

ALGUNAS PROPUESTAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE*

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

Catedrático de Derecho Procesal y de Derecho de Arbitraje
de la Universidad del País Vasco,
San Sebastián (España).

El arbitraje tiene por objeto la resolución *potestativa* de la cuestión litigiosa por una o varias personas llamadas *árbitros* (artículo 18 y ss. Ley Peruana de Arbitraje, en adelante "LPA") cuya decisión conocida por *laudo arbitral* (artículo 48 y siguientes, LPA) la aceptan quienes suscriben el denominado *convenio arbitral* (artículo 9 LPA).

El tipo de resolución que se alcanza mediante la suscripción de un convenio arbitral permite aludir a la *intrincada cuestión de la naturaleza jurídica del arbitraje*.

Históricamente, se ha acudido en orden a explicar la naturaleza jurídica del arbitraje a diversas teorías. Una primera teoría se podría justificar en el **origen contractual de ámbito resolutorio** del arbitraje (naturaleza **contractual** del arbitraje), puesto que la decisión o *laudo del árbitro o árbitros sería el resultado de la relación contractual de mandato conferida a los árbitros*, aunque luego a esa decisión es posible atribuirle un *alcance estrictamente jurisdiccional*, en la medida en que las partes cuando aceptan la actividad de laudar, aceptan asimismo lo que pronuncian después de los árbitros los Tribunales de Justicia estatales a través de la vía del recurso, lo que origina a su vez, la denominada naturaleza **jurisdiccional** del arbitraje y por lo tanto, una **concepción jurisdiccionalista del mismo** que, en el caso en que se propugne su convergencia con su conceptualización **contractual**, origina las denominadas **teorías mixtas** sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

La jurisprudencia arbitral española de las Audiencias Provinciales (en adelante, "AAPP") *no ha sido ajena a la naturaleza jurídica del ámbito resolutorio del arbitraje a la que parece aludir el ponente Barrera Cogollos*¹.

La jurisprudencia arbitral española *no ha sido ajena a la exposición de la naturaleza contractual del arbitraje y alude a ella expresamente*. En concreto, el ponente Roselló Llaneras en la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (en adelante, "SAPBa") de 17 de enero de 1995 hace referencia a la "*...institución del arbitraje, regulada (...) con un marcado carácter contractual ...*"².

La teoría **jurisdiccionalista** acerca del arbitraje, posee numerosos adeptos. Un caso que lo expresaría sería, según Mantilla Serrano, el de la Corte Suprema de Justicia

* Agradecemos a Sergio Amiel Rodríguez-Carpí por la obtención del presente artículo.

¹ Una exposición de las teorías contractualistas, jurisdiccionalistas o de las mixtas, (contractuales y jurisdiccionalistas) en su compilación más clásica puede hallarse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (en adelante, "SAPB") de 30 de mayo de 1992 en la que el ponente Barrera Cogollos indica lo siguiente:

"... El planteamiento obliga a recordar la doble concepción que el arbitraje tiene en nuestra Doctrina, entendiéndose autores de prestigio en la Catedra y en el foro (resolutorio y procesal) que el árbitro es un juez (...), mientras que otros comentan de opinión jurídica, de no tener altura científica en sus aplicaciones (resolutorio) sitúan la institución en el campo contractual. Opor por una y otra posición, que no son totalmente definitivas, tenemos para que sea una decisión que venga a resolver la cuestión pues el arbitraje participa de una doble esencia, fundada en el convenio cuando se pacta privadamente el futuro dictamen de los problemas que pueden surgir y al tiempo, mientras, evita o al menos suspende temporalmente la aplicación de un régimen de orden público como es el de acudir para obtener la decisión al juez ordinario preconstituido por la ley a quien compete juzgar y hacer ejecutar lo juzgado." J. L. BARRERA COGOLLOS, SAPB de 30 de mayo de 1992 en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* (en adelante, "RVDPA"), 3, 1993, §32 (págs. 403).

² ROSELLÓ LLANERAS, SAPB de 17 de enero de 1995 en RVDPA, 1, 1997, §89 (pág. 126).

de Colombia que mediante decisión judicial del 21 de marzo de 1991 opta por explicar el *ámbito resolutorio* del arbitraje mediante la adopción de la teoría jurisdiccionalista acerca de su naturaleza jurídica.³

El mismo fenómeno jurídico se postula en Paraguay según Bernal Gutiérrez.⁴

También en Chile el arbitraje muestra, según Romero Seguel, "(...) como principal característica el tratarse de una *función jurisdiccional*".⁵

En España el Tribunal Constitucional opta no tanto por aludir al *ámbito resolutorio jurisdiccional* del arbitraje cuanto más bien a conceptualizar ese ámbito como *equivalente jurisdiccional*.⁶

La consecuencia que se deriva de la opción que adopta el Tribunal Constitucional consiste en que el árbitro no puede, en el ordenamiento jurídico español, personarse en las resoluciones que puedan derivarse con ocasión del laudo arbitral que ha pronunciado. Es la doctrina del Auto de Tribunal Constitucional español (en adelante, "ATC") de 28 de octubre de 1993.⁷

Sigue insistiendo en esa naturaleza jurídica el ponente De la Vega Benayas de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, "STC") 1.ª, 288/1993, del 4 de octubre.⁸

La opción por el equivalente *no rehuye* la propuesta jurisdiccionalista resultando, por lo demás, obvio que ni los árbitros se hallan en la planta judicial ni en lo procesal se encuentran sujetos a las normas del Código Procesal Civil.

