

# UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO AREA DE DERECHO ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

# NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE EN VENEZUELA

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista, en Derecho Procesal

Autor: Maria Eugenia Ojeda Rosado

Asesor: Paolo Longo

# **INDICE GENERAL**

	Pág.
RESUMEN	
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
RESEÑA HISTORICA DEL ARBITRAJE	5
CAPITULO II	
POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL	
ARBITRAJE	13
CAPITULO III	
EL ARBITRAJE SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO	44
CAPITULI IV	
VENTAJAS DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO PARA LA RESOLUCIÓN	N DE
CONTROVERSIAS	57
CONCLUSIONES	64
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	69

# UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO AREA DE DERECHO ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

## APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogado MARIA EUGENIA OJEDA ROSADO, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE EN VENEZUELA; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 28 días del mes de Junio de 2002.

PAOLO LONGO C.L- 7.666.665

# UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO AREA DE DERECHO ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

# NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE EN VENEZUELA

Autor: Maria Eugenia Ojeda Tutor: Paolo Longo

Año: 2002

### RESUMEN

En el presente trabajo se determinó la necesidad de comprender la naturaleza jurídica del arbitraje en Venezuela, asi como entender si el arbitraje es una excepción a la regla de la jurisdicción o si por el contrario es un complemento permitido por el ordenamiento jurídico. De ahí que se analizarán las diferentes concepciones que giran sobre la esencia de esta institución, y de la especial importancia que está adquiriendo como un medio adecuado para la solución de las controversias, tomando para ello como base en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás leves, todo ello en virtud de la crisis. la inaccesibilidad y la lentitud de la cual padece el sistema judicial venezolano. Se plantea una investigación teórica en la que se requiere de métodos cualitativos, los cuales son de tipo documental, constituyéndose de esa manera en una investigación analítica, en la que se procurará explicar la naturaleza jurídica del arbitraje como mecanismo idóneo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes involucradas "ganen" en la medida en que logren satisfacer sus principales intereses. Para ello se contará con una revisión bibliográfica que incluirá las referencias más importantes dentro de la estructura teórica del problema y la utilización de la técnica de análisis de contenido, a través de su codificación, pues permite que lo relevante del contenido del mensaje sea llevado a unidades a través de las cuales se hace susceptible de describir y analizar. La investigación apuntará hacia la comprensión de la esencia del arbitraje como método de solución alterna de conflictos, que puede contribuir a aminorar la sobrecarga de los tribunales naturales, a acelerar la decision en los procesos, y en definitiva, a mejorar el sistema de administración de justicia. La dinámica del mundo contemporáneo y el fenómeno de la globalización, constituyen una realidad que exige, el conocimiento y dominio de medidas y soluciones ágiles y rápidas, a las relaciones jurídicas y comerciales de las cuales Venezuela no puede aislarse.

**Descriptores:** eficiencia, eficacia, menores costos, gerencia, negociación, obietivos y resultados y participación.

## INTRODUCCIÓN

El rápido desenvolvimiento del mundo contemporáneo, en el que los mecanismos tradicionales para el arreglo de diferencias, parecen no ser suficientes, y donde se impone no sólo la necesidad de que las soluciones alcanzadas sean justas, y oportunas; sino que a su vez, proporcionen mayores beneficios a las partes involucradas, ha provocado la renovación y el desarrollo progresivo de algunas instituciones y de una serie de instrumentos dirigidos a solucionar las controversias, a saber: los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre los cuales destaca, el arbitraje como medio que concede a un tercero la solución de las diferencias, teniendo las partes la oportunidad de establecer el procedimiento y las reglas aplicables al mismo.

A través de dichos mecanismos, se busca que las partes no solamente, "ganen" en la medida en que logren satisfacer sus principales intereses sino que además puedan mejorar y mantener las relaciones entre sí, a fin de lograr acuerdos cuya aplicación sea posible en un plazo prudente y que evite daños y perjuicios innecesarios, que deterioren e inclusive, destruyan sus relaciones.

Por otra parte, estos mecanismos alternos de resolución de conflictos adquieren un papel fundamental frente a la crisis que atraviesa la Administración de justicia en Venezuela, problemas como: la inaccesibilidad y lentitud del sistema de justicia, los engorrosos trámites que se originan alrededor de los procesos, la desconfianza en los procedimientos y las dudas sobre la idoneidad de sus resultados contribuyen a la percepción negativa no sólo sobre la Administración de justicia, sino de los sistemas políticos, los cuales, a menudo constituyen un obstáculo frente a la competitividad económica y al mejoramiento de la convivencia social, creando únicamente, inseguridad jurídica.

Desde un primer plano, pareciera que dichos mecanismos entraran en contradicción con la formación del abogado, como litigante y no como un agente negociador, ya que, desde un principio, se entiende a las partes como adversarios y sus conflictos solamente pueden resolverse mediante la aplicación de un procedimiento y normas que determinan quién tiene la razón. Pero, en la actualidad, se exige mayor flexibilidad del Derecho y la adecuación del mismo a las nuevas realidades, para el desenvolvimiento óptimo de las relaciones humanas.

En este sentido, el ordenamiento jurídico venezolano se ha adaptado a dicha corriente, y ha incluido tales mecanismos como parte indispensable en la reforma del sistema judicial, permitiendo a los interesados acudir a vías alternas para resolver sus controversias. Hoy, existen algunos instrumentos legales que recogen estas propuestas: la Ley Orgánica sobre la Justicia de Paz, la Ley de Arbitraje Comercial, y finalmente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la cual los ha incorporado al sistema de administración de justicia y les ha dado carácter constitucional.

Es por ello, que la presenta investigación tiene como propósito: revisar posiciones doctrinales, tanto nacional como extranjera, que permitan conocer la naturaleza jurídica del arbitraje, y profundizar su comprensión, partiendo de su regulación dentro del sistema positivo venezolano. El objetivo especifico es contribuir a la difusión de esta institución, sobre las ventajas que proporciona como mecanismo alternativo de resolución de conflicto. Se aplicó como instrumento de metodología, una investigación monográfica sobre la doctrina nacional y extranjera y textos legales.

Este trabajo esta constituido por cuatro capítulos: Capitulo Primero, integrado por una introducción general sobre el tema y un breve análisis sobre la evolución de dicha institución. Capitulo Segundo, representa un análisis general sobre algunas posiciones doctrinarias tanto nacional como extranjera. Capitulo Tercero, referente al arbitraje de acuerdo con el

ordenamiento jurídico venezolano. Capitulo Cuarto, constituido por las ventajas que representa el arbitraje.

### CAPITULO I

### RESEÑA HISTORICA DEL ARBITRAJE

Históricamente, la actividad jurisdiccional tiene su origen con el nacimiento del Estado. Antes de esto, en las épocas primitivas, cuando la sociedad no se había organizado jurídicamente, y aun no existía ningún ente jurídico por encima de los miembros del grupo social, la solución de los conflictos surgidos entre los seres humanos, quedaba entregada a las fórmulas primarias de arreglo, fundamentadas estas, bien en la conciliación natural, o en la opinión de los mayores de cualquier incipiente grupo, en normas y costumbres comunitarias, o bien entregada a la fuerza privada (autodefensa) de los rivales, imperando el régimen de la venganza privada.

Para Guasp, J (1956), existen dos grandes medios de resolución de conflictos independientes del proceso. El primero, es la autocomposición del conflicto, pues aquí son los mismos interesados los que, por obra de sus propias personas, y sin acudir a nadie más, dirimen el conflicto planteado. El segundo grupo de medios de resolución de conflictos es la heterocomposición del conflicto.

Considera que, en primer lugar, se puede autocomponer un conflicto mediante el sacrificio, que alguna de las partes haga de su posición. Asocia la figura del abandono que hace de su posición alguno de los contendientes, por un lado con el desistimiento del atacante, y por el otro, con el allanamiento del defensor. El segundo medio de autocomposición es aquel en que ninguno de los contendientes abandonan la posición que ocupan en la controversia, sino que la contestación se dirime mediante concesiones que recíprocamente se hacen, se estaría en presencia de la transacción.

En esa búsqueda de la satisfacción del derecho, en la mayoría de los casos, se hacía uso de la violencia, el más fuerte se imponía sobre el más débil, pues aquel tenía siempre la razón. Significa la victoria de la prepotencia sobre la justicia. Al respecto, Devis, E. citado por Hung, F (2001), señala "ante tales hechos caben dos soluciones: o permitir que cada uno persiga su defensa y busque aplicar lo que entienda ser su justicia, personal y directamente; o atribuir al Estado la facultad de dirimir tales controversias" (p. 22).

En este sentido, expone Pesci, citado por Hung, F. (2001), que "la coacción contra la persona que no observa espontáneamente la norma jurídica, es puesta en práctica por el que se dice titular del derecho, o sea por

aquel cuyo beneficio o interés se supone que se ha concretado la voluntad de la ley" (p. 22).

La reunión de un grupo de personas con cierta grado de permanencia hace necesario la existencia de normas que regulen su convivencia y que permitan satisfacer sus propias necesidades con las limitaciones correspondientes. De esta forma comienza a evolucionar la sociedad, y de igual manera van cambiando los mecanismos tradicionales para la satisfacción de los derechos subjetivos, se va reduciendo la autodefensa. Se elimina la posibilidad, o el uso, de que la partes involucradas en el debate jurídico, sean a la vez quienes tengan el poder de decidir directamente el conflicto y aplicar la coacción implícita en la norma que se señala vinculada.

En algunos casos, los conflictos son tan intensos que no permiten que los propios contendientes lleguen al resultado de entendimiento que se desea; y entonces es preciso dar un paso más y pensar en las posibilidades de que el conflicto se resuelva a través de la actuación de un tercero.

Dentro de esta evolución, comienza avizorarse la figura del arbitraje como la fórmula primaria y más sencilla para solucionar los conflictos.

Whiting y otros citado por Gueron, E. (1993), resume lo anteriormente expuesto, y agrega, que algunas comunidades preferían evitar el sistema de tribunales públicos y seguían un procedimiento estándar para el arreglo privado de las disputas, el cual abarcaba hasta cuatro pasos: primero, conversaciones directas entre las partes, en búsqueda de un acuerdo (negociación); al fracasar estas, proseguía la intervención de una persona amiga del agraviado como intermediario (mediación); luego, en caso de no lograr un acuerdo, se acudía al arbitraje de una persona seleccionada de común acuerdo entre las partes; y, si se rechazase su decisión, se consulta con el cabildo para determinar, no los derechos de las partes, sino la razón del fracaso en alcanzar un arreglo pacifico, y en casos extremos se llegaba a acudir a los tribunales públicos.

