

Si una pretensión no es satisfecha, resulta que a la pretensión se le opone una **resistencia**.

Y al fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia respecto de un mismo bien en el plano de la realidad social se le denomina **conflicto intersubjetivo de intereses**⁴.

1.2. Posibles soluciones al conflicto intersubjetivo de intereses

Existen diversas alternativas para la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses:

1.2.1.- Autodefensa

En este caso la parte afectada no acepta el sacrificio del propio interés y hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación de un daño (por ejemplo: la legítima defensa, en el ámbito Penal, o el derecho de retención, en el derecho civil).

La autodefensa, el uso de la fuerza propia, se presenta como el modo más precario de solución de conflictos y se mantiene hoy siendo legítima en los distintos ordenamientos jurídicos para casos excepcionales.

1.2.2.- Autocomposición

³ CAIVANO, Ro que J., “Arbitraje”, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2000, pág. 21.-

⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, Primera Parte, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1997, pág. 14.-

La autocomposición es la solución del conflicto por las propias partes y puede ser efectivizada de forma directa o indirecta:

1.2.2.1.- *Directa*: en este caso las propias partes llegan a una composición en base a tres posibles soluciones:

- el desistimiento: el pretendiente renuncia al total de su pretensión;
- el allanamiento: el resistente renuncia al total de su resistencia;
- la transacción: ambas partes renuncian simultánea y recíprocamente a parte de sus posiciones encontradas.

En todos estos casos el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva.

1.2.2.2.- *Indirecta*: en este caso un tercero ayuda a resolver el conflicto mediante distintas vías:

-simple intento de acercamiento o amigable composición: el tercero, espontáneamente o a pedido de los interesados, se limita a intentar la conciliación de las partes sin proponer soluciones, las cuales surgen de las propias partes en conflicto.

-mediación: el tercero, a pedido expreso de las partes, asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones que aquellas tienen la libertad para aceptar o rechazar. De arribarse a un acuerdo, la actividad del tercero es un medio para que los contendientes lleguen por sí a una composición de intereses.

1.2.2.3.- Heterocomposición

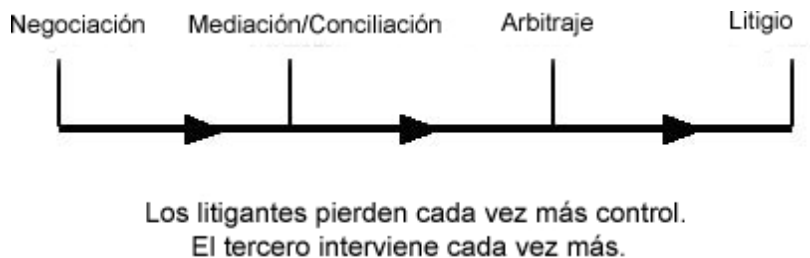
En caso de que las partes en contienda no puedan llegar a un acuerdo mediante las vías anteriores, existen dos alternativas:

1.2.2.3.1. Heterocomposición privada: un tercero, a pedido expreso de las partes, intenta el acercamiento, brinda posibles propuestas de soluciones y, luego de escucharlas en pie de igualdad, emite una decisión que resuelve definitivamente el conflicto, pues las partes se han comprometido previamente a acatarla (lo que comúnmente denominamos “arbitraje”).

1.2.2.3.2.- Heterocomposición pública: en este caso el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él un proceso que termine en sentencia⁵.

⁵ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Ob. Cit., págs. 17/18.-

Entonces, frente a un conflicto que no puede ser resuelto por las partes mediante la autocomposición surge la necesidad de la heterocomposición pública o privada, a través de un tercero imparcial que dirima la contienda.



Actualmente, las dificultades que enfrenta el justiciable para acceder al sistema jurisdiccional clásico ha motivado la utilización de los métodos de autocomposición indirecta (frecuentemente a la mediación) o el arbitraje, no por ser un sistema novedoso, ya que son la génesis del sistema judicial, sino porque los resultados de su aplicación muchas veces no cumplen las expectativas de la sociedad.

En efecto, el proceso judicial promete resolver un conflicto en años, pero dudosamente en forma pacífica. El conflicto muchas veces termina tal como empezó y el fallo (su solución) genera más conflicto: recursos, notificaciones, ejecución, cobro, aportes y costos profesionales y un sinfín de cuestiones que agobian a las partes y representantes legales para llegar a algo tan simple como la composición de intereses.

No podemos olvidar la frase que CARNELUTTI proclamaba en su libro sobre las miserias del proceso penal: *«desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes... la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura»*⁶.

Voltaire ha hecho el mejor resumen: *“La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que haya visto jamás está en Holanda. Cuando dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro, son obligados a ir ante el tribunal de los jueces conciliadores, llamados hacedores de paz. Si las partes llegan con un abogado y un procurador, se hace pronto retirar a estos últimos como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: sois unos locos por querer*

⁶ DORADO PICON, Antonio, *“El arbitraje y la mediación en España”*, Revista Jurídica de Castilla y León *“Arbitraje y Mediación”*, Número 29. Enero de 2013, ISSN: 2254-3805, pág. 4.-

gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos a arreglarnos sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobrado fuerte en esos litigios, se aplaza para otro día a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; en seguida los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera; si su locura es incurable, se les permite litigar, como se abandona a la amputación de los cirujanos los miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra”⁷.