Por ello, la opción jurisdiccionalista del Tribunal Constitucional no plantea

³ Según la Corte Suprema de Colombia, es la ley y no la voluntad de las partes el origen de los poderes jurisdiccionales de los árbitros. La atribución de funciones jurisdiccionales está a los árbitros en la categoría de particulares que ejercen, con carácter temporal, funciones públicas, como el oficio de la justicia. Este argumento le sirve a la Corte Suprema Colombiana a su vez para hacer la argente afirmación: como la Constitución colombiana reserva a los nacionales —como derecho político— el ejercicio de funciones públicas que llevan consigo el ejercicio de su soberanía, los extranjeros no pueden actuar como árbitros en Colombia. R. MANTILLA SERRANO. Court Supreme de Justicia de la República de Colombia (Corte Suprema), en *Review of Arbitrage* (en adelante, "Rev. Arb.") 4-1991 (pág. 723 y ss).

⁴ En la legislación paraguaya se indica que el arbitraje es de carácter jurisdiccional "por cuanto según el Código de Organización Judicial, una vez constituido el Tribunal, este ostenta el carácter de poder jurisdiccional". R. BERNAL GUTIÉRREZ, *Paraguay y perspectivas de la legislación latinoamericana sobre arbitraje comercial*, en *RVDPA*, 2, 1993 (pág. 194).

⁵ Según Romero Seguel: "... el arbitraje civil presente en Chile como principal característica el tratarse de una función jurisdiccional. En efecto, aunque en doctrina y legislación procesal extranjera, concientemente por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, entre nosotros prácticamente se ha sostenido desde hace bastante tiempo el contenido jurisdiccional de la justicia arbitral (...)" R. ROMERO SEGUEL, *Paraguay general de la justicia arbitral en Chile*, en *RVDPA*, 3, 1999 (pág. 484).

⁶ El ATC de 28 de octubre de 1993 señala lo siguiente:

1. A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el Arbitro que presta una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de última instancia, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todas las afectos de la cosa juzgada (STC 62/1991, FJ.5, y 28/1992, 4 de octubre (STC 91, 912), FJ 3). Su declaración de los derechos y obligaciones reciprocos de las partes de la controversia se encuentra revestida de sujeción, por imperio de la ley, y sólo acerca del imperio de la ley para ejecutar eficazmente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles" ATC de 28 de octubre de 1993, en *Actualidad Jurídica Anuario* (en adelante, "AJA") número 126.

⁷ En el ATC de 28 de octubre de 1993 se puede leer:

1. Esta configuración institucional que tienen los árbitros que dictan laudos, a los que la ley reconoce una fuerza jurídica específica, de tal modo que desempeñan efectos en todo sentido equiparables a los de sentencias judiciales. Masde que este Tribunal puede enviar a conocer en el fondo del presente recurso de amparo. En efecto, el Arbitro como tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que pueden desenvolverse con ocasión de su laudo."

⁸ Según el ponente De la Vega Benayas: "... La naturaleza del arbitraje, que es (STC 62/1991) un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todas las afectos de la cosa juzgada". DE LA VEGA BENAYAS, STC, 1.ª, 288/1993, de 4 de octubre, en LA LEY número 2029-Tribunal Constitucional.

En igual sentido, la STC de 23 de noviembre de 1995 (30r. AJA, núm. 325 del año V).

dudas aún cuando el propio Tribunal Constitucional y De la Cuesta Sanz la enmascaren como *equivalente*.⁹

El “*equivalente jurisdiccional*” es lo que resulta ser *igual* que lo jurisdiccional. El “*equivalente jurisdiccional*” es un subterfugio del Tribunal Constitucional de escaso mérito. Según Merino Merchan precisa ser “matizado”,¹⁰

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales españolas en el ámbito del arbitraje se ha dejado arrastrar por la subyugación del “*equivalente*” que supone ser *igual* una cosa [el arbitraje] a otra [ámbito de ejercicio funcional de la jurisdicción] en estimación, valor, potencia o eficacia. Pero, *no existen equivalencias*. Existen posturas metodológicas *autónomas* que no es preciso justificarlas mediante fórmulas aparentemente poco comprometidas como las del “*equivalente*” pero que, finalmente, *equivalen* a transportar el arbitraje al jurisdiccionalismo. No es esa la opción metodológica correcta, y, a pesar de ello, la asume la ponente Pueyo Mateo cuando sostiene que el arbitraje es un “*equivalente jurisdiccional*”.¹¹

La metodología del “*equivalente jurisdiccional*”, también es asumida por el ponente Picón Palacio, para quien mediante el arbitraje “[...] las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (...) y que se encuentra [se ha de entender la obtención de los mismos objetivos que la jurisdicción civil] revestida de “*auctoritas*” por imperativos de la ley”.¹²

El arbitraje *no es un sucedáneo* del jurisdiccionalismo. *Ni un subsistema dependiente del mismo*. El arbitraje se justifica sólo en la autonomía *negocial* de quienes suscriben el convenio arbitral. Esa *autonomía negocial* se constituye en su justificación. Por tanto, *no existe una “auctoritas”* al modo de las fuentes romanas que implique la existencia de una “*potestas*” de justificación jurisdiccionalista.

La “*auctoritas*” del árbitro o árbitros es *tan solo* de justificación *negocial* porque la Ley [LPA] permite que la *autonomía negocial* de quienes suscriben un convenio

⁹ Es totalmente innecioso que De la Cuesta Sanz indique “[...] que no es lo mismo jurisdicción que equivalente jurisdiccional” por cuanto añade que “[...] en este equivalente jurisdiccional, que es el arbitraje, los árbitros no están en la planta judicial, ni en la procesal están sujetos a las mismas normas que los jueces.” J.M. DE LA CUESTA SANZ, *Introducción al Arbitraje de Consumo*, en RDPPh: 1.997, (pág. 122 y 123).