De esta manera, Aylwin, P. citado por Monroy (1982), expresa:

"después de alguna evolución se empieza a renunciar al derecho de decidir las disputas a mano armada y se las somete, para su fallo, a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad. Ofendido y ofensor recurren ante el individuo designado de común acuerdo para que este regule la "composición" que el segundo deberá pagar al primero; o, en otros casos, ese tercero ofrece a los litigantes su mediación y los exhorta a someterse a un arreglo pacifico" (p. 8).

En este sentido, Calamandrei, citado por Rengel, (1992), afirma que:

"para alcanzar una pacifica solución del conflicto, es necesario sustraerlo a las partes (las cuales, estando ligadas cada una al propio interés, serían incapaces de valorar serenamente las razones de la parte adversa: nemo iudex in re sua) y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que por estar desinteresado, puede ser imparcial" (p. 99).

Para Guasp, J. (1956), el tercero puede resolver un conflicto de dos maneras: bien de manera espontánea o bien de manera provocada. Puede ocurrir, en virtud del fenómeno de la solidaridad social, que alguien a quien nadie llama, no se sienta indiferente frente a un conflicto ajeno y que trate, en la medida de sus posibilidades, de resolverlo como pueda, es la figura del mediador, o el que interpone sus buenos oficios, es desde luego un tercero que acude espontáneamente al conflicto para intentar su resolución.

Pero, el tercero puede intentar lograr ese arreglo de un modo provocado, es decir, cuando es llamado para ello, porque las partes en conflicto, son incapaces para resolver por sí solos las diferencias que los separan, no quieren, sin embargo, cerrar las posibilidades de llegar a una comprensión recíproca y para ello tratan de conseguir la colaboración de aquel tercero.

Cuando las partes en conflicto solicitan la actuación del tercero, reservándose su posterior libertad de acción, es decir, no se compromete a aceptar las proposiciones del tercero, entonces se está en presencia de la conciliación. Por otra parte, cuando las partes acuden a la intervención del

tercero, y se comprometen a aceptar y a quedar ligados por el resultado que ese tercero declare como dirimente entre ellos, entonces se está en presencia del arbitraje.

El conciliador se diferencia del árbitro, precisamente en la eficacia que se atribuye a su decisión. La decisión del conciliador puede ser desconocida jurídicamente por las partes; por el contrario, la decisión del arbitraje, no puede ser desconocida por estas, sino que les ata jurídicamente. Por lo tanto, el arbitraje es un mecanismo de resolución de un conflicto social por obra de un tercero a cuya decisión se someten las partes contendientes.

Este reconciliador o componedor, pudo ser el propio rey o el jefe del grupo, no tiene ninguna jurisdicción obligatoria; sólo interviene en los asuntos que las partes le someten voluntariamente y no puede imponer coactivamente sus decisiones, cuya única fuerza radica en el compromiso contraído por los contendores de acatarlas, cumpliendo el arbitraje su misión social.

Se propone la solución del conflicto en manos de un tercero, ajeno al mismo, en principio fue un particular y luego se le confirió a un órgano determinado, con la finalidad de resolver las controversias, que no es el mismo Estado organizado, sino un órgano suyo con carácter de juez público.

Agrega Calamandrei, citado por Rengel-R (1992):

"En un principio, el Estado se limita a favorecer y a disciplinar el uso del arbitraje, esto es, el uso de someter la decisión de la controversia a un particular de confianza común de los contendientes (árbitros), a cuya decisión las partes se obligan, por contrato, a atenerse. Acaso en los orígenes de todas las civilizaciones, la primera forma de justicia es la arbitral: del arbitraje facultativo, al cual los contendientes recurren solamente si están de acuerdo en preferir la solución arbitral al uso de la fuerza privada, y en el que la decisión del árbitro es obligatoria solo en cuanto es aceptada por las partes, se pasa al arbitraje, en el sentido de que los contendientes están obligados por la autoridad a recurrir a el, y que la obligatoriedad de la decisión se impone también con la fuerza del Estado" (p.100).

Cuando el Derecho recoge esta figura social y da fuerza jurídica, no meramente sociológica, a la decisión del tercero, el mecanismo puramente extrajurídico del arbitraje se convierte en una institución del Derecho y como tal, ocupa su puesto en el panorama general de la jurisprudencia.

Una vez prohibida la defensa privada, se confía al Estado la función de solucionar y decidir conflictos, mediante sus propios órganos, constituyéndose esto en uno de los fines primarios del mismo, pues como dice Couture, E. (1981) sin esa función, el Estado no se concibe como tal. "Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de

la jurisdicción". Nace pues la función jurisdiccional, entendida como el poder de administrar justicia, de decir y aplicar el derecho.

En este sentido, Henríquez, R. (2000), al referirse a los jueces en el derecho romano, afirma que:

"De manera que históricamente, el recurso al juicio arbitral, a fin de dirimir la controversia, ha precedido al advenimiento de la magistratura ordinaria. De hecho, en la antigüedad, el arbitraje representaba la única alternativa frente al uso de las armas para la solución de las controversias. De entonces a acá, el arbitraje ha representado siempre, con mayor o menor fortuna, un proceso opcional, alterno al de los Tribunales del Estado, para la resolución de controversias" (p. 27).

### CAPITULO II

# POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE

Uno de los aspectos más discutidos y aun no resuelto, se refiere a la determinación de la naturaleza jurídica del arbitraje, y esto se debe a que es examinada desde diferentes puntos de vista, a saber: distinción entre una y otra clase de arbitraje; entre los poderes o funciones atribuidas a los árbitros; y en la posibilidad de calificar o no a los árbitros como verdaderos jueces; o en la fuerza propia del laudo o en su homologación, si tiene o no eficacia de sentencia: eficacia de dar fin al conflicto intersubjetivo y declarar en el caso concreto la voluntad de la ley.

En este sentido, la doctrina se divide en varios criterios, en principio, surge la tesis de aquellos que consideran el arbitraje como una actuación de carácter jurisdiccional y, por otra parte, la de aquellos que le atribuyen un carácter meramente contractual.

La importancia de determinar o definirlo, bien dentro del derecho privado o del campo civil, o verlo como una institución jurisdiccional, inmersa en el área del derecho procesal, se acentúa en virtud de la redacción que presenta el articulado de la Ley de arbitraje Comercial cuando señala que el

acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. Crea confusión, el hecho de que sólo por esta mención pudiera ser considerada como expresión de la jurisdicción.

En primer término, se puede partir de la **Teoría Contractual**, representa la concepción privada del arbitraje, se fundamenta en la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje y en la designación de los árbitros.

Monroy, M. (1982) considera al árbitro como mandatario de las partes y que la decisión arbitral no sería propiamente la sentencia, sino la ejecución del mandato por el compromisario.

Satta citado por Baumeister, A (1986) considera que "del mismo modo que las partes pueden transigir la controversia, también pueden ellas comprometerla en árbitros o prorrogarla a jurisdicción extranjera. Ello constituye una manifestación lógica y sobre todo primordial, de la autonomía negocial de las partes" (p. 369).

Más adelante, hace hincapié cuando agrega: "es un error enorme pensar que las partes, a través de esos convenios, donde por supuesto queda a salvo el orden público, usurparían la función propia y exclusiva del Estado, como es la jurisdicción". "Exclusiva del Estado no es la decisión de

las controversias, sino la tutela coactiva de los derechos, que encuentra su condición y su presupuesto en la preventiva decisión de la controversia" (p. 369).

Mattirolo citado por Brice, A (1958) se basa en la circunstancia de que el derecho de comprometer a someter los asuntos a árbitros, es una consecuencia lógica del derecho que tienen los particulares de obligarse y disponer de sus cosas.

Para Rocco citado por Brice, A (1958) el compromiso esencialmente, no es más que una transacción, pero con esta circunstancia: "que la determinación de sus condiciones en vez de ser hecha inmediatamente por las partes, es remitida por estas a uno o varios terceros de su confianza los cuales deben proceder con las normas y en la forma por aquellos establecida" (p. 4).

Redenti citado por Monroy, M. (1982) observa que "la opinión predominante en cuanto al acuerdo fundamental de las partes, sobre el cual se ha fijado la atención de los estudiosos, es que el mismo tiene los caracteres de un contrato según el Código Civil, pero con objeto y contenido procesales" (p. 6).

Para Rubino-Sammartino citado por Rengel-R, A. (1999), la institución arbitral tiene doble alma, por un lado, nace en una convención entre las partes, y por otra, termina con una providencia semejante a una sentencia y fortalecida de ejecutoriedad.

En este sentido, Glück citado por Rengel-R, A. (1999), señala que la constitución de un árbitro tiene lugar por medio de un doble contrato: uno entre las partes que se ponen de acuerdo en proponer la decisión de su controversia jurídica a un tercero y someterse a su decisión, contrato este que se llama compromissum y los árbitros se dicen iudices compromissarii o arbitri compromissarii; y el otro contrato es el concluido entre las partes de un lado y el árbitro del otro, por el cual este se obliga a decidir la cuestión que le ha sido deferida según el acto de compromiso; contrato este que se llama receptum y tiene la naturaleza de un mandato o de una procura.

Para Wach citado por Rengel-R, A (1999), la función del procedimiento arbitral deriva de la voluntad de las partes y no del ordenamiento coactivo, ni de la tutela jurídica; ya que el árbitro no tiene jurisdicción ni imperium. Su misión no es decir el derecho ni ejercer la coertio procesal; ni tiene su sentencia efecto coactivo en el sentido de ejecutabilidad. Su tarea consiste en aplicar el arbitramento del litigio conforme a su libre opinión.

Concluye señalando que el laudo no es una sentencia judicial basada en autoridad de cosa juzgada; carece de ejecutabilidad, que solo puede obtenerla mediante una sentencia ejecutiva.

Puede decirse que el procedimiento arbitral reúne los siguientes criterios: la naturaleza y la fuerza de un acuerdo; el compromiso tiene eficacia solamente entre las personas que lo han celebrado. Y se refiere solamente a la cosa que era litigiosa al momento en que fue concluido, y en torno al cual se comprometió. No se puede por tanto referir a otro que no le sea conexo ni a cosas futuras.