Debe aclararse que el esbozo de estas ideas no implica plantear a los métodos alternativos de resolución de controversias en contradicción con el sistema judicial, ni menoscabar su labor. Sino dejar planteada la necesidad de convivencia entre ambos y comenzar a producir el cambio que lleve a dar a cada caso el método de solución más apropiado para arribar a la justa composición.

Y, al decir de Roque Caivano, el arbitraje debe independizarse de la crisis del sistema judicial, no ser visto como un mal necesario sino como una fórmula digna de ser considerada a la hora de escoger la manera de dirimir una contienda, independientemente de cómo funcione el Poder Judicial⁸.

2. El arbitraje

En términos generales puede decirse que el arbitraje es un método de resolución de conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces⁹. Como se indicó precedentemente, los términos de Alvarado Velloso, el arbitraje es un modo de heterocomponer en forma privada un conflicto¹⁰.



2.1. Definiciones de arbitraje:

⁷ Citado en: <http://metodosderesoluciondeconflictos05.blogspot.com/2016/03/reflexion-voltaire.html>. Consultado el 23/07/2019.-

⁸ CAIVANO, Roque J., Op. Cit., pág. 41.-

⁹ Ibidem, pág. 47.-

¹⁰ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Introducción al Estudio del Derecho Procesal", Segunda Parte, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1997, pág. 66.-

Según el Diccionario de la Real Academia Española, *definir* es “ *fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa*”¹¹.

Delimitar el concepto de arbitraje no es labor sencilla e incluso, gran parte de la doctrina resta utilidad a su definición, limitándose a mencionar sus características más destacadas.

No obstante, haremos un repaso sobre las distintas definiciones ofrecidas para luego analizar los rasgos comunes en todas ellas por hacer a la esencia del arbitraje:

- En un fallo de la Cámara Nacional Civil Argentina se lo ha definido como “*un sustituto de la jurisdicción, en cuya virtud los árbitros tiene la atribución de sustanciar y decidir contiendas no exclusivamente reservadas al Poder Judicial, por un procedimiento en el que prevalece la libertad de formas y que reviste carácter obligatorio cuando las partes lo han convenido por medio de una cláusula compromisoria*” (CNCivil, Sala G. 14/8/90, LL, 1990- E-148, y ED, 141-121)¹².
- Otra parte de la doctrina lo ha definido como: “*una institución jurídica heterocompositiva, en virtud de la cual una tercera persona, objetiva e imparcial, nombrada por las partes mediante convenio, resuelve con base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia*”¹³.
- Según RAMOS MÉNDEZ el arbitraje “*es la resolución de una cuestión o disceptación entre partes por medio de un tercero. Donde este tercero asume el papel de juez y resuelve con su juicio el problema que previamente le han sometido las partes de mutuo acuerdo*”¹⁴.

¹¹ Diccionario de la Real Academia Española, Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=C2rVUUUs>, Consultado el 25/07/2019.-

¹² CAIVANO, Roque J., Ob. Cit., pág. 49.-

¹³ MATHEU LÓPEZ, Carlos Alberto, “*Introducción al Derecho de Arbitraje Peruano*” en Universitas, Nº 106, Bogotá, 2003, pág. 150. Citando a MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M.; GÓMEZ COLOMER, J.L., Derecho jurisdiccional, vol. II, Bosch, Barcelona, 1995, pág. 843.-

¹⁴ Ibidem, pág. 150. Citando a RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, Enjuiciamiento civil, vol. II, José MARÍABosch editor, Barcelona, 1997, pág. 1118.-

- Para el autor francés Jean Robert es *“la constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias, de la misión de juzgar”*¹⁵.
- Charles Jarrosson define al arbitraje como *“una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos”*¹⁶.
- Verónica Sandler Obregón indica que: *“El arbitraje es un método de resolución de disputas, en el cual las partes optan por dejar de lado la justicia local, es decir, los tribunales nacionales. El arbitraje implica una delegación de justicia, del ámbito público al privado. Justamente, son las partes quienes confieren a un particular de su rol de juzgador privado para resolver su disputa, de manera definitiva y obligatoria”*¹⁷.

Al analizar las múltiples definiciones del arbitraje vemos que es difícil hallar una que cubra todos sus aspectos, por lo que adherimos a la opinión de los doctrinarios que indican no es una institución a cuyo estudio se pueda ingresar utilizando como base firme el apoyo de una definición¹⁸. No obstante, como indicamos al inicio de este punto, veamos los caracteres comunes a todas las definiciones:

→ Es un método o sistema de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos

→ Por intermedio de un tercero, sea órgano unipersonal o colegiado, objetivo e imparcial que no reviste la calidad de juez estatal

→ A través de un laudo con fuerza vinculante

¹⁵ CAIVANO, Roque J., Op. Cit., pág. 49

¹⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *“Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora”*, pág. 3. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/298140612/GONZALEZ-de-COSSIO-sobre-La-Naturaleza-Juridica-Del-Arbitraje>. Consultado el: 25/07/2019.-