¹⁰ Merino Merchan dice que “al incidirse (por el Tribunal Constitucional) en el arbitraje como “*equivalente jurisdiccional*”, parece como si de forma reservada el T.C. hubiera tomado de forma definitiva partido en la proverbial polémica sobre la naturaleza del arbitraje, afianzándose a la concepción eminentemente jurisdiccionalista del mismo. La cuestión no era para ser balada si no fuera porque precisamente la Ley de Arbitraje de 1988 planteó definitivamente la concepción jurisdiccional del arbitraje (...). Esperemos –dijo– que la idea del “*equivalente jurisdiccional*” se acabe matizando mejor en la futura doctrina del T.C., que todo haya que decirlo por lo demás, está realizando una ingratísima labor en relación con el arbitraje”. J. F. MERINO MERCHAN, “El “*equivalente jurisdiccional*” y la detección de inconstitucionalidad del arbitraje previsto en el art. 38.2, párrafo 1º, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1987, de 23 de noviembre)”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje (en adelante, “RCEA”)* 1995 (pág. 230).

¹¹ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (en adelante, “SAPAS”) del 16 de septiembre de 1996 la ponente Pueyo Mateo se expresa del siguiente modo:

“La precedente cuestión ha de resolverse teniendo en cuenta con carácter previo que como se señaló en la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991, de 12 de marzo el arbitraje *debe reputarse* como “*equivalente jurisdiccional*”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es una decisión de conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”. M. J. PUEYO MATEO, *SAPAs* de 16 de septiembre de 1996, en RVDPA, 3, 1999, §188 (pág. 542 y 543).

¹² El ponente Picón Palacio se expresa del siguiente modo: “PRIMERO.- En objeto de este recurso lo resuelto en un laudo arbitral dictado, el cual ha de ser tenido en cuenta la naturaleza del arbitraje, que es, como se ha referido en la doctrina del Tribunal Constitucional –véase, ST del Tribunal Constitucional, 15/1.989, de 28 enero, 62/1.891, de 22 de marzo, y, 206/1.993, de 4 de octubre– un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, con la declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia, y que se encuentra revestida de “*auctoritas*” por imperativo de la Ley”. A. PICÓN PALACIO, *SAPAs* de 21 de julio de 2008, en RVDPA, 7, 2008, §263 (pág. 103). Se puede consultar en la página web: www.sc.es/est/estproccivil, en la sección: Base de datos de jurisprudencia y legislación procesal.

arbitral posea consecuencias procesales, pero no jurisdiccionales o equivalentes a las jurisdiccionales porque ni el arbitraje se justifica en la jurisdicción ni el jurisdiccionalismo es la metodología correcta para explicarlo.

La doctrina española más reciente aborda la cuestión relativa a la naturaleza jurídica resolutoria del arbitraje inopinadamente, por cuanto no hace sino asumir los criterios tradicionales al uso. Ejemplo lampante de lo que se indica se puede hallar en Montero Aroca en el que, tanto su punto de partida metodológico como sus conclusiones son inasumibles.¹³

La “sorpresa metodológica” de Montero Aroca no se encuentra en el momento actual justificada por cuanto el arbitraje no tiene nada que ver con la jurisdicción y, por lo tanto, es totalmente inopinado no ya plantear la constitucionalidad del arbitraje sino su paralelismo con los cometidos del Estado-Juez tal y como lo plantea Montero Aroca.

En consecuencia, tampoco es asumible su conclusión metodológica por cuanto señala que, la imposición a las partes del laudo arbitral pronunciado por el árbitro, es de naturaleza jurisdiccional. La decrepitud de la metodología jurisdiccionalista de Montero Aroca es entonces determinante.¹⁴

El inequívoco final jurisdiccionalista abocado por Montero Aroca no debe sorprender en tanto en cuanto postule la convergencia del Derecho Procesal con lo que denomina Derecho Jurisdiccional. Pero, esa convergencia no es técnicamente correcta aunque quizá sublime por su ausente rigor técnico.

Los mismos errores metodológicos se aprecian, incluso, desde la vertiente del arbitraje internacional. Resulta especialmente elocuente en tal sentido la postura mantenida por Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara, que incluso trasladan a ese ámbito internacional, la polémica doctrinal acerca de las teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas del ámbito resolutorio del arbitraje internacional.¹⁵

El planteamiento de Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara es, sin duda, inopinado. Parecen desconocer que es sumamente irreflexivo justificar el arbitraje

¹³ Montero Aroca parte de lo que podrá denominarse “sorpresa metodológica” acorde con su visión parajurisdiccionalista del Derecho Procesal por cuanto señala que “cuando se lee el artículo 117.3. de la CE, así el que queda constitucionalizado el principio del monopolio judicial de la jurisdicción, y se le compara luego con la Ley de Arbitraje, que permite a las personas físicas y jurídicas someter determinadas cuestiones vitales a árbitros, atribuyendo al laudo efectos idénticos a los de la cosa juzgada y valor de título ejecutivo, puede surgir la sorpresa y casi más la duda sobre la constitucionalidad de toda la Ley de Arbitraje Española” (en adelante, “L.A.”). J. MONTERO AROCA, Comentario breve a la Ley de Arbitraje, Varas Arceles (en adelante, “VVA”). Madrid 1990 (pág. 19).