Dentro de esta corriente, se encuentra Chiovenda citado por Rengel-R, A. (1999), quien al referirse al compromiso arbitral, dice que:

"este implica una renuncia al conocimiento de una controversia por obra de la autoridad judicial." Al compromiso – sostiene- la ley le reconoce una relevancia procesal negativa, en cuanto concede a las partes una excepción procesal, porque si una de las partes del compromiso introduce demanda y cita a la otra ante el juez, esta puede impedir el examen del mérito mediante la excepción de compromiso, que no es ni de competencia ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento judicial" (p. 22).

Se trata de una renuncia, más que de una derogación, ya que los tribunales conservan su jurisdicción, independientemente de la voluntad de las partes. El árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni

propia ni delegada; sus facultades derivan de la voluntad de las partes; su decisión (sentencia arbitral o laudo) es irrevocable por voluntad de las partes pero no es ejecutiva. Es el Estado quien hace ejecutivo el laudo mediante un acto del propio órgano jurisdiccional; este acto de jurisdicción respeta la naturaleza privada del laudo en sus orígenes y en su exterioridad, pero asume el contenido como propio fundamento, con lo cual, el laudo hecho ejecutivo es elevado al nivel de acto jurisdiccional.

Dentro de este punto, Baumeister, A. (1997), considera que no se trata de una derogación convencional, sino que se trata de una verdadera renuncia, pues los tribunales conservan su jurisdicción con independencia de la voluntad de las partes.

Carnelutti, citado por Mezgravis (1996), explica que:

"si bien es cierto que el arbitraje difiere del proceso mucho menos que la transacción, pero también es cierto que el arbitraje es un subrogado procesal y el poder que tienen los árbitros no tienen el mismo carácter jurisdiccional que el de los jueces, ni las los tribunales partes pueden sustraer su poder jurisdiccional....los tribunales conservan, en todo momento, su función jurisdiccional bajo los limites atribuidos por la ley, independientemente de las convenciones de las partes, por lo que luce contradictorio hablar en esos supuestos de "falta de jurisdicción del juez" cuando precisamente el órgano jurisdiccional al cual las partes renunciaron la tiene y los árbitros que resuelven la controversia les falta" (p. 382).

Por otra parte, Fenech citado por Fraga, L. (2001), considera que equiparar el arbitraje a un contrato de derecho privado sería incurrir en un error de planteamiento, ya que se acostumbra a explicar la naturaleza del arbitraje atendiendo sobre todo al llamado contrato de compromiso y a la relación existente entre las partes y los árbitros designados, que se perfecciona con la recepción o aceptación de estos, olvidando aspectos tan importantes como el desarrollo de la actividad arbitral, el contenido de ésta o los efectos de la decisión.

Y añade, que para la instalación del procedimiento arbitral es necesario el acuerdo previo de las partes en lo que se ha dado llamar la cláusula compromisoria, cláusula sin la cual ni siquiera un juez podría obligar a los contendientes a seguir este procedimiento. Reconoce que todo el procedimiento arbitral debería regirse exclusivamente por estipulaciones contractuales de las partes.

Al examinar este punto, Devis, H. citado por Bonnemaison (1999), parte de la idea de que la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral derogan la competencia del juez, pero no su jurisdicción. La derogatoria de competencia se produce desde que se pacta la cláusula compromisoria, o desde la celebración del compromiso arbitral si no se ha iniciado el juicio, y

en caso contrario, desde que el tribunal arbitral solicite del juez la entrega del expediente.

Mezgravis, citado por Rengel-R, A (1999), señala que la existencia de una cláusula compromisoria impide a los tribunales de la república conocer de la controversia. La finalidad inmediata del acuerdo arbitral es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de un determinado asunto; y su finalidad mediata esta dirigida a obtener la resolución de una controversia con los mismos efectos de una sentencia firme: cosa juzgada y ejecutoriedad.

Calamandrei citado por Mezgravis, (1996) señala que es indiscutible que el compromiso arbitral tiende a hacer valer, más que un conflicto de jurisdicción o de incompetencia de los órganos judiciales, una especie de procedimiento distinto que no excluye la jurisdicción ni la competencia de los Tribunales, sino que las desplaza y la concentra en la fase final, dejándolas integras en cuanto a los eventuales juicios de impugnación.

Desde otro punto de vista, pero sin alejarse de la concepción privatistica, Hung, F. (2001), explica que si se parte de la concepción dogmática de que el poder jurisdiccional corresponde de forma exclusiva y excluyente a los órganos oficiales que integran el aparato estatal y de allí se

pasa a la premisa de que la sentencia, con su efecto de cosa juzgada, es la finalidad propia de la función jurisdiccional, será obligado concluir que los árbitros no son funcionarios del Estado y no tienen jurisdicción ni propia ni delegada; y, en consecuencia, no actúan la Ley y sus decisiones no son ejecutivas, tal como lo expone Chiovenda; o no tienen efecto coactivo en el sentido de ejecutabilidad y no son sentencias según Wach.

Rocco, citado por Brice, A (1958), cuestiona que un asunto jurídico privado, como el que se perfecciona con la aceptación de los árbitros, pueda dar lugar a relaciones de derecho público, "así pues el hecho jurídico, al que el derecho objetivo relaciona el nacimiento de un vinculo jurídico, es una declaración privada de voluntad, la relación no puede ser sino privada; y si, por el contrario, la relación jurídica de que se trata, es una relación de derecho público, esto significa que el hecho jurídico de que nace es un hecho jurídico público" (p. 4).

Considera, en síntesis, que en efecto, es la naturaleza de la relación, la que califica el hecho jurídico de que se deriva; "la verdad es, que así como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función. Así son de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes, y del mismo modo lo es el laudo que dictan" (p. 4).

A manera de conclusión, para los autores de la tesis Contractualista, el arbitraje se sitúa necesariamente en el ámbito del derecho privado; pues si quien nombra a los árbitros y determina los limites de su oficio, no obra en interés público, es decir, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, lógicamente se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas; así como es privado el negocio del que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, las relaciones jurídicas que se engendran entre ellos y las partes, y el laudo que de ellos emana.

Según Fairen, son los interesados los que lo hacen nacer, determinan su extensión, fijan un plazo, concluyendo que es la voluntad de las partes, la que da origen y término al árbitro y al arbitraje.

Herce Q, citado por Fraga, L. (2001), defiende la naturaleza privada del arbitraje, considera que este no es un proceso, aunque cumpla una finalidad análoga al mismo, ni siquiera un procedimiento judicial, ya que en él no interviene un juez propiamente dicho, sino un procedimiento privado sustituto del proceso civil. La fuerza vinculante del laudo arranca de la voluntad misma de los interesados al someterse previamente a la decisión de los árbitros y aunque en nuestro derecho, se equipara la eficacia del laudo arbitral a la sentencia, teniendo fuerza ejecutiva sin necesidad de

homologación judicial, no se trata de un acto procesal sino de un acto privado.

El procedimiento arbitral no es un ordenamiento coactivo, ni de tutela jurídica. El árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada, sus facultades derivan de la voluntad de las partes; su decisión es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva.

En contraposición surge la **Teoría Jurisdiccional**, expresa que el arbitraje tiene el carácter de juicio y por ende tiene naturaleza jurisdiccional. Estas teorías oscilan entre la equiparación absoluta del árbitro al juez, hasta el reconocimiento como fallo judicial del laudo emitido por los árbitros.

Duque, J. citado por Bonnemaison (1999), afirma que es la ley y no las partes, la que inviste a los árbitros designados por aquellas de la facultad de dictar sentencia, que es administrar justicia como acto de soberanía.

Serra D. citado por Fraga, L. (2001), considera que el laudo arbitral es el resultado de una actividad jurisdiccional y, en tal sentido, consecuente con el concepto de jurisdicción que propugna – la jurisdicción es anterior a la legislación y, por tanto, independiente de la atribución por parte del Estado a unos órganos determinados – considera que el órgano que ejerce la

actividad jurisdiccional es irrelevante; lo importante es la función y los efectos de esta.

Se argumenta a favor de la jurisdiccionalidad del arbitraje, que la decisión arbitral muestra todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad y que si bien es cierto que los árbitros no ejercen *potestas*, sí gozan de *autorictas*.

Fenech citado por Fraga, L. (2001), resalta la similitud entre la función de los árbitros y la del juez, entre el laudo y la sentencia concluyendo que la fuerza de la sentencia arbitral, pone de manifiesto que "el poder de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, sólo puede venirles a los árbitros del Estado" (p. 57)

Esta corriente afirma que si bien es cierto que el árbitro deriva su poder del compromiso de las partes en lo que pudiera asimilarse al mandatario, sin embargo desempeña su función como juez y como tal es independiente y autónomo, sólo tiene en cuenta los intereses de la justicia y dicta su fallo en derecho o en equidad, pero en forma independiente y sin otras consideraciones que su conciencia y la ley. Desempeñan los árbitros una función jurisdiccional y sus resoluciones tiene el carácter de verdaderas sentencias.

Calamandrei, citado por Bonnemaison (1999), considera que:

"el compromiso arbitral no transfiere la jurisdicción de los órganos judiciales a los árbitros, ni hace que pase estos la competencia, puesto que sólo produce "una limitación del trabajo preparatorio de cognición que normalmente cumplen por si los órganos jurisdiccionales" (p. 87).

Bonnemaison (1999), considera que en el arbitraje hay efectivamente, un proceso jurisdiccional, pues a pesar de que los árbitros son particulares y no funcionarios del Estado, quedan investidos transitoriamente de jurisdicción, desde el momento de la aceptación del cargo hasta el fin del arbitraje. En virtud del acuerdo arbitral, se produce un desplazamiento de la jurisdicción y la competencia en cada caso, del juez al árbitro.

Mortara citado por Brice, A (1958), considera que los árbitros son jueces no sólo por la voluntad de las partes, sino porque ese carácter se los ha conferido el Estado; añade que la relación jurídica surgida del pacto compromisorio, tiene dos fases: 1.- la que se desarrolla en la órbita de simples relaciones privadas y 2.- la que se desenvuelve en una esfera de derecho público.

Continúa Mortara, diciendo que la segunda fase viene a perfeccionar la primera, confiriéndole a los árbitros la potestad jurisdiccional: es una concesión de la facultad jurisdiccional otorgada por el Estado encaminada a perfeccionar la relación privada; estas dos fases están conexas entre sí; si se contempla el desenvolvimiento completo del juicio arbitral regularmente instituido y consumado con el laudo y la consiguiente ejecutoria; y considera que hay pues, una relación de derecho privado entre las partes y los árbitros, que sustancialmente es una relación de mandato, cuya ejecución es transportada por el Estado fuera del campo del derecho privado al derecho público, mediante la concesión a los árbitros, así nombrado, de la función jurisdiccional.