¹⁷ SANDLER OBREGÓN, Verónica, *“¿Por qué es recomendable practicar el arbitraje? 7 maravillosas razones”*, Revista Argentina de Arbitraje, N° 3, Mayo de 2019, 22-05-2019- Lejister. Com, IJ-DCCXL-535.-¹⁸ MATHEU LÓPEZ, Carlos Alberto, Op. Cit., pág. 151.-

→ En el que juega un importante papel la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto

Las partes podrán acceder al arbitraje por distintas vías, por ejemplo:

- (i) a través de una cláusula arbitral, que las partes incluyen en el contrato objeto de la disputa en el momento de su firma;
- (ii) mediante un compromiso arbitral, un acuerdo entre las partes sobre la común intención de resolver el conflicto ya existente mediante el arbitraje;
- (iii) mediante su inclusión como método de resolución de controversias en tratados Bilaterales o multilaterales. Es el caso típico del arbitraje de inversiones, en la que el demandante es una persona física o jurídica que hace una reclamación a un Estado diferente a su Estado de origen – por ejemplo, un inversor italiano en Argentina. En esta situación no es necesario que en el contrato entre el inversor y el Estado de inversión haya una cláusula arbitral, o que las partes se pongan de acuerdo acerca de un compromiso arbitral. Para que el inversor pueda acceder al arbitraje es suficiente que en el tratado entre el Estado de origen del inversor y el Estado receptor de la inversión se establezca el arbitraje como método de solución de controversias.

2.2.-Observaciones al arbitraje como método de resolución de controversias

El Dr. Julio César Rivera nos enseña las observaciones más frecuentes que se han realizado al arbitraje¹⁹, nos limitaremos a señalar algunas para contrarrestarlas, posteriormente, con sus ventajas:

- El arbitraje es una “privatización” de la justicia;
- El arbitraje es una “moda”;
- El arbitraje es un medio de opresión de las grandes empresas sobre las empresas de los países emergentes;
- Los árbitros no son realmente independientes de las partes;
- La confidencialidad atenta contra la transparencia del sistema y crea dificultades para conocer la “jurisprudencia”;

¹⁹ RIVERA, Julio Cesar (H), “Arbitraje y poder judicial”, disponible en: https://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_arbitraje_y_poder_judicial2.pdf. Consultado el 25/07/2019.-

- En el arbitraje doméstico no hay razones que justifiquen reemplazar al juez por un tercero e implica desconfianza en los jueces;
- No siempre el procedimiento es tan barato ni simple.

2.3.- Ventajas del arbitraje cómo método de resolución de controversias:

Frente a las observaciones o críticas debemos señalar, como contrapartida, los beneficios reconocidos al arbitraje doméstico, señalados por la Dra. Sandler Obregón²⁰:

(i). Rapidez y Economía

La utilización del arbitraje como medio de resolución de disputas, en general, ha demostrado que posibilita arribar a una solución definitiva del conflicto y en un corto plazo. El procedimiento es más ágil y flexible que el judicial, lo cual permite una utilización más eficaz de los recursos.

Respecto a la economía, como vimos en las observaciones realizadas al sistema, usualmente se señala que recurrir a arbitraje no es tan económico o, incluso, que es más oneroso que el proceso judicial. No obstante, en la mayoría de los casos esta aproximación es engañosa, por cuanto debe compararse el costo de tramitación del arbitraje con el costo que comporta el desarrollo completo del proceso judicial en todas sus fases, hasta la sentencia firme.

La rapidez que ofrece el arbitraje y la fuerza vinculante de sus decisiones conllevan una reducción en los costos (¿no es el tiempo dinero?).

Asimismo, usualmente el arbitraje permite tener una visión anticipada de los costos del procedimiento, más en caso de arbitrajes administrados por una institución con tablas de honorarios y costos prefijados, generalmente vinculados al monto del reclamo.

(ii). Privacidad y confidencialidad del procedimiento

Generalmente, frente al carácter público del proceso judicial, el arbitraje suele ofrecer la privacidad de las actuaciones y la confidencialidad del procedimiento, lo cual ha sido una de las ventajas señaladas desde siempre²¹.

(iii). Especialización de los árbitros

²⁰ SANDLER OBREGÓN, Verónica, Ob. Cit.-

²¹ MERINO MERCHÁN, José F., "Confidencialidad y Arbitraje", Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje., Nº 2, Sección Artículos, Segundo cuatrimestre de 2008, Editorial Wolters Kluwer España, pág. 1.-

Ante la comprensible formación generalista de los magistrados judiciales, es fundamental resaltar que los tribunales arbitrales suelen ser conformados por árbitros especializados en la materia sometida a su consideración, dado que son elegidos por las partes o por la institución arbitral en consideración a las particularidades del caso.

En este punto también es dable destacar la mayor disponibilidad de los árbitros y la celeridad de sus laudos, en contraposición a lo que sucede con los jueces estatales, generalmente colmados de causas.

(iv). Flexibilidad del procedimiento

Otra ventaja de éste método de resolución de controversias es la posibilidad de flexibilizar y adaptar el procedimiento a las necesidades del conflicto y al perfil de los protagonistas.