¹⁴ Señala Montero Aroca que el árbitro puede “imponer su decisión y ello hasta el extremo de que el laudo produce efectos similares a los jurisdiccionales, tanto en lo relativo a la cosa juzgada como a convertirse en título ejecutivo (lo que) nos enfrenta con el problema tan debatido de su naturaleza jurídica. Sobre esta existe —dice— una larga discusión doctrinal en la que se registran sostenimientos de la tesis contractual y de la tesis jurisdiccional, no faltando posturas intermedias. También cabe acudir a posiciones que han pretendido assajar el tema. Todo el problema nace de que en el origen de la litigación se encuentran un contrato, el convenio (...), pero de que así y todo el laudo produce cosa juzgada (...), y es título ejecutivo (...). A posteriori porque en el procedimiento arbitral han de respetarse los principios esenciales de la actividad jurisdiccional o consocial (...). En esta materia —dice— cabe que los derechos positivos afecten en uno u otro componente. lo que da argumentos a la doctrina en uno u otro sentido, aunque a la postre parece que hay que concluir —dice— que predomina el componente jurisdiccional sobre el consocial, salvo todo en nuestro derecho actual”. J. MONTERO AROCA, Comentario breve a la Ley de Arbitraje VVA. Madrid 1990 (pág. 23 y 24).

¹⁵ Calvo Caravaca y Fernández de la Gándara señalan, a mayor abundamiento, que “las consecuencias de uno u otra de estas concepciones (las contractualistas y jurisdiccionalistas) se dejan sentir en el Derecho Internacional privado. Para la primera de ellas —dice— la primacía del carácter contractual del arbitraje sobre el laudo tendría obligatoriamente varios efectos, lo más importante de los cuales sería el necesario reconocimiento de un amplio espacio a la autonomía de la voluntad, es decir, la admisión de la facultad de las partes de elegir el Derecho aplicable por los árbitros, tanto en los aspectos procesales como en los cuestiones de fondo. Para la segunda, la Ley del Estado donde se encuentra la sede del órgano arbitral sería justificada su vocación *pari passu*, en principio, todas las cuestiones procedimentales —conforme a la regla *lex loci arbitri* procesales, de donde dependería en el Derecho procesal civil internacional—, e incluso habría que admitir, al menos en el ámbito de autonomía de la voluntad, que estaría legitimada por un cierto *ius cogens* para regular también las cuestiones de fondo”. A. L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Arbitraje comercial internacional. Madrid 1989 (pág. 24).

¹⁶ Aunque nuestro interés lo concipiamos del arbitraje como institución meramente promotor generalizado de una explicación del

comercial internacional desde una perspectiva jurisdiccionalista.

Por su carácter internacional, lo jurisdiccional es **preferido** por ese tipo de arbitraje porque, si así no fuera, *las partes acudirían a las soluciones jurisdiccionalistas de cada Estado en particular*. Y, justamente, lo que se pretende a través de la construcción metodológica del arbitraje internacional es *preferir esas soluciones jurisdiccionalistas*.

Muy distinto, en cambio, es que la ajurisdiccionalidad del arbitraje comercial internacional se ubique en soluciones jurisdiccionalizadas. En concreto, las de la *lex fori regit processum*. Pero, obsérvese que esa ubicación no implica jurisdiccionalización del arbitraje. Esto es, *“los árbitros internacionales no actúan como jueces estatales provistos de jurisdicción”*. La ubicación geográfica del árbitro internacional es **procesal** no jurisdiccional impuesta, por lo demás, por un derecho que, a fuerza de ubicar, convierte lo internacional en *privado de cada Estado* (Derecho Internacional Privado). Sin duda, todo un contrasentido.

EL ARBITRAJE EXTRAÑA LA JURISDICCIÓN. Frente a la *vexata quaestio* de la jurisdiccionalidad del arbitraje es preciso evidenciar cómo el arbitraje es **extraño** a los ámbitos de la soberanía estatal que presupone el ejercicio de la potestad jurisdiccional constitucional *“por cuanto es expresión de la autonomía privada”*. Sostener la jurisdiccionalización del arbitraje supone desconocer la **originalidad metodológica** que aporta justificada en la finalidad **negocial** que las partes pretenden conseguir a través de su **procedibilidad**.

Pese a la existencia de dos teorías básicamente contrapuestas (y las mixtas) —la llamada *naturaleza jurisdiccional* del arbitraje de un lado y de otro la *contractual*— *lo que importa, es la actividad que resuelve la cuestión litigiosa. Esa actividad es la que se corresponde con la existencia de un debido proceso sustantivo arbitral a partir de la cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedimental. Por ello el resultado final es procesal (sustantivo) y técnico o formal a la vez (procedimental)*.

Frente a las teorías más clásicas al uso —las jurisdiccionalistas, las contractualistas y las que poseen elementos de las dos; esto es las mixtas— es preciso sostener el carácter **procesal** del arbitraje, pues resulta obvio que el arbitraje **no es una actividad jurisdiccional** [si así fuera se estaría ante una jurisdicción especial] como asimismo resulta evidente, que no todo el arbitraje se reconduce a un planteamiento estrictamente contractual **insuficiente** para justificar la existencia de un derecho al *debido proceso sustantivo arbitral* al vincularse con aspectos *tan íntimamente ligados con la sustantividad de un proceso* como es la exigencia de alegar, de probar, de oponerse a la tramitación del procedimiento arbitral incoado o para, en fin, explicar el acceso a la jurisdicción estática mediante la vía de los recursos. Ese acceso además justifica su eficacia vinculante sobre la base de la firma **negocial** que LPA confiere al laudo arbitral (artículo 83 LPA).

Se trata de profundizar en la concepción del arbitraje como institución *netamente procesal* como ya postulara el profesor Almagro Nosolo pero, no tanto en una proyectada institucionalidad procesal *globalizante* de la explicación del arbitraje a través de una concepción *exclusivamente adjetiva*, como que el arbitraje es un **negocio jurídico** al que le *adjetiviza* su finalidad *funcional procesal*: *resolver cuestiones litigiosas*; y, en ese ámbito **negocial-procesal**, el arbitraje resuelve cuestiones litigiosas a través de una vertiente **garantista y sustantiva** y, por tanto, **autónoma** sobre la estrictamente adjetiva y formal o procedimental).