Brice, A (1958), considera que, el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional. La cuestión esta en el momento del proceso que se tome en cuenta para estimar la naturaleza jurídica, porque, no hay duda de que el proceso arbitral tiene dos etapas: la relativa a la formación del compromiso que habrá de darle nacimiento al juicio o proceso y la de este.

Cuando los interesados celebran el compromiso, llevan a cabo un contrato, por lo que todo lo pertinente al arbitramento en ese estado de la cuestión, es de carácter contractual; en cambio, el nombramiento de los árbitros y la función de estos, es de carácter jurisdiccional, porque se encaminan a la realización de actos procesales que corresponden exclusivamente al poder judicial, en razón de que tienen por finalidad

administrar justicia, lo que es de la competencia del Estado, por ser uno de sus atributos esenciales. Nada importa que el nombramiento de los árbitros se efectué por las partes, porque la facultad de nombrar los jueces, puede ser delegable, el oficio jurisdiccional conferido a los árbitros lo ha sido por el beneplácito del Estado, porque esta concesión esta ligada a la voluntad privada y por lo tanto, deriva de ella, porque el nombramiento de los árbitros al efectuarse en virtud de la voluntad del Estado manifestado por medio de disposiciones legales al efecto, es propiamente un nombramiento efectuado por su mandato y, por lo tanto, por el Estado mismo.

No podría decirse que la naturaleza de la función arbitral es privada sólo porque emana de una declaración privada, puesto realmente no es de la voluntad privada de las partes que nace esa función, sino de la propia voluntad del Estado manifestada en la forma legal. La función jurisdiccional de los árbitros se pone de manifiesto, con mayor razón en nuestro derecho si se recuerda que el C.P.C establece la institución de los jueces asociados, que también son nombrados por las partes para dictar la sentencia definitiva.

Por ultimo, como es tradición en la ciencia del derecho, existe una Teoría ecléctica, intermedia entre ambas doctrinas; aquellos para quienes no existe duda de que el arbitraje surge de la voluntad de las partes que se someten a él, de allí su carácter contractual. Pero, una vez que surge el conflicto y se desencadena el mecanismo arbitral para solucionar las divergencias de las partes, ya no se está en presencia de la ejecución de un contrato, sino ante un verdadero subrogado procesal (utilizando la expresión del maestro Carnelutti) muy similar al proceso y que culmina con una decisión vinculante con fuerza de cosa juzgada, lo que sin duda representa una manifestación clara de la jurisdicción desde el punto de vista material pues se habrá aplicado el derecho a un caso concreto y con carácter definitivo, poniéndole fin a un conflicto intersubjetivo de intereses (iurisdictio). El arbitraje nace de un contrato, pero al ponerse en movimiento es jurisdicción (privada).

Por otra parte, la diversidad de teorías demuestra que sus autores no se han fundado en conceptos definidos sobre la materia ni han tomado en cuenta exclusivamente los principios filosóficos que la componen, ya que en sus concepciones han mezclado esos principios con los especiales de la legislación del país a que pertenecen sus autores. En este sentido, no podría calificarse con exactitud la naturaleza jurídica del arbitraje, si se le contempla ya de acuerdo con las disposiciones de determinada legislación o bien, frente a la trayectoria histórica del arbitraje o frente a una concepción científica del mismo.

Seguidamente, Ottolenghi citado por Brice, A (1958), explica el arbitraje desde el punto de vista procesal, pero concebido el proceso con separación de la jurisdicción, entendida ésta como manifestación de la soberanía. En síntesis, el procedimiento arbitral tiene las características de un proceso, pero sin que los árbitros sean funcionarios públicos y sus fallos no son obligatorios mientras no los ratifique el Poder Público.

Agrega, Carnelutti citado por Hung, F (2001), que los particulares no pueden atribuir a los árbitros potestad alguna y que las decisiones de estos, por sí solas, no tienen ninguna eficacia imperativa; eficacia que sólo llegan a adquirir cuando un juez dotado de poder jurisdiccional haya sometido al laudo arbitral a "cierto examen" y haya pronunciado al respecto "cierta providencia".

Castillo, L. procesalista mexicano citado por Brice, A (1958), acierta cuando considera un error que se conceptúa el arbitraje como institución de carácter privado sólo en atención a su origen contractual, porque en realidad, debe tomarse en cuenta la diferencia entre el impulso que le da origen al arbitraje y su fin. "Las partes renuncian en el compromiso, al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial; pero no a la solución justa del conflicto de interés que ella supone. Lo que hacen es sustituir un órgano por otro" (p.6).

Ottolenghi, citado por Brice, A (1958), al referirse a la legislación argentina, señala que el arbitraje es perfectamente jurisdiccional. La opinión de este autor, es conciliadora de las dos grandes teorías, porque considera el arbitraje a modo de "un contrato con características propias, con una regulación exclusiva dentro de los cuerpos legales, de la cual derivarían derechos y obligaciones, que no deberían relacionarse con los que nacen del mandato ni con los que origina la transacción. Considera que el problema estriba en el exclusivismo que ha impulsado a los autores de las dos grandes teorías; porque, para él tanto la teoría publicistica como la privatistica, se refieren a una institución de carácter judicial, "la que el Estado tiene organizada con carácter permanente y la que los ciudadanos todos ofrecen en forma latente."

También se ha discutido mucho el carácter material o procesal de arbitraje para definir su naturaleza jurídica; la primera teoría ve en el arbitraje un instituto enclavado en el terreno jurídico del derecho material o sustantivo y fuera del ámbito del derecho porque es regulado por aquel derecho y de allí que se pretenda incluirle en la categoría de los contratos. La segunda teoría, considera el arbitraje como un instituto perteneciente al derecho procesal; equipara la estructura y función del árbitro a la del juez ordinario y ve en el proceso arbitral, unas partes que controvierten frente a un tercero, un procedimiento que se destina a recoger y encauzar la discusión y una

decisión que le pone término, obligando a los litigantes a estar y pasar por el procedimiento del que resuelve.

Guasp, J (1956), considera que el arbitraje ha sido encuadrado tradicionalmente, como una institución dentro del terreno procesal, porque el proceso trata no solamente de resolver conflictos mediante la decisión de un tercero que es un juez, como representante del poder público, sino satisfacer las pretensiones de un particular.

Agrega Guasp, J (1956), la esencia del proceso está en ser una institución de derecho público, de tal modo que la obra del juez valga jurídicamente como emanación de la soberanía del Estado. Esto quiere decir, simplemente, que la fuerza de obligar que el juez imprime a sus decisiones no la extrae de la voluntad de los sujetos que a él acuden, sino de la voluntad coactiva de todo el ordenamiento jurídico y especialmente, de aquellos órganos públicos que se pronuncian autárquicamente, frente a otros sujetos. La sentencia de un juez no vale porque las partes la consientan a posteriori pero tampoco porque la hayan aceptado a priori: la sentencia de un juez vale en cuanto órgano del poder público que liga al súbdito, con o contra su voluntad. Pero, en el arbitraje, por esencia no ocurre así, si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes han aceptado primeramente esa decisión, así el laudo arbitral es el resultado de la libertad

de los contendientes, no de su sujeción, porque si bien el resultado no es para ellos libre "in effectu", ha sido libre "in causa" y tienen, por lo tanto, fuerza de obligar porque ellos quisieron que se les obligara. (pp. 21-22)

Desde otro punto de vista, cabría la posibilidad de considerar el arbitraje en razón de su función y de su estructura.

En razón de la función que desempeña el arbitraje, se trata de un concierto de voluntades que produce efectos jurídicos, entra el concepto del contrato, siempre que se le de un significado amplio. Según Guasp, J (1956), "duorum vel plurium in idem consensus", es el término propio donde el arbitraje se puede asentar. No hay inconveniente ninguno en hablar del arbitraje como un pacto o como un contrato, específicamente, pertenece a los contratos de solución, o pactos de disolución o de liquidación. Su sede propia será, pues la regulación de los contratos dentro del código civil. Luego, el arbitraje desde el punto de vista de su estructura, encierra dentro de si un procedimiento.

Dentro de esta teoría intermedia se encuentra Carnacini citado por Monroy (1982), para quien frente a la tesis jurisdiccionalista le oponía la objeción de no tomar en cuenta que el laudo sin el crédito de ejecutoriedad no es sentencia, ya que le falta no sólo la eficacia ejecutiva, sino también y

sobre todo la obligatoria, y frente a la tesis privatistica, le reprochaba que no distinguía entre intensidad y naturaleza de la función desplegada por lo árbitros, ya que, si indudablemente el poder de ellos seria menos pleno que el de los jueces ordinarios, como subordinada que estaba la eficacia de laudo a una homologación, en cambio, la naturaleza de la función sería siempre la misma.

Continúa Carnacini citado por Rengel-R, A (1999), señalando que el arbitraje ritual se representa como el instituto en que se concede al particular, en la mayor medida posible, que contribuya con su obra al ejercicio de aquella función que en atención al fin que persigue y al resultado a que lleva, no puede menos que llamarse jurisdiccional. Estos árbitros rituales, se encuentran investidos de funciones jurisdiccionales, por lo que son como sustitutos del juez ordinario, que en el ejercicio y en virtud del poder procedente de la ley y no de la mera voluntad de los particulares, formulan el laudo como acto jurídico de su voluntad, y no como representantes de quien les ha conferido el encargo. (p.29)

Rengel-R, A (1999), al referirse al ordenamiento italiano, explica que en el Código de Procedimiento Italiano de 1940 se ofrece, bajo la categoría genérica de los procedimientos especiales, un equivalente del juicio ordinario, aunque este último conserve una cierta supremacía, no sólo en

cuanto representa la regla, sino sobre todo porque constituye el medio exclusivo, ya para la cognición de las cuestiones que no pueden ser objeto de compromiso arbitral o para la emisión de providencias cautelares, ya para los controles sobre la obra de esos mismos árbitros.

Por otra parte, para Henríquez, R. (2000), institución arbitral es una institución jurídica compuesta, integrada por el acuerdo de arbitraje y por el proceso arbitral. Ambos elementos forman parte de una única realidad jurídica, sin que haya preponderancia de uno sobre el otro. El primer aspecto pone de manifiesto el origen contractualista de las facultades de los árbitros, otorgados por la ley. El segundo se refiere a la jurisdicción ejercida por los árbitros que desarrollan el proceso arbitral, con las características propias de todo proceso.