(v). Proporciona un foro neutral

En el caso de relaciones comerciales internacionales el arbitraje ofrece un atractivo incuestionable porque permite a las partes resolver sus diferencias en un foro neutro, evitando que la disputa se juzgue ante los tribunales nacionales de una de las partes y los posibles problemas a futuro para lograr la pronta y efectiva ejecución de sentencia. Por ello, se suele pactar la celebración de un arbitraje en una sede neutral y el laudo arbitral que se dicte deviene después ejecutable en todos aquellos países que han firmado el Convenio de Nueva York de 1958.

(vi). Inapelabilidad

A diferencia del proceso judicial doméstico, donde el vencido tiene la herramienta de dilatar el cumplimiento de la sentencia recurriendo en varias instancias, en el arbitraje el laudo no puede ser revisado en cuanto a sus méritos. Solo podrá ser solicitada su anulación si se han vulnerado ciertos requisitos esenciales, expresamente establecidos en las leyes de arbitraje.

Debe aclararse en este punto que, frente a la afirmación de que inapelabilidad es una ventaja, los detractores del instituto señalan que es un inconveniente la ausencia de un auténtico recurso de apelación del laudo arbitral, de modo que someter una controversia a arbitraje implica *“jugárselo todo a una sola carta”*²².

²² MUÑOZ SABATÉ, L., *“El arbitraje de apelación”*, Diario La Ley, Nº 7053, 11 Nov.2008, Año XXIX, Ref. D-320, Editorial LA LEY, LA LEY 40385/2008, pág. 1.-

2.4. Consideraciones Generales

Como todo método de resolución de controversias, el arbitraje puede ser sometido a halagos o críticas, no obstante, lo cierto es que en los últimos tiempos ha experimentado una sensible evolución, se ha incrementado su utilización y el conocimiento de esta herramienta fue expandiéndose a los distintos Estados, los cuales, acompañando el proceso, fueron actualizando las normas relativas a arbitraje y estructurando de las diferentes instituciones.

Y, tal como sucede en todo proceso de cambio cultural, el arbitraje sigue enfrentado contratiempos, resistencias y temores por parte de los operadores jurídicos e inclusive los propios árbitros quienes, formados con las ideas de respeto profundo a las normas procesales e inclusive inclinados hacia el formalismo y ritualismo en la práctica litigiosa, se ven abocados a lidiar con una modalidad de resolución de controversias que privilegia ampliamente el contenido sobre la forma, la agilidad y celeridad por sobre el rito y las fórmulas sacramentales²³

No obstante, los abogados tenemos que adaptarnos a las nuevas realidades económicas y tecnológicas que se engloban en la evolución de la sociedad y el arbitraje se presenta como una excelente herramienta de celeridad y eficiencia para resolver las disputas, por lo que merece, al menos, el beneficio de la duda.

2.5- Naturaleza jurídica del arbitraje

Existen diferentes teorías doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje a punto tal que no se ha arribado a un consenso global al respecto, manteniéndose vigente el debate.

Al preguntarnos acerca de la importancia de debatir acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje surgen dos respuestas:

- en primer lugar, es importante el análisis porque la posición que se asuma respecto a su naturaleza jurídica acarrea consecuencias prácticas.
- en segundo lugar, el debate contribuye al conocimiento del arbitraje.

Veremos a continuación las distintas teorías que se han esbozado al respecto.

2.5.1. La teoría contractual

²³ CORONEL JONES, César, "Arbitraje y Procedimiento en Ecuador". Latin Arbitration Law, pág. 37. Disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Arbitraje_y_procedimiento.pdf. Consultado el 29/07/2019.-

Esta teoría postula que el arbitraje tiene naturaleza contractual dado que sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes²⁴. Por tanto, se entiende que el arbitraje nace y se desarrolla a partir del contrato, es hijo del contrato²⁵.

2.5.1.1. Fundamentos

Para afirmar esta postura se basan en los siguientes razonamientos:

(i)- El origen del arbitraje: que es un método de resolución de controversias elegido por las partes de la disputa, atento a que la ley los habilita a realizar dicha elección por tratarse de contiendas sobre derechos disponibles. Por lo que, estiman que el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales privados:

-el acuerdo que somete a las partes al arbitraje;

-y el laudo arbitral: que obliga a las partes de la misma forma que lo haría un contrato y goza de la protección jurídica inherente a éstos²⁶.

(ii)- El arbitraje y la actividad de los árbitros se justifican por cuanto, siendo las cuestiones que se someten a arbitraje originadas en derechos disponibles para las partes, el Estado no puede privarlos de la facultad de elegir el método de resolverlas. Pero la efectividad de la decisión arbitral proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla y no tiene, por ello, las características propias de una sentencia judicial²⁷.

(iii).- El vínculo que se crea entre el árbitro y las partes está basado en la autonomía de la voluntad de que gozan sobre las cuestiones disponibles que tratan de dirimirse²⁸. De hecho, las partes pueden negociar, elegir y fijar diferentes aspectos del procedimiento arbitral: sede, lengua, número de árbitros, etc.