El negocio arbitral es, en todo caso, el resultado del principio de la autonomía de la voluntad, entendido exegéticamente extrarradio del régimen procesal estatalista y jurisdiccional y, por tanto, tipificados de una propuesta negocial de **compatibilidad y garantía jurisdiccional**. La funcionalidad procesal que despliega el arbitraje se justifica en su carácter negocial que excluye los planteamientos adjetivos-procesales que surgen contemporáneos, según Almagro Nosete, con el jurisdiccionalismo.¹⁹

La función que asume el árbitro es **procesal pero no jurisdiccional**. El arbitraje es un ejemplo de una actividad en la que se reside la **sustantividad** del proceso a través de la técnica procedimental que se prefiere **pero sin que ello suponga, en modo alguno, una conceptualización jurisdiccional ni del proceso ni del procedimiento arbitral**.

El resultado es simple: **no toda actividad procesal necesariamente ha de ser jurisdiccional** [como sucede con el arbitraje], **ni toda actividad jurisdiccional ha de ser necesariamente procesal**.

En mi opinión el arbitraje justifica su naturaleza jurídica porque **resuelve "cuestiones litigiosas" y esa finalidad no se alcanza mediante su adjetivación contractual o jurisdiccional**.

nismo exclusivamente procesalista necesitada "de una sede jurisdiccional propia y diferenciada".

Señala Almagro Nosete que "[...] no me parece ocioso dedicar algunas líneas a la abstracta cuestión de la naturaleza jurídica del arbitraje, pues del criterio que se adopte depende el concepto que pueda tenerse de la ejecución del laudo [...].

Las tesis clásicas al respecto enfrentan dos grupos de teorías, las contractualistas y las jurisdiccionalistas, clasificadas y ordenadas con su habitual meticolosidad por el Profesor Serra Domínguez que establece las versiones concretas de cada una. Ambas teorías conducidas al reduccionismo orientan de la idea que proponen son insuficientes, pero la contractualista, además lleva a reclamar exigencias contradictorias con el título o razón jurídica que se invoca. Son efectivamente insuficientes la jurisdiccionalista, porque en el plano interno debe para explicar la función arbitral como una función delegada o concedida por la jurisdicción del Estado y, en este sentido, asimilable a la misma como sustitutiva o también jurisdiccional o con una formulación, pero, en el plano externo, o sea, en el campo del arbitraje internacional (cada vez, por otra parte, más apartado) no es posible concebir la institución arbitral como un derivado de una jurisdicción inexistente [...].

En línea parecida jurisdiccionalista afirma Ferretchí "[...] si cada una de las partes, por sí misma, no puede resolver una controversia" con los mismos caracteres que el juez en la sentencia o sea, con **efectividad jurisdiccional** y con efecto de cosa juzgada plena; "[...] es evidente que no pueden otorgar donos del Derecho privado a un órgano más de lo que tienen —norma del que no saben. Por lo tanto, es evidente que el poder de decidir obligatoriamente, con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada, sólo puede venir a los árbitros del Estado y que la naturaleza del arbitraje sea procesal". Más adelante razona que "cuando se precisa el equívoco juicio es ya más discutible el carácter jurisdiccional de los árbitros".

La precedente opinión tiene la virtud de poner de relieve el contenido de las tesis contractualistas que, demandan de la jurisdicción del Estado unas prestaciones específicas de auxilio y ejecutoriedad no explicables por ningún otro contrato, pero, inerte, a mi juicio, en el ámbito de otorgar demasiado poder al Estado como fuente primera de toda autoridad jurídica, en conceder la relevancia decide el principio de la autonomía de la voluntad, y en el defecto —reconocido— de no justificar convenientemente la ejecutoriedad de los laudos extranjeros.

Jurisdiccionalistas, también, son las posiciones de sus discípulos Canaris y Serra que espiritualizan el argumento fundacional de la dirección de la fuerza, con el recurso de distinguir dos componentes en la jurisdicción: la actividad y la potestad (el poder moral de persuasión y la potestad coactiva). Estas referencias a un concepto romántico de la jurisdicción (lo que la jurisdicción en tiempos pasados o originalmente fue, sin que ello esté claramente establecido por las fuentes) o a un concepto utópico de la jurisdicción (de que la jurisdicción debe ser) no modifcan ni cambian el criterio sobre la incomplicidad de la tesis jurisdiccionalista, ya que no sería jurisdicción estatal, sino otra jurisdicción, privada o potada, o al menos, un concepto diferenciado de la jurisdicción si que se logra.

Pero es cierto que la eficacia del arbitraje no se explica, sin una especial protección o tutela jurisdiccional. Igualmente resulta claro que no se debe mezclar con categorías jurisdiccionales toda la actividad arbitral.

Frente a estas posiciones que no consideran árbitros sino incompetentes se alzan las denominadas contractualistas que insisten en la naturaleza del contrato, es decir, explican cómo un contrato no es un contrato, o lo que es lo mismo, cómo las especialidades requeridas por el presunto contrato son tantas que al final su naturaleza contractual se disolvieron según se disciernen las "atribuciones en agua". Representante autorizado de esta opinión en España ha sido Quispe. Con su natural ingenio elaboró una teoría contractual —concursos de constitución o análogos; contratos de interpretación jurídica o metabólicos y contratos de destrucción jurídica o catástrofes— que le permite situar el arbitraje entre los contratos de solución pertenecientes al tercer grupo.

Pero al explicar la ejecutoriedad del laudo arbitral acude a la suprema razón argumentativa de que es título de ejecución "porque la ley le da esa fuerza vinculada". Los ejemplos de autoridades (tesis de ejecución que no son sentencias, como las transacciones o acuerdos de hipoteca en las que concurren determinados requisitos, no son convenientes por la misma cuestión de extralimitación de árbitros expuestas cuyo carácter procesal es reconocido por numerosos autores, incluso con referencia a la hipoteca por el propio Quispe siguiendo la influencia contractualista que también recogió Ferretchí.