Para Mortara citado por Rengel-R, A (1999), el tema de la jurisdicción debe relacionarse con el concepto del Estado Moderno; de los fines de su actividad y en particular, de la tutela jurisdiccional de los derechos que ejercita. Analiza por cuanto se trata de órganos esencialmente diversos por su origen, naturaleza y funcionamiento, la capacidad de ejercicio de estos actos jurisdiccionales por los unos y por los otros es una mera creación del derecho positivo, por lo cual, tanto los tribunales arbitrales como los extranjeros, deben ser considerados "órganos impropios de la jurisdicción"

civil ordinaria", pues requieren someter su decisión al examen de ciertas y determinadas formalidades, para ser legitimada y adquirir precisamente aquella fuerza coercitiva.

En esta posición, destaca Carnelutti citado por Rengel-R, A (1999), para quien la cuestión de la naturaleza del arbitraje y del laudo arbitral, supone aclarar las nociones de *potestad jurisdiccional* y del *conferimiento* de esta a los árbitros. Comienza por definir la potestad, en su Teoría general del derecho, como el poder de mandar *super partes*, y como tal, ocupa el escalón más alto del poder, ya que es expresión de soberanía, como lo son, por ejemplo, el poder del juez y el poder del legislador.

Más adelante, al referirse a la potestad jurisdiccional y al conferimiento, se pregunta: ¿de quién y de qué depende la potestad jurisdiccional? y se responde: al igual que la potestad legislativa; esta es conferida por el Estado.

Al estudiar la situación de los árbitros y de la sentencia del juez, extranjero, afirma que ciertamente carecen de jurisdicción; el árbitro es un particular cualquiera, al cual las partes no pueden atribuir potestad alguna, por lo que su decisión, de por si, no tienen ninguna eficacia imperativa; igualmente el juez extranjero, si tiene jurisdicción frente a un estado diverso.

Sin embargo, tanto la decisión del uno como la decisión del otro, pueden adquirir la misma eficacia que la decisión de los jueces dotados de potestad jurisdiccional cuando uno de estos, en los modos prescritos por la ley, la haya sometido a un cierto examen y haya pronunciado respecto de ella una cierta providencia que en cuanto a la decisión del arbitro corresponde al pretor y en cuanto a la decisión del juez extranjero corresponde a la Corte de Apelación.

Afirma Carnelutti que tanto la decisión del árbitro como la del juez extranjero no pueden dejar de proceder de una potestad jurisdiccional cuando despliegan la misma eficacia que las decisiones pronunciadas por un juez provisto de tal potestad, pues la eficacia jurídica del acto supone la existencia del poder o del deber; y por otra parte, la identidad de los efectos supone la identidad de las causas; así, pues, "si estos jueces no tenían la potestad, antes, deben haberla adquirido después por virtud del acto que ha conferido eficacia a su decisión; conferir tal eficacia sin reconocerles a ellos la potestad, sería una contradicción en los términos; y ningún obstáculo lógico se opone a tal deducción, puesto que, naturalmente, al conferimiento de la potestad se le puede atribuir efecto retroactivo, ya que el reconocimiento se define como una condicio iuris de la eficacia de la decisión y con ella de la potestad del juez que la ha pronunciado" (p. 27)

Concluye Carnelutti citado por Henríquez, R (2000), señala que:

"...la jurisdicción arbitral es un híbrido, un centauro jurídico, con cuerpo de contrato y alma de ley; ambos son fuente mediata e inmediata, de la autoridad que vincula a las partes frente a las resultas del laudo. Es tan significativa e importante la naturaleza procesal del arbitraje que prácticamente constituye su esencia, al punto de que la función sustanciadora y decisora de los árbitros (notio, vocatio, iudiciuim) es francamente jurisdiccional. ("seria así una función jurisdiccional cuya raíz genética es contractual o dicho de otro modo, tendría una raíz contractual y un desarrollo jurisdiccional. Se trata en suma de una jurisdicción instituida por medio de un negocio particular" (p. 51).

Para Torrealba, H. (2001), debe distinguirse entre lo que es el acuerdo arbitral de lo que es propiamente el arbitraje como solución del conflicto. Afirma pues que el acuerdo arbitral es de índole contractual. Seguidamente, entra definir el acuerdo como "una convención entre partes por medio de la cual estas deciden extraer del conocimiento y resolución de los tribunales de la jurisdicción ordinaria determinadas controversias que son confiadas a los árbitros." y agrega la necesidad de analizar esta convención según las reglas de derecho común que regulan las relaciones contractuales, a los efectos de determinar la validez de al cláusula compromisoria en arbitraje conforme a la facultad que posee los árbitros sobre este aspecto, según el articulo 7 de la LAC.

En opinión de Badell y otros (1998):

"la solución a tal problema debe encontrarse en el elemento distintivo de la jurisdicción. Si se considera que la función jurisdiccional constituye la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses, necesariamente habrá que concluir que los árbitros, al resolver una controversia, ejercen la función jurisdiccional. Por el contrario, si se postula que la jurisdicción se caracteriza por el carácter ejecutivo de las decisiones que se dicten en el ejercicio de esa función, entonces se concluirá que los árbitros no ejercen tal función" (p.6).

Concluye, señalando, así es innegable que los árbitros resuelven una controversia de derechos e intereses entre dos sujetos, con lo cual ejercerían la función jurisdiccional, pero de *manera limitada*, pues la ejecución de sus decisiones, constituye una potestad exclusiva del Poder Judicial.

Finalmente, Rengel-R, A (1999), al analizar los dos momentos de la función jurisdiccional: conocimiento y la ejecución; y la estructura de la sentencia a través del silogismo judicial, concluye señalando que existe una estrecha relación entre jurisdicción y sentencia; entre una función y el acto propio de la misma. Y agrega " sin la función jurisdiccional, sustitutiva de la autodefensa en el Estado moderno, no puede darse la sentencia; y a la vez, esta no podría existir como acto de tutela jurídica sin el desenvolvimiento de los actos propios de la función jurisdiccional, de los cuales la sentencia es el acto final" (p. 32)

Agrega, Rengel-R, A (1999), que: "esta relación de la jurisdicción con la sentencia, indica que el concepto de aquella función no puede reducirse a la sola fase de la ejecución de la sentencia. Un concepto jurídico de la función

jurisdiccional debe centrarse en su objeto y responder a las preguntas sobre que es ontológicamente la función como se desarrolla, eliminando de su concepto elementos que si bien caracterizan al propio de la función, no contribuyen a la precisión del concepto, sino a la confusión de ideas en esta materia" (p. 33).

La anterior observación viene al caso en referencia a las doctrinas examinadas, que niegan al juicio arbitral carácter jurisdiccional; lo cual, a nuestro parecer, constituye una impropia reducción de la función jurisdiccional a la sola fase de ejecución, con olvido de lo esencial y primario consistente en la declaración de certeza del precepto jurídico individualizado y concreto que se expresa en el acto de la función que se llama sentencia, laudo o decisión; pues el proceso arbitral, como el proceso ordinario, es contencioso, puesto que su fin es la composición de la controversia o litis; puede ser de mera declaración de certeza; o de declaración de certeza constitutiva; o un proceso de condena que da lugar al proceso de ejecución forzada.

Hung, F (2001) estima que la discusión acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje es poco inútil, pues cuando un ordenamiento jurídico positivo admite y regula el arbitraje y reconoce ejecutoriedad a los laudos arbítrales, resulta indudable que dicho ordenamiento ha reconocido a los tribunales

arbítrales innegables facultades jurisdiccionales (aun cuando entre dichas facultades no este incluido el poder de coercibilidad) y ha dotado a las decisiones de tales árbitros del poder de declarar la voluntad de la ley en el caso concreto y poner así fin al conflicto de intereses. El reconocimiento de carácter jurisdiccional a la función arbitral no significa en forma alguna, negar el origen contractual que subyace en el pacto arbitral, pues en el origen del arbitraje se encuentra un acuerdo de carácter negocial que vincula a las partes en conflicto, solo que la ley reconoce a los particulares el derecho de excluir del conocimiento y decisión de determinados asuntos a los órganos jurisdiccionales del Estado dentro de la esfera de la libre disponibilidad de los particulares para ser regulada por vía contractual como cualquier otra materia de libre disposición.

Para Caballól citado por Henríquez, R (2000), la potestad jurisdiccional es concerniente al concepto de Estado. El Estado se reserva en todo caso la potestad (el poder, el orden coercitivo); pero delega la autoridad. O dicho mejor, no la delega –porque nunca la ha reservado totalmente-; la presupone en los sujetos de derecho. Ello explica como históricamente, a la par del desarrollo del derecho jurisdiccional del Estado, siempre se haya presupuesto la autodeterminación de las partes de componer los conflictos de intereses amigablemente a través de vía alternativa al aparato estatal, de

componenda o transacción. En esta vía, los sujetos interesados o un tercero buscan y dan una solución dirimitoria del conflicto de intereses. (p.43).

Continua Caballól afirmando que contrato y jurisdicción son conceptos fundamentales que concurren a determinar el contenido jurídico del arbitraje; ambos conceptos hacen referencia a aspectos distintos que no permiten su contraposición. Mientras la nota característica del contrato es el vinculo creado entre las partes que los suscriben, lo característico de la jurisdicción es el contenido de la actividad en que consiste –determinar el derecho en el caso concreto- y el carácter cualificado del vinculo que establece – la irrevocabilidad. (p. 48)

Henríquez, R (2000), afirma que el fundamento inmediato del arbitraje es el contrato. Lo demuestra el hecho de que el laudo, debe ser declarado según el Art. 44 ordinales d) y e). La voluntad de las partes sustenta cualquier posibilidad o prohibición de acto procesal en el juicio de arbitraje; salvo acuerdo de las partes, la ley determina lugar, idioma, numero de árbitros, decretar medidas, etc. Sin embargo, las decisiones arbitrales no están exentas del control constitucional del recurso de amparo ante los jueces ordinarios, como no lo están las decisiones de estos mismos, que pueden ser enervadas temporal o definitivamente por decisiones emanadas de tribunales públicos en ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Continúa Suárez citado por Peña (1988), considera el arbitraje como un proceso, descartando toda discusión sobre el carácter procesal de la institución, para ello se fundamenta en el C.P.C colombiano en el que se ofrece el arbitraje como una solución común o general, esto es, a disposición de toda clase de partes habilitadas para transigir.