(iv).-Los árbitros no son jueces sino particulares que no revisten la calidad de funcionarios públicos, por lo tanto no administran justicia en nombre del Estado, sino por voluntad de las partes. En otros términos, la función que cumple el árbitro no es jurisdiccional ya que la jurisdicción es una de las formas en que se exterioriza la soberanía del Estado y, siendo esa

²⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Ob. Cit., pág. 14.-

²⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, José Luis, "La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: Riesgos en el camino". FORSETI, Revista de Derecho, Arbitraje Internacional, DERUP Editores, Lima 2014. Disponible en: <http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/la-naturaleza-juridica-del-arbitraje-segun-el-tribunal-constitucional-peruano-riesgos-en-el-camino>. Consultado el 25/07/2019.-

²⁶ CAIVANO, Roque, Ob. Cit., pág. 95.-

²⁷ Ibidem., pág. 95.-

²⁸ Ibidem, pág. 95.-

soberanía un atributo indelegable, el legislador no podría concederle esa función a un particular. El Estado no delega jurisdicción a los árbitros, lo cual se verifica en el sólo hecho de que el árbitro carece de potestad para ejecutar su laudo.²⁹.

Alfredo Bullard declara:

“El arbitraje es, antes que nada, una criatura contractual. En ello la doctrina y la jurisprudencia es virtualmente unánime. Si bien se discute el carácter contractual o jurisdiccional del arbitraje como procedimiento, no se discute que su origen es contractual. La regla general es que no hay arbitraje sin acuerdo. Es decir, no hay arbitraje sin contrato. Para algunos la forma como se ejecuta el contrato se parece a un juicio, a un proceso. De allí derivan una total o parcial naturaleza jurisdiccional, de la que a su vez derivan la justificación de por qué el arbitraje se lleva a cabo a pesar de que pueda existir resistencia de una de las partes. Y deducen de esa situación su naturaleza —total o parcial— procesal-jurisdiccional. Pero finalmente ese proceso no es más que la consecuencia de lo pactado. Por eso creemos que la naturaleza contractual del arbitraje va más allá de su origen y contamina todo su devenir y existencia, incluyendo esos actos que solemos confundir con un juicio, pero que en realidad son meros actos de ejecución contractual.

Cosa muy distinta es el reconocimiento de efectos de cosa juzgada al laudo. Ello no significa que su naturaleza sea jurisdiccional. Las legislaciones suelen reconocer también naturaleza de cosa juzgada a una transacción. Sin embargo, nadie sostiene que la transacción tenga naturaleza jurisdiccional...”

“Decíamos que el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias.³⁰”

2.5.1.2. Consecuencias

²⁹ Ibidem, pág. 95.-

³⁰ BULLARD, Alfredo, “¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”, Revista Internacional de Arbitraje julio - diciembre 2013, págs. 55/57 y 61. Disponible en: <http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>.

Consultado el 29/07/2019.-

Adoptar esta postura implica concebir que, siendo el arbitraje el resultado de la libertad contractual o autonomía de la voluntad de las partes,

-no debe existir control estatal sobre el arbitraje (por medio de los órganos jurisdiccionales)³¹.

-el laudo es ejecutado por los tribunales estatales como si fuera un contrato y no una sentencia.

2.5.1.3. Críticas a esta teoría

Se ha criticado a esta teoría el desconocimiento respecto de que el arbitraje depende del reconocimiento estatal.

Asimismo, se recalca que dicha posición se basa en concepciones inexactas de la jurisdicción, dado que, siendo la función del juzgar de naturaleza pública, esa misma naturaleza se proyecta sobre quienes tienen la responsabilidad de llevarla a cabo, no debiendo hacerse distinciones según sea funcionario público o una persona que carezca de una vinculación jurídica permanente con el Estado. Es decir, no existe razón lógica para considerar que la misma función pueda variar su naturaleza por el solo hecho de que varíe la calidad de la persona que la lleva a cabo³².

No obstante, Caivano, remarca ciertas diferencias entre la jurisdicción judicial y la arbitral, haciendo alusión principalmente a los casos en que el arbitraje es voluntario:

-Los jueces estatales obtienen sus atribuciones del conjunto de normas jurídicas de las que se vale el Estado para organizar las diferentes funciones. En cambio, en el arbitraje, si bien en forma mediata es la ley la que permite la delegación de la función de juzgar en particulares, la fuente inmediata de la jurisdicción de los árbitros es un acuerdo celebrado entre las partes.

-La jurisdicción en los jueces del Estado es permanente, generalmente los ordenamientos jurídicos establecen la inmovilidad en el cargo de los mismos (como sucede en Argentina), en cambio los árbitros adquieren una función limitada tanto en la materia (sus facultades alcanzan exclusivamente a aquellos asuntos para los cuales fueron nombrados) como en el tiempo (emitido el laudo termina su jurisdicción).

-Respecto a la forma en que ejercen la jurisdicción puede señalarse otra diferencia: ante el juez las partes se encuentran constreñidas a la mera invocación del derecho y éste aplicará las que estime

³¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Ob. Cit., págs. 14/15.-

³² CAIVANO, Roque, Ob. Cit., pág. 98.-

pertinentes. Al árbitro las partes pueden imponerle las normas sobre las que ha de apoyar la decisión y en tal caso no puede apartarse de ellas³³.