La imposibilidad de reconstruir la naturaleza del arbitraje a un criterio contractualista resulta, por lo demás de tendencias doctrinales y datos legislativos, coincidentes en "separar" el procedimiento arbitral del convenio principal en el que se inserta. Esta

El arbitraje resuelve cuestiones litigiosas a partir de la suscripción de un convenio arbitral conceptualizado como un **negocio jurídico que rehuye las teorías contractualistas al uso para explicar la naturaleza jurídica del arbitraje por cuanto, en una proyectada teoría general del negocio jurídico, las opciones contractualistas han de ser preteridas en la medida en que la propedéutica negocial se acerca al contractualismo pero, en cambio, se aleja de las soluciones procesales.**

Esa justificación procesal **aleja**, en puridad de principios, al (negocio) convenio arbitral del contractualismo y lo ubica en un ámbito **técnicamente negocial por sus consecuencias.**

Me ubico [y propugno] ante un **negocio jurídico impropio** respecto del cual es preciso subrayar la **corrección metodológica** ineluctable en la consideración del convenio arbitral como un *instituto jurídico negocial dotado de autonomía jurídica, estructural y funcional.*

El convenio arbitral, antes que contrato, es la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de **construir estructuralmente un negocio jurídico; pero no con las consecuencias propias de un contrato sino impropias de un ámbito funcional, tan**

doctrina llamada de la "separabilidad" es la manifestación más potente de la inconsciencia de la tesis contractual. Revivida más allá de su verdadero función como origen del arbitraje y razón legitimadora del mismo.

La naturaleza jurídica del arbitraje reclama un examen primario, paralizado de los distintos momentos del mismo; y luego, global, que permita en atención al criterio del productor resultante, determinar el encuadre del instituto.

El fundamento del arbitraje no es distinto del derecho general de accionar (o derecho a la jurisdicción). Antes de asentarse y encontrarse su justificación en un derecho primario fundamental, puede decirse que natural y que algunos consideran el más fundamental de todos los derechos, pues sin su reconocimiento no se pueden desarrollar los demás, es el derecho a la defensa jurídica de todos los derechos que sustituye a un derecho más elemental y primitivo, el derecho a la autodeterminación. Este derecho a la defensa jurídica, sirve de base al derecho a la jurisdicción, a veces, con alcance de reconocimiento constitucional, como ocurre actualmente en el artículo 24 de la Constitución española, pero, al tiempo, paralelamente a semejanzas de ese mismo derecho, debe explicarse el derecho al arbitraje de los conflictos jurídicos intersubjetivos, pertenecientes al Derecho privado. Así se ha reconocido, también a veces, por la Constitución, como ocurrió en la Ley Cádiz (1812), cuyo artículo 260 estableció, "no se podrá privar a ningún español del derecho de resolver sus diferencias por medio de jueces-árbitros, elegidos por ambas partes".

Previamente al arbitraje es un conflicto jurídico determinado o determinable que no degenera inevitablemente en la necesaria intervención jurisdiccional (si los implicados quieren resolverlo) por acuerdo de los sujetos en encomendar la decisión del mismo a un sujeto tercero imparcial, sin perjuicio, en su caso, de un cumplimiento forzoso de aquella, impuesto por los órganos jurisdiccionales.

Origen y causa legitimadora, de la exclusión inicial de la jurisdicción es, efectivamente, un contrato de alçada no obstante procesal, que atroye a un tercero de acuerdo con los requisitos de Derecho público que establece la Ley, el derecho-deber (previa aceptación) de resolver el conflicto. Los contratos, por otra parte, ni son ajenos al Derecho procesal, ni antes del proceso (v. g. pacto de sumisión expresa) ni durante el proceso (v.g. acuerdo sobre compromisos de partes), ni después del proceso (v.g. convenio liquidatorio).

Tramitado el conflicto, el método de resolución es procesal y durante la sustanciación del mismo deben observarse unas formalidades esenciales, de orden público procesal, que no pueden ni eliminarse ni conculcarse, so pena de provocar la nulidad de la decisión final o laudo. El proceso arbitral que en cuanto consensado no ofrece problemas, se muestra, no obstante, subordinado a la jurisdicción que puede determinar su nulidad.

Finalmente —y enlazando con el punto anterior— la eficacia jurídica del laudo o decisión final o sentencia arbitral, está en función de una garantía jurisdiccional especial, que el laudo odo esentado o equiparado a la sentencia judicial. De esta equipación laudo-eprocación jurisdiccional depende toda la virtualidad del arbitraje. La garantía jurisdiccional especial reservada al arbitraje se proyecta en diferentes momentos del "arbitraje": etapa privilegiada de la cláusula compromisoria, comparecer jurisdiccional para la formalización del compromiso de arbitraje, elección de sumisión a arbitraje, cooperación judicial en la adquisición y prueba de los medios probatorios, eliminación de las vías procesales jurisdiccionales ordinarias, régimen limitado de impugnaciones, ejecución provisional del laudo, adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa.

El examen global arroja un dato balance procesalístico, perentariamente explicable si se tiene en cuenta que la heteroconcepción del conflicto, presente en el arbitraje, es la razón misma del "arbitraje procesal". En consecuencia, nuestra conclusión es clara: el arbitraje es una institución netamente procesal, que no se confunde con el proceso jurisdiccional estatal y que necesita —diseño de una tutela jurisdiccional propia y diferenciada de la común y general dispensada a los contratos. Proceso arbitral y proceso jurisdiccional, ambos deducidos, concilian y se unifican en el proceso jurisdiccional de ejecución. J. ALMAGRO NOSETTE. La ejecución del laudo arbitral, en *Revista Universitaria de Derecho Procesal con adosante*, "TRUC" Publicación de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (en adelante, "UNED"), núm. 11 de 1998 (págs. 10 a 22).