"No tiene ninguna significación – para nosotros \_ que el origen del tribunal de arbitraje sea una cláusula compromisoria o un documento de compromiso – cláusula contractual o contrato sobreviviente- porque si se deteriora su sentido o carácter de institución procesal podrían las partes y los árbitros llegar a informalizar la institución procesal y a controvertirla mas bien, en fuente de inseguridades o de desconfianza, por lo menos. Por otras parte, de no ser una institución procesal no se entenderían los recursos, razonando dentro de la legislación vigente (pp. 72-73)

Chillón y otros citado por Hung, F (2001), concluyen señalando que no es necesario que la actividad sea desempeñada por un órgano del Estado para que pueda ser catalogada como jurisdiccional. La jurisdiccionalidad la califica el contenido de la actividad y no el sujeto que la lleva a cabo. (p. 113)

Para Henríquez, R (2000), sobre la naturaleza funcional de la jurisdicción: el arbitraje es en si un acto jurisdiccional de conocimiento. La jurisdicción viene dada por la función. Según la doctrina administrativa moderna, el órgano no es factor determinante de la función publica que se ejerce, como otrora sostenía, por ejemplo Carre de Malberg o Aubry y Rau. Tal enfoque esta superado en el derecho publico. Por lo que no puede

afirmarse que la función de los árbitros no sea jurisdiccional por no ejercerla un tribunal publico o estadal.

En base a las ideas anteriores, se puede decir que el carácter jurisdiccional viene dado por su función, por su finalidad: la cual es dirimir las controversias, decir el derecho, dar una solución justa que satisfaga los derechos e intereses de las partes en conflicto, lo cual redunda en beneficio de la colectividad, y el arbitraje se encuentra investido de estas características.

#### CAPITULO III

# EL ARBITRAJE SEGÚN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

En Venezuela, el arbitraje es una figura de larga tradición, por la influencia de la colonia española. Así, la Constitución del 24 de septiembre de 1830 disponía, en su articulo 190, que los venezolano tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos.

Desde el primer código de procedimiento -19 de mayo de 1836- hasta el vigente Código de Procedimiento Civil, el arbitraje ha sido regulado como un mecanismo alterno para la solución de conflictos.

En la actualidad, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, las discusiones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje parecen ya estar disipadas pues, con la incorporación de estos mecanismos dentro de este texto, se les ha conferido carácter constitucional a los medios alternativos de resolución de conflictos y el reconocimiento como parte del sistema de justicia venezolano.

Afirma Torrealba, H (2001) que a la luz de la nueva Constitución el concepto de jurisdicción ha cambiado en Venezuela, al establecerse que la

potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la Republica y por autoridad de la ley. De manera que lo que antes se entendía como una potestad exclusiva del Estado, debe ahora ser entendido como la potestad de los "ciudadanos" que se ejerce a través de los órganos señalados en la disposición constitucional.

En este sentido, el articulo 253 CRBV señala que: "La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la Republica por autoridad de la ley."

Seguidamente en el ultimo párrafo de este articulo, establece que: "El sistema de justicia esta constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Publico, la Defensoría Publica, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio."

Se refiere pues a lo que se ha denominado la Diversificación de la justicia, esto quiere decir, que la justicia formal, sometida a la ley y al proceso, no es la única justicia que el Estado acepta, sino que se fomenta el empleo de vías alternas para resolver las controversias.

El medio alternativo de justicia por excelencia es el arbitraje, el cual, con arreglo a lo establecido en el artículo 258 de la Constitución, debe ser promovido por la Ley, esta corresponde propiciar y estimular la autocomposición, es decir, la solución de los conflictos por voluntad de las partes.

Rene citado por Fraga, L (2001) parte de la idea de que la Administración de Justicia es un servicio público y, en consecuencia, la jurisdicción de los árbitros no puede ser entendida sino como parte integral de tal servicio.

Para Guldener citado por Fraga, L (2001):

"las jurisdicciones arbitrales ejercen funciones que competen al Soberano por disposición que le es conferida por la Ley y por eso constituyen parte integrante de la organización judicial del Estado" (p. 57)

Hung, F (2001) considera que debe entenderse la justicia, en su concepción moderna, no es un don que el Estado reparte o distribuye, ni el poder jurisdiccional, y con él la facultad de administrar justicia, un poder que corresponda de derecho al Estado o que incondicionalmente deba entenderse delegado a este. La justicia es un derecho de la persona y por tanto el Estado esta en la obligación de dar todos los pasos necesarios para que la justicia se materialice, sea lograda en cada caso concreto. Desde el

momento en el cual el Estado acepta y asume la delegación de poderes que le hace el soberano, paralelamente asume el deber de realizar toda aquella actividad necesaria para lograr el bienestar de la comunidad y entre dichas actividades una de las principales es la Administración de justicia; concebida esta como herramienta de la sociedad para dirimir los conflictos y permitir la convivencia pacifica de sus miembros: como herramienta para el logro de la paz social. (p. 31)

En este sentido, considera que es conveniente destacar la dirección que sobre este punto, ha tomado la doctrina moderna, pues se orienta al logro de un perfil cada vez más nítido del derecho del ciudadano a la tutela jurisdiccional. Afirma a González citado por Hung, F (2001) que "El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le "haga justicia"; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas." (p.32)

Así, en los textos constitucionales modernos se observa la tendencia de elevar a rango constitucional el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva; de esta manera, el articulo Nº 26 CRBV establece que: "Toda persona tiene derecho a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la

tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizara una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles"

Para Henríquez (2001), la escogencia del arbitraje no supone una renuncia al derecho constitucional de libre acceso a la justicia, tal como lo establece el Art. 26 CRBV, sólo que se accede a ella por otra vía alterna, según el Art. 258 CRBV con las garantías debidas. El fundamento jurídico de la justicia privada que supone el arbitraje, radica remotamente en la ley e inmediatamente en el contrato. Dentro del "sistema de justicia", la nueva constitución incluye expresamente " los medios alternativos de justicia", entre los cuales cuenta "el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos" Art. 258 CRBV, esta previsión disipa toda duda sobre la constitucionalidad del arbitraje y de las leyes que lo regulan en el ámbito civil o comercial.

El arbitramento civil y el arbitraje comercial constituyen dentro del sistema constitucional de la jurisdicción una posibilidad alterna para el poder negocial de los justiciables, quienes queda autorizados por virtud de la

normativa ancestral recogida en el Código de Procedimiento Civil y la normativa orgánica (que regula los tribunales y centro de administración privada de justicia) contenida en la Ley de Arbitraje Comercial, para resolver sus conflictos de intereses a través de los jueces privados, según las normas procedimentales y de merito que los compromitentes estipulen o acepten adherirse (reglamentos de Centro de Arbitraje), con resolución judicial generativa de un titulo ejecutivo en el sentido que lo entiende el articulo 1930 del Código Civil.

Desde este punto de vista, la doctrina española ha dado una respuesta afirmativa a la constitucionalidad del arbitraje en ese país, la cual coincide con el articulo 204 de la constitución de 1961, por ello Chillón, J citado por Henríquez, R (2000) considera que:

"El sometimiento de los conflictos a un tercero- no juez estadal – no atenta contra el monopolio de la potestad jurisdiccional de jueces y tribunales a que se refieren los Art. 117 de la constitución y 2 de la ley orgánica del poder judicial, sino que es manifestación de la libertad; como valor superior del ordenamiento, pleno ejercicio del derecho fundamental de la libertad. (..) negar la existencia del arbitraje por no estar expresamente establecido en el texto constitucional es olvidar el preponderante papel que la institución tiene en el plano internacional, al que nuestro ordenamiento no puede sustraerse por razones de economía y cultura y por los pactos y convenios que en esta materia tiene suscrito" (p. 42).

Hung, F (2001) señala que la exclusividad jurisdiccional de los tribunales se concebía dentro de la división de poderes (poderes legislativos y ejecutivo), no con relación al arbitraje.

Molina citado por Hung, F (2001) al referirse en su trabajo sobre la Justicia de Paz expresa:

"el derecho, como la vida. Suele estar poblado de mitos en torno a los cuales hemos elaborado teorías para explicar y resolver la realidad. Uno de esos mitos es la concepción de la función jurisdiccional como monopolio del Estado y del juez funcionario del Estado, que nos ha llevado a edificar una estructura judicial que ha traído como consecuencia la congestión de los tribunales, y como producto de ello la impunidad en muchos casos, esto es la no solución o la solución inoportuna de las demandas presentadas por los ciudadanos ante los tribunales" (p. 32)

Del articulo 5 se desprende que los árbitros ejercen función jurisdiccional, cuando establece: "El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria" y como lo explica Bonnemaison (1999), esta expresión recoge de alguna manera el principio *UBI PARS SUNT CONCORDES NIHIL ABJUDICEM*, que traduce como: Donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez. Y concluye, que en el arbitraje las partes están de acuerdo en pasar sus disputas a la solución arbitral.

Para Henríquez (2000) al referirse a la autonomía jurisdiccional del arbitraje, considera que este principio adquiere preeminencia en el arbitraje

comercial cuando el articulo 12 de la ley remite a los reglamentos del centro de arbitraje, al cual las partes se hayan sometido-, las formalidades de constitución del tribunal, la regulación del procedimiento, las notificaciones, recusación y reemplazo de árbitros; alejando las vicisitudes del arbitramento.

El articulo 5 de la ley expresa claramente que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria. Es exclusivo, en el sentido de que descarta la jurisdicción ordinaria, la cual no puede intervenir en el proceso arbitral para tutelarlo o controlarlo en su desarrollo. Solo hay participación de los tribunales ordinarios cuando así lo autorice la ley de Arbitraje Comercial a los fines de suplir la renuencia de una de las partes, por ejemplo para nombrar al arbitro o su sustituto, practicar actos de instrucción, medidas cautelares, conocer de la nulidad del laudo o hacer cumplir su fallo de acuerdo al procedimiento ejecutivo del Código de Procedimiento Civil.

Es excluyente en el sentido de que el tribunal arbitral se basta a si mismo para determinar su legitimidad y para definir, con certeza judicial, vinculante para los comprometidos en arbitraje, y para todo tercero que expresa o tácitamente se someta, el derecho real o personal que se pretende sea reconocido y satisfecho, en virtud del acuerdo de arbitraje las partes se

obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces" (Art. 5 LAC).