Finalmente, también se señala que la concepción contractual del arbitraje es útil para iniciar el procedimiento arbitral, sin embargo, una vez comenzado, las partes tienen una autonomía de la voluntad limitada y es el tribunal arbitral quien tiene las facultades para tomar decisiones importantes en el procedimiento³⁴

2.5.2. La teoría jurisdiccional

Esta teoría, también llamada “teoría procesal”, enseña que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, sosteniendo que el estudio de su naturaleza no debe tomar como punto de partida la relación o el contrato existente entre las partes que le da origen, sino más bien la función que los árbitros desarrollan. Los árbitros cuando resuelven una controversia jurídica lo hacen de la misma forma que un juez al dictar sentencia, con efecto de cosa juzgada plena³⁵.

2.5.2.1. Fundamentos

Los fundamentos que se exponen para explicar de esta teoría son los siguientes:

-El arbitraje no depende de la voluntad de las partes, sino de la voluntad del Estado, nace del reconocimiento de éste que les permite a las partes recurrir a este método de resolución sobre determinadas cuestiones disponibles. Sin reconocimiento estatal y sin una adecuada regulación sobre la intervención judicial en el arbitraje, este último no se desenvolvería³⁶.

-el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional ya que el origen de la institución, su existencia, el apoyo estatal y la regulación de los actores principales (árbitros y jueces) es similar, y en ocasiones idéntica³⁷.

-los árbitros ejercen una función jurisdiccional dado que la esencia de la jurisdicción radica en la intervención de un tercero ajeno a las partes, equidistante e imparcial a quien se dota de poder de adjudicar, imponiendo a aquellas una decisión vinculante y obligatoria. Y es el propio Estado, a través de las leyes, quien le otorga esa facultad cuando permite a los particulares recurrir al

³³ Ibidem, pág. 102.-

³⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Op. Cit., pág. 15.-

³⁵ REY VALLEJO, Pablo, “El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización”, 126 Universitas, 199-237 (2013), pág. 204. Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6125/4923>. Consultado el 29/07/2019.-

³⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, José Luis, Ob. Cit.-

³⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Ob. Cit., pág. 14.-

arbitraje en cuestiones que versen sobre materias disponibles. Entonces los árbitros son jueces, pero no sólo porque las partes los hayan nombrado como tales sino porque el Estado ha consentido reconocerles ese carácter³⁸.

-los árbitros pueden ser recusados cuando se presenten dudas sobre su imparcialidad y representan el valor justicia, objetivo al que deben responder de manera prioritaria³⁹.

2.5.2.2. Consecuencias

Consecuentemente, esta teoría postula que es una función del Estado:

-controlar y regular los procesos arbitrales que tengan lugar en su jurisdicción: dado que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida por los tribunales establecidos por el Estado;

-Como consecuencia de ese consentimiento o delegación, los laudos son ejecutables de forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal⁴⁰.

2.5.2.3. Críticas a esta teoría

Se ha indicado que esta teoría no reconoce la autonomía de la voluntad de las partes, que es esencial para el nacimiento de la institución del arbitraje y para la aplicación de muchas de las reglas que requiere para su correcto funcionamiento (por ejemplo, libertad de regulación del procedimiento). Y que es riesgoso que afirmar que el arbitraje depende de manera exclusiva de la voluntad del legislador⁴¹.

También se ha dicho que los seguidores de la teoría incurren en un error al considerar al arbitraje como jurisdicción dado que carece de muchos elementos propios de esta última y, si bien, el arbitraje cuenta con uno de los elementos propios de la jurisdicción como es la cosa juzgada, el árbitro no posee la facultad de ejecutar sus fallos, debiendo acudir necesariamente en estos casos al Poder Judicial. Del mismo modo, tampoco tiene la posibilidad de ejecutar medidas cautelares, razón por la que debe solicitarlas necesariamente al poder judicial⁴².

³⁸ CAIVANO, Roque, Ob. Cit., págs. 96/100.-

³⁹ Ibidem, págs. 96/97.-

⁴⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Ob. Cit., pág. 14.-

⁴¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, José Luis, Ob. Cit..-

⁴² MATHEU LOPEZ, Carlos Alberto, Ob. Cit., pág. 153.-

2.5.3. Teoría ecléctica, intermedia, mixta o híbrida

Ante la aparente oposición entre la teoría contractual y la teoría jurisdiccional, los autores de esta teoría concilian ambas y afirman que el arbitraje tiene una doble naturaleza: el arbitraje es una institución contractual en sus orígenes, y jurisdiccional en sus efectos.

2.5.3.1. Fundamentos:

Conforme a esta postura el arbitraje tiene dos aspectos:

-contractuales: momento de su nacimiento, permitido por la ley a las partes para poner fin a una controversia de derecho;

-jurisdiccionales: en la función que desempeñan los árbitros y en la eficacia que se le otorga al laudo (eficacia ejecutiva y autoridad de cosa juzgada)⁴³. Es decir, una vez nacido el arbitraje, éste se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados por las partes y los terceros como actos de carácter jurisdiccional, de forma tal que lo resuelto por los árbitros tenga la fuerza definitiva de las resoluciones judiciales. El hecho de que los laudos no tengan fuerza ejecutiva no implica invalidar la esencia jurisdiccional de estos actos que permiten al tercero (árbitro) decir el derecho en un asunto sometido a su juicio⁴⁴.