¹¹ Es de todo punto errada la opinión de cierta sector doctrinal, como se representado por Martínez García que tras admitir la funcionalidad procesal del arbitraje la justifica en el contractualismo que sería "fuente común del arbitraje". E. MARTÍNEZ GARCÍA.

alejado del contractualismo, como el **procesal**. La funcionalidad procesal del arbitraje *no se justifica en el contractualismo tal y como postula Martínez García.*¹⁷

Ciertamente, la “fuente ordinaria del arbitraje” no es un contrato, como postula Martínez García, sino la existencia de un negocio jurídico entre las partes impropio por sus consecuencias de ámbito funcional proyectadas *procesalmente*. **NO HAY CONTRATO. SÓLO NEGOCIO JURÍDICO QUE NO POSEE EL AVOCAMIENTO PROPIO DEL CONTRACTUALISMO, SINO EL IMPROPIO DE SU FUNCIONALIDAD PROCESAL.**

Tampoco la *funcionalidad procesal* del arbitraje se justifica, según Bernardo San José, en la existencia de los denominados “contratos procesales” por cuanto el denominado *contractualismo procesal* va a incidir sobre un “convenio” (el arbitral) que *antes que contrato es un negocio jurídico impropio por las consecuencias procesales que origina.*¹⁸ *No existe contrato. Ni, por tanto, es precisa esa adjetivación.*

Las medidas cautelares durante el pendencia de un arbitraje interno o internacional (A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de noviembre de 1998), en RVDPA, 2, 1999 (pág. 208).

¹⁷ Bernardo San José se expresa del modo siguiente: “Independientemente del carácter contractual o jurisdiccional que se atribuya al arbitraje como institución, la naturaleza contractual del convenio arbitral resulta –dice– incontestable.

El convenio arbitral es el contrato mediante el cual dos o más personas expresan su voluntad de someter la solución de todas o algunas cuestiones legales, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, cuya resolución se obliga a cumplir expresamente (artículo 5.1. Ley de Arbitraje española).

El hecho de que la Ley de Arbitraje española, rompiendo con la tradición, haya sustituido el término “contrato” por el de “convenio” no significa –dice– que el convenio arbitral haya dejado de ser un contrato.

Quizás –añade–, con la utilización del término “convenio” haya querido el legislador centrar la atención en la necesidad de acuerdo entre las partes, esto es, en el consentimiento, más que en los demás aspectos propios de toda figura contractual. [...].

Resulta evidente, por tanto, que el convenio arbitral tiene naturaleza contractual. Así, al igual que los demás contratos, tiene su base en la autonomía de la voluntad, y sus requisitos de constitución, validez y eficacia se rigen, en principio, por los correspondientes preceptos del Código Civil.

No obstante, presenta una serie de peculiaridades que, en cierta medida, lo alejan del régimen general de la contratación privada; y es que el convenio arbitral, a diferencia de los que podríamos denominar contratos privados “ordinarios”, tiene como finalidad específica la producción de efectos procesales, no materiales. En otras palabras, la eficacia de un convenio arbitral no altera las relaciones jurídico materiales entre las partes contratantes, pero sí incide en la forma en que éstas van a resolver las controversias que eventualmente puedan surgir. Como es bien sabido, la finalidad primordial del convenio arbitral es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia y obtener su resolución a través de un árbitro dictado por árbitros (ya decir, por particulares), que profiera los mismos efectos que una sentencia firme: cosa juzgada e ejecutividad.

El convenio arbitral tiene así un origen privado, pero ha de producir sus efectos en una esfera, la procesal, en la que predomina el interés público (al fin y al cabo, el Estado es en último término el garante de una ordenada y eficaz resolución de los conflictos transubjetivos que evita la arbitral) y en la que subsiste, en todo caso, la renuncia (parcial, pero sí) al derecho fundamental a obtener la tutela de jueces y tribunales.

Esta especial cualificación del convenio arbitral por razón del ámbito en que ha de producir sus efectos se puede apreciar concretamente en el articulado de la Ley de Arbitraje: así, las especiales precauciones que adopta el artículo 5 de la Ley de Arbitraje española para asegurar la emisión de la declaración de voluntad, la exigencia ad substantiam de la forma escrita (art. 6 Ley de Arbitraje española); las detalladas consecuencias que comporta la simple sumisión genérica a una institución arbitral (artículo 22.2 Ley de Arbitraje española); el fulminante efecto de renuncia tácita al convenio arbitral que supone no impugnar en tiempo y forma la producción ordinaria (artículo 11.2 Ley de Arbitraje española); la caducidad del arbitraje por falta de aceptación de los árbitros nombrados por las partes o la falta de aceptación de la institución arbitral a la que se someterá el arbitraje (artículo 28.2 Ley de Arbitraje española); la eficacia de cosa juzgada material del laudo (artículo 37 Ley de Arbitraje española); su directa ejecutividad (art. 52 Ley de Arbitraje española). Todos estos extremos no se explican –dice– a través de una simple referencia a un contrato de Derecho privado.

Más aún, hasta donde llegamos los efectos de un convenio “ordinario” de Derecho privado y qué es lo que añade la especial naturaleza del convenio arbitral es algo que se advierte fácilmente con sólo tener presente la distinta vinculación que surge entre las partes que han acordado aceptar la decisión de un árbitro de forma directa e independiente por la Ley de Arbitraje española (artículo 3.2 Ley de Arbitraje española). Y la vinculación que surge de laudo únicamente dictado.