Bernardini, P citado por Henríquez, R (2000) ambas dicciones – exclusivo y excluyente- son sinónimas, significan descartar, rechazar, negar; pero comprenden también la plenitud o suficiencia jurisdiccional de conocimiento del tribunal arbitral en los limites legales. La jurisdicción arbitral "no significa necesariamente que el Estado abdique de su prerrogativa soberana. Todo lo contrario, esta prerrogativas son salvaguardadas suficientemente; el Estado conserva una medida de control sobre el modo como al justicia es administrada por otros en su propio territorio". Ese control lo ejerce mediante la acción de nulidad, el control sumario del laudo no – nacional antes de su ejecución y muy, excepcionalmente, mediante el amparo constitucional. (p. 56).

Cuando se trata de definir el arbitraje a través de la transacción, tal como lo explica Caivano citado por Henríquez, R (2000) es solo a los fines de explicar el origen de la fuerza vinculante del arbitraje y de su carácter exclusivo y excluyente (Art. 5 LAC) frente a la jurisdicción publica. "En la transacción se produce un real y efectivo abandono reciproco de derechos, por lo que si una de las partes nada da, promete, ni cede de su derecho, no existe transacción, sino una renuncia de derechos por la otra parte. Al

contrario de lo que ocurre con el laudo arbitral, que puede recoger íntegramente los derechos y pretensiones de laguna de las partes, sin que sufran, merma o menoscabo alguno de tales derecho". De hecho, solo puede ser sometido a arbitraje, según Art. 3 de la ley, lo que es susceptible de transacción. Las partes "entregan" la jurisdicción a unos jueces privados, revestidos como tales por ellas misma. (p. 51)

El obligatorio reconocimiento que debe dar el juez ordinario a la decisión de los árbitros (Art. 48 LAC) es la prueba palmaria de la autoridad jurisdiccional que dimana del laudo y por ende, de la autentica jurisdiccionalidad (privada) del arbitraje, entregada ex conventionis (p.53)

Satta, S citado por Henríquez, R (2000) a la par que el arbitraje coadyuva a la administración de justicia como función primordial del Estado, los órganos públicos también auxilian la actividad procesal de los árbitros. La colaboración de la jurisdicción publica y su poder coactivo es indispensable instrumento de apoyo a la función encomendada al arbitro. La función arbitral es tan jurisdiccional como la del Estado, salvo su aspecto coercitivo. (p.63). Los árbitros poseen tan solo autoridad, pero les falta potestad (poder efectivo) que es atributo exclusivo del Estado "los árbitros tiene un jurisdicción limitada, ya que poseen la notio, la vocatio y la iuditium, mientras que los jueces agregan a las anteriores la coertio y la executio. Por ello los

jueces pueden ser requerido aun desde la iniciación del arbitraje -medidas cautelares- hasta su finalización – ejecución del laudo arbitral" (p.63)

Serra D. citado por Henríquez, R (2000) afirma que: Podrían por tanto los árbitros realizar todos aquellos actos para los que baste la simple autoridad, y deberán solicitar la cooperación de los Tribunales respecto de aquellos otros que requieran la potestad. Resulta por ello ostensible la necesaria intervención de los Tribunales ordinarios para la ejecución de los laudos arbitrales" (p.64)

En Venezuela los órganos jurisdiccionales del Estado complementan la función arbitral en estos aspectos: cuando entre las partes no existe acuerdo sobre la designación de los árbitros o de sus sustitutos; el nombramiento de los mismos en casos de inhibición o recusación; para efectuar la practica de pruebas o de medidas cautelares: para la ejecución del laudo arbitral; conoce sobre la admisibilidad y procedencia del recurso de nulidad del laudo.

Sarmiento, S. (1999) considera que no se trata de sustituir justicia civil por las formulas alternas de resolución de controversias; sino por el contrario, tales mecanismo, tienden a mejorar y complementar la justicia civil porque en determinados asuntos, principalmente los comerciales, pueden pactar las partes libremente quien dirimirá sus diferencias. Es el derecho a elegir su

propio órgano decisor de acuerdo a la libre voluntad de las partes (pp. 182-194)

Sarmiento, S (1999) más adelante agrega, que la justicia civil y las formulas alternas de resolución de controversias o justicia voluntaria efectiva en ningún caso son contradictorias, sino eventualmente complementarias, e incluso con vida autónoma propia e independiente.

Explica Hung, F (2001) al analizar los artículos 49, 156 numeral 31 y 253 de la CRBV, así como los artículos 1, 2, 10 y 60 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que de estas normas citadas no se evidencia que se haya atribuido al Estado, en forma monópolica y excluyente, la facultad de resolver las controversias jurídicas entre particulares. Y agrega, que el artículo 26 CRBV referente al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva debe ser coordinado con el artículo 20 ejusdem que contiene la garantía constitucional del derecho de las personas al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin otras limitaciones que aquellas que deriven del derecho de los demás individuos de la comunidad y del orden publico y social.

Con base a las reflexiones anteriores, puede decirse que dentro del ordenamiento jurídico venezolano, y de acuerdo con la concepción del Estado moderno y de justicia, no existe disposiciones que asuman el

monopolio de la función jurisdiccional, por el contrario, el nuevo texto constitucional ha propiciado la diversificación del sistema de administración a través de la promoción, y creación de los medios alternativos para la resolución de conflictos, dentro el contexto de las garantías constitucionales.

### **CAPITULO IV**

## VENTAJAS DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO PARA LA RESOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la evolución de los procedimientos alternativos de resolución de conflictos, obedece no sólo a factores como: la preocupación por los retrasos en las decisiones, la ineficacia, el costo y el congestionamiento de numerosos casos acumulados en los tribunales, además de la desconfianza que se tiene sobre el sistema de administración de justicia; sino también responde al fenómeno de la globalización, en virtud de la proliferación y complejidad de los negocios jurídicos que se celebran y en donde cada vez es más frecuente la inclusión de cláusulas que prevén el arbitraje u otros medios de resolución de conflictos en los contratos.

Es por ello, que se ha creado, una conciencia, cada vez más generalizada, de que muchos conflictos podrían atenderse mejor mediante vías alternas que frente a los tribunales ordinarios. Con esta finalidad, se mencionan algunas de las ventajas que aporta dicho mecanismo, las cuales son de carácter práctico, sin dejar de tomar en cuenta las prioridades de los involucrados:

- 1. Rapidez y celeridad: por someter a consideración del tribunal arbitral, cuestiones concretas y por cuanto este no tiene otras, como sucede en la justicia ordinaria, instituirá y fallará en lapsos cortos. Esto redunda en beneficios de las partes, quienes bien pronto encuentran definidos sus derechos y sabrán a que atenerse.
- 2. Especialidad: las partes tienen la posibilidad de designar árbitros, particularmente, formados en las materias objeto de controversias; esta circunstancia representa mayor garantía para aproximarse a un fallo justo. Por otra parte, existen organismos técnicos, como las cámaras de comercio y bufetes con departamentos conocedores en los procedimientos de resolución de conflictos, dedicados a la constante capacitación a través de cursos, programas, congresos, talleres y publicaciones dirigidos a promover y difundir estos mecanismos.

Por ejemplo, la Cámara de VenAmCham, (2001) ofrece programas de asesoramiento e información oportuna sobre la utilización de estos medios, entrenamiento y apoyo en la resolución de conflictos; también, ofrecen servicios de mediación, arbitraje y conciliación, facilitación y negociación.

En estos centros de arbitraje se han elaborado listas de árbitros, tomando en cuenta la trayectoria profesional, experiencia, experticia y

calificaciones personales de los mismos. Estos árbitros son abogados, altamente capacitados y son personas confiables puesto que el arbitraje significa acudir a una tercera persona para que tome la decisión más justa para resolver el problema, lo que garantiza la calidad de los fallos.

- 3. Selección de los procedimientos más idóneos según el tipo de conflicto, según su potencial para satisfacer los objetivos y prioridades de los involucrados. Las partes establecen las reglas de procedimiento que se aplicarán en el arbitraje, lo que permite un proceso más abreviado y casi siempre menos formal que un juicio ordinario, lo cual se traduce no solo en ahorro de tiempo y costos sino también propiciar soluciones ajustadas a las necesidades de las partes, además de mantener una relaciones entre si. Si las soluciones, en las que de alguna manera tuvieron participación, se ajustan a los intereses de las partes y estas las perciben como más satisfactorias o justas, no sorprende que se encuentran aumentos significativos en el cumplimiento voluntario.
- 4. Utilización de instrumentos modernos: que además de simplificar las tareas del juzgador, resultan fidedignos y más aproximados a la realidad que se investiga, por ejemplo: los medios para recaudar pruebas.

5. Economía: aparentemente, la justicia arbitral, por ser remunerada, aparece como extremadamente onerosa. Pero realmente, la buena justicia obtenida en corto tiempo, trae consigo ventajas patrimoniales para los litigantes.

Con respecto a los honorarios, así como lo gastos administrativos en esta materia, ambas partes en disputa deben cancelarlos, y los montos se establecen de acuerdo con el reglamento del centro de arbitraje; los mismos se consignan en la sede del centro de arbitraje.

- 6. Descongestionamiento de la justicia ordinaria, constituyendo el trámite arbitral un aproximado de la administración de justicia ordinaria, esta se vería favorecida, dado que ayuda a descargarla, permitiendo así crear y mejorar un sistema judicial más eficiente y a la vez más humano.
- 7. Confiabilidad e imparcialidad: por el origen mismo de los árbitros escogidos de común acuerdo por las partes, amen de su especialidad, formación y preparación sobre las materias a ellos puestas en consideración; las partes admiten más fácilmente las consecuencias del fallo, por la confianza depositada por ellas en aquellos.

8. Confidencialidad del procedimiento: las pautas éticas para los neutrales, hacen hincapié en la neutralidad del tercero y la confidencialidad del procedimiento, así como su carácter voluntario, lo cual conlleva el respeto por la autonomía de las partes.

La fórmula del arbitraje tiende a brindar resultados más satisfactorios que los que brinda la justicia ordinaria del Estado, ya que, con estos métodos y procedimientos flexibles lo que se pretende es reducir casos y costos de los tribunales y pérdida de tiempo a las partes, facilitando la solución rápida de los conflictos en general, promoviendo decisiones adecuadas a las necesidades de las partes, aumentando la satisfacción y confianza en el sistema judicial, lo cual garantiza, asimismo, seguridad jurídica a las inversiones extranjeras en nuestro país, que no tendrán que someterse a la problemática que enfrenta en la actualidad nuestro Poder judicial.