Esta teoría intermedia es atribuida a Sauser-Hall, en su informe del 1952 al Instituto de Derecho Internacional, quien sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma indisoluble. Consiguientemente, afirmaba que el arbitraje no podía apartarse de los sistemas jurídicos, sino que tenía que existir algún derecho que determine la validez del sometimiento a arbitraje y la ejecutabilidad del laudo y, a su vez, reconocía que el arbitraje tenía su origen en un contrato privado y que los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes⁴⁵.

Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze adoptan esta posición rebautizándola como “*teoría realista del arbitraje*” y esgrimen los argumentos por los cuales descartan las teorías extremas:

- los autores que suscriben a la tesis contractual del arbitraje conciben que la jurisdicción es un atributo inherente a la soberanía del Estado, por lo que sólo los tribunales ordinarios tienen poder

⁴³ Ibidem, pág. 153.-

⁴⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y VASQUEZ KUNZE, Ricardo, “*Arbitraje, Naturaleza y definición*”, págs. 282/3. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3068/2915>, consultado el 26/07/2019.-

⁴⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Ob. Cit., pág. 15.-

de imperio. Consecuentemente, en base a la falta de poder de imperio se desconoce otro elemento esencial de la jurisdicción, con el que sí cuentan los árbitros, que es la potestad de decir el derecho. -respecto de quienes adhieren a la tesis jurisdiccional, recalcan que olvidan que el arbitraje es como un proceso porque en él se dirime jurídicamente una controversia, pero *no es* un proceso judicial. Ello implica que carece de los más importantes principios, derechos y garantías de la jurisdicción estatal como la instancia plural, el juez natural, la publicidad en los procesos, entre otros. Por otro lado, dentro de esta postura se omite considerar el aspecto contractual del arbitraje argumentando que es la propia ley la que da existencia a este mecanismo de resolución de controversias. Entonces; ¿qué hay del contrato de arbitraje? Esta interpretación quita todo carácter privado al arbitraje y si se trata de argumentar que todo aquello que la ley autoriza tiene carácter público, por lo que no podría existir como concepto siquiera el derecho privado, ni los contratos, atento a que estos tienen existencia y efectos jurídicos porque la ley así lo establece⁴⁶.

2.5.3.2. Consecuencias

González de Cossío indica que los partidarios de esta postura remarcan que los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero sin basarse en la delegación estatal, es decir, los árbitros realizan un acto jurisdiccional al decidir un conflicto sometido a su conocimiento, sin embargo, carecen de poder judicial estatal. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante el poder público no modifica la naturaleza de la institución, sino que la enriquece volviéndola híbrida.

Asimismo, indica que la teoría mixta o híbrida es la que más adeptos encuentra en el ámbito del arbitraje comercial internacional, considerándose al arbitraje como un sistema de justicia privada creada contractualmente⁴⁷.

2.5.4. Teoría autónoma

La más reciente visión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje es atribuida a Rubellin-Devichi, quien descartó la posibilidad de explicar la naturaleza del arbitraje bajo las teorías precedentemente analizadas y determinó que la misma debía ser determinada analizando las prácticas y objetivos que el arbitraje persigue. Es decir, como teoría autónoma, se analiza el arbitraje *per se*, lo que hace, lo que busca lograr, cómo y por qué funciona en la forma que lo hace.

⁴⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y VASQUEZ KUNZE, Ricardo, Ob. Cit., págs. 279/282.-

⁴⁷ GÓNZALEZ DE COSSÍO, Ob. Cit., págs. 15/16.-

Consecuentemente, determina que el arbitraje tiene un carácter autónomo, que se desenvuelve en un régimen independiente, libre y emancipado de cualquier ordenamiento jurídico”⁴⁸.

2.5.4.1. Fundamentos

-Según González de Cossío, esta teoría autónoma es una versión refinada de la teoría mixta. En otros términos, esta teoría no desconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, sino que cambia el foco de atención: en lugar de dársele el papel que el derecho de la sede del arbitraje puede ejercer y a la autonomía de la voluntad de las partes, se enfoca en el medio legal y empresarial donde las partes acuerdan a participar en el procedimiento arbitral. Las partes buscaron un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, que es lo que se desea evitar⁴⁹.

- De igual manera, se ha dicho que quienes conciben el arbitraje como autónomo, sostienen que el arbitraje se ha desarrollado para ser un sistema no nacional para resolver disputas comerciales. Por lo que, los defensores de esta postura, consideran que el arbitraje puede vivir y desarrollarse sin reconocer importancia a los marcos legales locales⁵⁰.

González del Cossío adhiere a la teoría autónoma, indicando que los criterios y peculiaridades legales y procesales nacionales deben tener poca relevancia, por no decir que deben ser ilimitados. Y recalca que en un medio pluricultural –como son las relaciones jurídicas y comerciales internacionales– querer forzar nociones nacionales tendría como resultado, en el mejor de los casos, problemas, y en el peor, la inexistencia de lazos que rebasen una jurisdicción⁵¹.