Todas estas razones nos permiten afirmar que el convenio arbitral es un contrato, cuando menos, “de contenido procesal”. La de los “contratos procesales” (*Prozessverträge*) es una categoría de origen germanico, que no ha sido objeto apenas de desarrollo en nuestro Ordenamiento. De modo sintético puede decirse que serían contratos procesales todos aquellos cuyo principal efecto se produce de modo directo en el plano del proceso. A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción, incompatibilidad y vías de solución* Ed. Comares, Granada 2002 (pág. 7 y 8).

¹⁸ Dice Bernardo Blázquez que “sin un convenio arbitral el arbitraje no existe. La presencia de este acuerdo implica la renuncia al derecho de ser oprimidos a acudir ante un juez estatal y al mismo tiempo provoca la inhibición de estos órganos para obrar en

El convenio arbitral no es un contrato procesal a pesar del criterio que también sustenta Santos Belandro.¹⁸

El arbitraje sólo tiene sentido si el árbitro hace uso de las **garantías sustantivas "de aquí y ahora" del debido proceso sustantivo arbitral y las actúa mediante la tecnificación acrílica y atemporal del procedimiento**. De ahí que interese ante todo la **procedibilidad negocial** del arbitraje [que obviamente no puede ser contractual en la medida en que la propedéutica negocial del contractualismo se aleja de la **procedibilidad exclusivamente** negocial del arbitraje] y su perspectiva garantista que hace posible la resolución de cuestiones litigiosas que se hallan en el ámbito de la libre disposición de quienes, como personas físicas o jurídicas, les asiste el poder solucionarlas procesalmente cuando, previo convenio arbitral, se obligan a nombrar y aceptar la resolución de uno o varios árbitros.

FRENTE A LAS DENOMINADAS TEORÍAS CONTRACTUALISTAS, JURISDICCIONALISTAS Y MIXTAS LA NATURALEZA JURÍDICA RESOLUTIVA DEL ARBITRAJE ES DE PROCEDIBILIDAD NEGOCIAL.

A través de mi aportación justifico la naturaleza jurídica del arbitraje en lo que Bernal Gutiérrez ha denominado ya **TEORÍA NEGOCIAL-PROCESAL** como metodología de mi autoría conjuntamente con otras ya existentes como la corriente procesalista, la corriente contractualista, la teoría mixta y la teoría autónoma.²⁰

litigios determinados por las partes. Se trata, por lo tanto, de un pacto que crea o transfiere derechos y obligaciones y que en lugar de tener normas sustantivas que sean procesales. Por ese motivo –dice– se lo considere un contrato procesal". R. B. SANTOS BELANDRO. *Siete lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional)*. Asociación de Escribanos del Uruguay 2005 (pág. 33).

¹⁸ Bernal Gutiérrez se expresa del modo siguiente: "Frente a los sistemas vicios (passivi), el tratadista español Antonio María Lora Navarrete, propone, para el caso de su país pero evidentemente con proyección a muchos otros sistemas jurídicos, el que más allá de los teorías vicios, se de una naturaleza procesal en el arbitraje complementada con la visión de un negocio jurídico".

Se trata de externar, pero en grado de precisión, transcribo la formulación de la propuesta por el autor citado:

"Frente a la existencia de dos teorías básicamente contrapuestas –la llamada naturaleza jurisdiccional del arbitraje o la teoría contractualista– lo que importa, es la actividad que requiere la cuestión deposta. Esa actividad es la que se corresponde con la existencia de un debido proceso sustantivo arbitral a partir del cual se puede establecer la más variada aplicación de técnica procedimental. Por ello, el resultado final es procesal (sustantivo y técnico o formal a la vez procedimental); al bien, esa sistematicidad se jurisdiccionalista a través –pero no antes– de la vía del recurso y se constitucionaliza al situarse dentro de la esfera de actuación de la tutela efectiva que proclama el artículo 24 C. 1".

"Por el contrario, es preciso señalar al carácter procesal del arbitraje, pues resulta obvio que el arbitraje no es una actividad jurisdiccional si así fuera se estaría ante una jurisdicción aspecto prohibido por nuestra Constitución) como resultado resulta evidente, que no todo el arbitraje se reduce a un planteamiento esencialmente negocial (sustantivo) pero justificar la existencia de un derecho al debido proceso sustantivo arbitral al vincularse con aspectos tan obviamente ligados con la existencia de un proceso como lo la diligencia de alegar, de probar, de oponerse a la tramitación del procedimiento arbitral acordado o para, en fin, explicar el acceso a la jurisdicción estatal mediante la petición de nulación del laudo. Ese acceso además justifica su otorgado vinculante sobre la base de la finísima negocial que el artículo 37 Ley de Arbitraje española le confiere".

Se trata de profundizar en la concepción del arbitraje como institución netamente procesal como ya postuló ALVARO NOSETTI (Cfr. La ejecución, págs. 27, 28) pero, no tanto en una proyectada institucionalidad procesal (procedente de la explicación del arbitraje a través de una concepción esencialmente negativa como que el arbitraje es un negocio jurídico al que le adhiere su finalidad funcional procesal: resolver cuestiones litigiosas; y, en ese ámbito, negocial/procesal, el arbitraje resuelve cuestiones litigiosas a través de una variante garantista sustantiva y, por tanto, autónoma sobre la jurisdicción estatal y finis procedimental) (Manual de Derecho de Arbitraje, Ed. Doxide, 1997, pág. 112). R. BERNAL GUTIÉRREZ. *El arbitraje en Guatemala. Apoyo a la justicia*. Centro de Arbitraje y Conciliación, CENAC Guatemala 2000 (pág. 34 y 35).