Se observa un especial interés, no sólo de los entes gubernamentales sino de todos los sectores, en buscar soluciones más productivas a los conflictos, a través del impulso y la difusión de dichos mecanismos, pues, cada vez es más común que las legislaciones incorporen disposiciones para la utilización de diversos procedimientos alternativos de resolución de los conflictos, bien como complemento o como pre-requisito del proceso ordinario, todo esto forma parte de la reforma judicial; además de fortalecer el

desarrollo social del país, democratizando el acceso a la justicia, a través del fomento de la participación, la organización y la inclusión social de las grandes mayorías de país; generando un proceso de rescate de la concepción de la justicia.

Quienes promueven los mecanismos de solución alterna de conflictos y ciertamente sus críticos, reconocen que la justicia formal tiene su lugar y que estos procedimientos son un complemento al importante papel que debe cumplir el sistema judicial en una sociedad. El Estado sigue siendo el principal garante de la justicia, sólo que ha ampliado el concepto de la justicia.

El profesional del derecho como integrante del sistema de justicia, de acuerdo con el articulo 253 de la CRBV, ha tenido que aprender a valerse de estos medios, y a cambiar el pensamiento filosófico inculcado en su formación, según el cual, en primer lugar, la administración de justicia solo podía venir del Estado y en segundo lugar, las partes son adversarios, que buscan reivindicación y protección a sus derechos, y que los conflictos sólo pueden resolverse mediante la aplicación de normas y procedimientos excesivamente formales.

Desde este punto de vista, Peña G (1988) expresa que: existe

"Desconfianza en el sistema de administración de justicia, pues se le presentan al cliente formulas teóricas, faltas de transparencia y sencillez, sugeridas por abogados que han olvidado, - o que nunca han aprendido - que el ejercicio del derecho tiene una fase artística y que todo el derecho debe constituir "una solución práctica para un problema práctico". (p. 381).

De las ideas anteriores, se puede decir que, debe crearse una conciencia de transformación y aceptación, principalmente entre los abogados, con respecto a estos instrumentos que permita establecer la confianza sobre la conveniencia de estipular e incluso la responsabilidad de sugerir, cuando sea apropiado, la utilización de dichas formulas, a través de las cuales se logren hacer efectivos los derechos de los ciudadanos.

### CONCLUSIONES

En líneas generales, parece haber un grado de consenso en acudir a la justicia formal para tener certeza jurídica, bien cuando se desea una sentencia definitiva para crear jurisprudencia; cuando se quiere invocar el peso moral de la ley en apoyo de un principio o resultado determinado, a fin de afirmar públicamente y sin lugar a dudas que determinado tipo de conducta es inadmisible; cuando se quiere determinar quien es el culpable y eventualmente administrar el castigo correspondiente; o cuando una de las partes se niega a reconocer la existencia del conflicto o a participar en un esfuerzo por resolverlo.

En definitiva, la solución judicial tiene indudables ventajas en cuanto viene respaldada por el Estado, pero a pesar de tales ventajas presenta numerosos defectos, que la han convertido en ineficiente, lenta, engorrosa, costosa y finalmente, carece de credibilidad en el sistema de administración de justicia.

En el ordenamiento jurídico existen formulas alternas de resolución de conflictos, las cuales no son contradictorias frente a la justicia ordinaria sino complementarias de esta, lo que buscan es dar respuesta a la necesidad de

que las partes tengan la posibilidad de presentar reclamos y peticiones cuando sientan afectados sus derechos mediante un procedimiento expedito de solución de controversias, especialmente del arbitraje, supervisar dicho procedimiento hasta su etapa final y en lo posible, sin interferencia del Estado.

Dentro de estas vías alternas, destaca el arbitraje, figura que se ha convertido en una de las instituciones más sólidas establecidas en el derecho, no sólo por ser un mecanismo eficaz de dirimir conflictos, sino porque tiene evidentes ventajas prácticas para quienes lo utilizan, para el orden social mismo, en cuyo mantenimiento y restablecimiento colaboran los árbitros, a veces, de manera más oportuna y más objetivamente que los jueces propiamente dichos.

Frente a un procedimiento judicial lento, complejo y caro, y el arbitraje puede aparecer como la solución mas apropiada en los conflictos comerciales para evitar las consecuencias indicadas. El arbitraje significa extraer de la consideración de lo tribunales ordinarios muchas materias que podrían ser objeto de arbitraje, muchas materias que podrían ser objeto de arreglo entre las partes.

El proceso arbitral esta rodeado por principios democráticos, pues designar un árbitro es elegir por sí mismo a un juez. Presenta ventajas de carácter práctico: rapidez; especialidad; economía, pues la buena justicia obtenida en corto tiempo, trae consigo ventajas patrimoniales para los litigantes; inmediación y confiabilidad, por el origen mismo de los árbitros, escogidos de común acuerdo por las partes.

El arbitraje se ha consolidado en la actualidad, en virtud de la creciente presión del sector privado de los países desarrollados, que prefieren pactar el arbitraje en sus contratos, por ello se ha creados los centros de arbitraje, cuyo objetivo, no solamente es abaratar el costo de las disputas y acortar el tiempo de este tipo de conflictos, sino también, el hecho en que las decisiones que se toman allí tienen exactamente los mismos efectos que las de un tribunal. Son cosas juzgadas y de ejecución forzosa.

Además, las partes tienen la posibilidad de escoger en una extensa lista de árbitros integradas por abogados y técnicos especializados. Cada interesado elige uno y esos dos escogen al tercero. Y en caso de no existir acuerdo, entonces es el centro el que hace la elección. Las partes también dicen cuanto va a durar el proceso. Generalmente, estos casos pueden durar un máximo de seis meses. En cuanto a lo honorarios y costos, todos los procesos son económicos y de costos previsibles, por que existen unas

tarifas establecidas. Cada parte asume sus costos, a menos que en un contrato previo se haya determinado lo contrario. En definitiva, se logra descongestionar la justicia ordinaria y permite la solución pacifica y conciliadora de las controversias.

Los Centros de Arbitraje tienen no sólo la responsabilidad de manejar un servicio público que complementa la administración de justicia, sino también divulgar el conocimiento y el empleo de estos mecanismos, en este caso del arbitraje, que pueda permitir tener una mejor justicia, una distribución más equitativa del presupuesto asignado al poder judicial, tener jueces y personal auxiliar más profesionales y menos cargados de asuntos administrativos para que administren justicia para quien realmente necesita acceder a ella, independientemente de su condición social o económica, o para resolver aquellos casos que no pueden ser objeto de transacción, pero conscientes los jueces de que, como directores del proceso, están facultados para impulsar, dentro del juicio, la aplicación de estos mecanismos alternos de solución de conflictos.

La ciencia del Derecho debe dar paso a las situaciones fácticas sociales y económicas, debe dar una activa y adecuada respuesta a los desafíos de un mercado libre, de fuerte competencia y gran innovación que espera del sistema jurídico que facilite su actividad mediante una regulación

flexible, por ello la CRBV ha incorporado dentro de sus disposiciones estos mecanismos de resolución de controversias, aunados a otros textos legales: la ley orgánica sobre justicia de paz; la ley de arbitraje comercial, de acuerdo con el derecho a la tutela judicial efectiva, al acceso a la justicia y a las demás garantías constitucionales.

### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alfonso, I. (1991). **Técnicas de investigación bibliográfica** (5ta. ed.). Caracas: Contexto.
- Badell & Grau. (1998). Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial. Cuadernos Jurídicos Badell & Grau. Caracas: Editorial Torino.
- Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (1999). Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Caracas.
- Brice, A. (1958). Explicaciones sobre Procedimiento Civil. Tema Arbitramento. Caracas: Tesis al minuto.
- Código de Procedimiento Civil. (1986). Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela. Nº 3694. (Extraordinario), Enero 22 de 1986.
- Colegio de Abogados de Medellín. (1991). Derecho Comercial sin Fronteras. Procedimientos Mercantiles. (1ª. ed.) Medellín. Instituto Panamericano de Derecho Procesal.
- Colección Cuadernos de Arbitraje. El Arbitraje en la Practica. Tomo I. Cámara de Comercio de Caracas Centro de Arbitraje.
- Colección Cuadernos de Arbitraje. El Arbitraje en la Practica. Tomo III. Cámara de Comercio de Caracas Centro de Arbitraje.
- Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela**. Nº 5453. Extraordinario Marzo 24 de 2000.
- Couture, E. (1958). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. (3ª ed.) Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Devis, H. (1977). Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo III. (3ª ed.) Bogota: Editorial ABC.
- Fisher, R. Ury, W. y Patton, B. (1993). Si... ¡de acuerdo¡: Como negociar Sin ceder. Colombia. Editorial Norma S.A.

- Gabaldón, F (1999). **Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial**. Caracas: Livrosca, C.A.
- Guasp, J (1956). **El Arbitraje en el Derecho Español**. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Henríquez La Roche, R. (1998). **Código de Procedimiento Civil**. Tomo V. Caracas. Edita Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.
- Henríquez La Roche, R. (2000). El Arbitraje Comercial en Venezuela. Caracas. Edita Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.
- Hernández, R. Fernández, C. Y Baptista, P. (1998). **Metodología de la investigación** (2da ed.). México: McGraw-Hill.
- Hung, F. (2001). Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Josko de G, E. Los Procedimientos (Alternativos) para la resolución de conflictos en la cambiante relación entre lo publico y lo privado. Fundación Manuel García Pelayo.
- Ley de Arbitraje Comercial. (1998). Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela. Nº 36430. Abril 7 de 1998.
- Martínez, N y otros (1988) El Pacto Arbitral. Las Transformaciones del **Derecho Mercantil Moderno**. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike. Colegio de Abogados de Medellín.
- Monroy, M. (1982). Arbitraje Comercial. Bogota: Editorial Temis Librería.
- Reglamento de Concialición y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliacion y Arbitraje. CEDCA. (2000)
- Rengel-Romberg, A. (1992, Vol. I). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano.** (2ª ed). Caracas: Editorial Arte.
- Revista de la Facultad de Derecho UCAB. N° 50, Septiembre 1996. Caracas: Publicaciones UCAB, Editorial Texto.
- Revista de la Facultad de Derecho UCAB. N° 51, Septiembre 1997. Caracas: Publicaciones UCAB, Editorial Texto.

Rondón de S, H. (2000). Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. (Parte Orgánica y Sistemas). Caracas: Editorial ExLibris.

Sarmiento, C. (1999). Ley de Arbitraje Comercial. Caracas: Editorial Livrosca.

Universidad Católica Andrés Bello. (1997). Disposiciones sobre los trabajos de Maestrías y Tesis Doctórales. Caracas: S/E.