2.5.5.- Conclusiones

Como se dijo al inicio, la discusión sobre la naturaleza del arbitraje no solo permite profundizar en su conocimiento, sino que tiene consecuencias prácticas: las respuestas que los practicantes de la materia y las judicaturas locales dan a problemas suscitados con esta materia. Se ha señalado que el apoyo de una postura sobre otra conlleva el reconocimiento (sea implícito o expreso) de

⁴⁸ REY VALLEJOS, Ob. Cit., pág. 207.-

⁴⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Ob. Cit., pág. 16.-

⁵⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, José Luis, Ob. Cit..-

⁵¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Ob. Cit., pág. 21.-

que uno de los diversos elementos del arbitraje tiene más importancia que los otros⁵², lo cual incide, luego, tanto en el proceso regulatorio como en la creación de instrumentos que facilitan las “injerencias” judiciales. Por lo cual, se deduce que una visión más “contractualista” del arbitraje puede determinar unos parámetros de mayor libertad a la hora de definir las formas y el procedimiento, mientras que una visión más “jurisdiccional” normalmente tiende a imponer mayores límites y rigorismos a la hora de implementar soluciones a las problemáticas que se susciten⁵³. No obstante, también se recalca que la visión sobre la naturaleza del arbitraje que predomine en una determinada jurisdicción no es criterio absoluto para determinar sus efectos prácticos, dado que puede verificarse que en Estados que adoptan el mismo criterio respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje (por ejemplo, la teoría jurisdiccional) se adoptan distintas regulaciones en lo que respecta a la misma materia, por ejemplo en cuanto a la mayor o menor libertad que tienen las partes para definir los aspectos particulares del procedimiento arbitral y la procedencia de ciertos controles de índole jurisdiccional.

Por lo tanto, frente a un debate abierto, existe la posibilidad de que cada lector adopte su propia postura.

Bibliografía consultada

-ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *“Introducción al Estudio del Derecho Procesal”*, Primera Parte, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1997.-

-ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *“Introducción al Estudio del Derecho Procesal”*, Segunda Parte, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1997.-

-BULLARD, Alfredo, *“¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación”*, Revista Internacional de Arbitraje julio - diciembre 2013. Disponible en: <http://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2013/11/ALFREDO-BULLARD.pdf>. Consultado el 29/07/2019.-

-CAIVANO, Roque J., *“Arbitraje”*, 2° edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2000.-

⁵² REY VALLEJO, Pablo, Ob. Cit., pág. 203.-

⁵³ Ibidem, pág. 208.-

Arbitraje. Nociones generales y naturaleza jurídica.

-CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y REPETTO, José Luis, *“La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional Peruano: Riesgos en el camino”*. FORSETI, Revista de Derecho, Arbitraje Internacional, DERUP Editores, Lima 2014. Disponible en: <http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/la-naturaleza-juridica-del-arbitraje-segun-el-tribunal-constitucional-peruano-riesgos-en-el-camino>. Consultado el 25/07/2019.-

-CASTILLO FREYRE, Mario y VASQUEZ KUNZE, Ricardo, *“Arbitraje, Naturaleza y definición”*. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3068/2915>, consultado el 26/07/2019.-

-CORONEL JONES, César, *“Arbitraje y Procedimiento en Ecuador”*. Latin Arbitration Law. Disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_11/Arbitraje_y_procedimiento.pdf. Consultado el 29/07/2019.-

-DORADO PICON, Antonio, *“El arbitraje y la mediación en España”*, Revista Jurídica de Castilla y León “Arbitraje y Mediación”, Número 29. Enero de 2013, ISSN: 2254-3805.-

-GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *“Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Homenaje a don Raúl Medina Mora”*, pág. 3. Disponible en: <https://es.scribd.com/document/298140612/GONZALEZ-de-COSSIO-sobre-La-Naturaleza-Juridica-Del-Arbitraje>. Consultado el: 25/07/2019.-

-MATHEU LÓPEZ, Carlos Alberto, *“Cualidades personales exigidas para el ejercicio de la función arbitral en los países musulmanes”*, Anaquel de Estudios Árabes, Madrid, 2009, vol. 20.-

-MATHEU LÓPEZ, Carlos Alberto, *“Introducción al Derecho de Arbitraje Peruano”* en Universitas, Nº 106, Bogotá, 2003.-

-Merino Merchán, José F., *“Confidencialidad y Arbitraje”*, Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje., Nº 2, Sección Artículos, Segundo cuatrimestre de 2008, Editorial Wolters Kluwer España.-

Arbitraje. Nociones generales y naturaleza jurídica.

-MUÑOZ SABATÉ, L., “*El arbitraje de apelación*”, Diario La Ley, N° 7053, 11 Nov. 2008, Año XXIX, Ref. D-320, Editorial LA LEY, LA LEY 40385/2008.-

-REY VALLEJO, Pablo, “*El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización*”, 126 Universitas, 199-237 (2013). Disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6125/4923>. Consultado el 29/07/2019.-

-RIVERA, Julio Cesar (H), “*Arbitraje y poder judicial*”, disponible en: https://www.rivera.com.ar/sites/default/files/rivera_arbitraje_y_poder_judicial2.pdf. Consultado el 25/07/2019.-

-SANDLER OBREGÓN, Verónica, “*¿Por qué es recomendable practicar el arbitraje? 7 maravillosas razones*”, Revista Argentina de Arbitraje, N° 3, Mayo de 2019, 22-05-2019- Lejister. Com, II-DCCXL-535.-