



Universidad
Politécnica
de Nicaragua

Sirviendo a la Comunidad

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Volumen 2 • No. 7 • Enero - Marzo 2017 • ISSN 2413-810X

Publicación trimestral
Managua, Nicaragua

SUMARIO

- Editorial
Roberto Guerrero Vega
- Artículos
Carlos de Gómez Pérez-Aradros
Byron Sequeira
- Ponencias
Luis Manuel Osejo
Jenny Mora Paizano
- Entrevistas
Alma Fernández
- Corpus iuris de derechos humanos
Asamblea General de la OEA
Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Informativo



ICEJP

Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos

ECJP
UPOLI

Escuela de
Ciencias
Jurídicas y
Políticas

Naturaleza jurídica del arbitraje

Byron Sequeira

Recibido: 22.06.16 / Aceptado: 26.12.16

RESUMEN

El arbitraje tiene razón de ser en los instrumentos que lo impulsan. Sin embargo, estas herramientas requieren de un enfoque más allá de las normas que, únicamente, la doctrina se ha encargado de desarrollar. Este enfoque parte del análisis filosófico del arbitraje como institución jurídica y de ahí se extiende a las formas en que ha de ejecutarse. Como toda institución encarna un sentido propio que al existir permanece y se exterioriza en las normativas de los ordenamientos jurídicos. A esto se le conoce como la naturaleza jurídica. En este trabajo se analiza las dos corrientes más aceptadas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, a saber, la teoría contractualista y la teoría jurisdiccionalista que, según la realidad de cada ordenamiento jurídico, tendrá su razón de ser.

PALABRAS CLAVES

Arbitraje, naturaleza jurídica, teoría contractualista, teoría jurisdiccionalista.

ABSTRACT

The arbitration has reasons to exist within the instruments that drive it. However, these tools require an approach beyond the rules that only doctrine has been in charge to develop. This approach is part of the philosophical analysis of arbitration as a legal institution and from that point it extends to the ways in which has to be implemented. Like any other institution, it embodies an own sense of self that remains and it is exteriorized in the regulations of legal systems. This is known as the legal nature. This paper analyses the two most widely accepted movements about the legal nature of arbitration, those are, the contractualist theory and the jurisdictional theory, which, according to the reality of each legal system, will have its reason of being.

KEYWORDS

Arbitration, legal nature, contractualist theory, jurisdictional theory.

Introducción



Byron Sequeira (1989) abogado, candidato al grado de doctor en derecho por la UPOLI. Jefe de Área de Ciencias Políticas de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI. Contacto: derecho-cienciaspoliticas@upoli.edu.ni

Al introducimos en el objeto de estudio de este trabajo, nos permitimos partir de la siguiente cita: “he aquí esta dificultad. ¿Por qué hay unidad en el ser definido, en el ser cuya noción es una definición?” (Aristóteles, Forster, & Tredennick, 1966, 172 b). Definir en la generalidad siempre es en sí mismo, una tarea compleja, que requiere pericia y conocimiento multidimensional de todo aquel que pretenda llevar a cabo esta loable labor, aun cuando se trata de explicar un fenómeno o institución jurídica, puesto que estos generan siempre reacciones doctrinarias diversas y en algunas ocasiones discordantes entre sí, acontecimiento que no es en lo absoluto ajeno al quehacer diario del derecho, como resultado de la complejidad que significa la conceptualización de las conductas humanas surgidas en el

seno de la sociedad .

Ahora bien, para permitir al lector distinguir el oriente de este escrito, es menester que conceptualicemos: ¿qué quiere decir *definir*? El diccionario de la Real Academia Española nos dice que proviene del latín *definire* que significa: fijar con claridad, exactitud y precisión el significado de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa, decidir, determinar, resolver algo dudoso. Por tanto, definición es la operación que consiste en analizar la comprensión de una idea.

En la parte inicial de este trabajo nos aproximamos a los elementos que nos permitan identificar la naturaleza jurídica del arbitraje, recurriendo primero al abordaje filosófico relativo a la naturaleza de las cosas. La reflexión filosófica de este aspecto nos permitirá apropiarnos de las diferentes dimensiones que integran la comprensión de la naturaleza jurídica de la figura en estudio. Tras la labor filosófica, el trabajo se aboca al estudio de dos de las teorías doctrinales más debatidas y confrontadas que se han ocupado de abordar la naturaleza jurídica del arbitraje, a saber: la teoría jurisdiccionalista de la naturaleza del arbitraje, la cual está fundamentada en la finalidad del arbitraje y la labor del árbitro y, la teoría contractualista de la naturaleza jurídica del arbitraje que implica el reconocimiento de la voluntad de las partes y su libre disponibilidad.

Para definir la naturaleza del arbitraje, necesariamente debemos hacer el viaje entre ambas teorías que explican la razón de ser de esta institución. Después de este necesario análisis de ambas teorías, el escrito prosigue hacia un estudio profundo del caso nicaragüense. Como veremos, para el caso nicaragüense, los principios generales del arbitraje nos sirven como directriz orientadora, marcando el eje transversal que aborda la Ley de Mediación y

Arbitraje, aunque no nos permiten dilucidar claramente la tendencia a la cual se inclina dicha institución.

Uno de los objetivos primordiales de este documento es dotar al lector de elementos conceptuales que le permitan construir su propia conclusión, además de recibir las de su autor, sobre la naturaleza jurídica del arbitraje y cómo esta se ve desarrollada en el marco jurídico de los ordenamientos jurídicos, específicamente el de Nicaragua.

Perspectiva filosófica de la naturaleza jurídica del arbitraje

Identificar la naturaleza del arbitraje como tal, no debería representar ninguna dificultad, más aún, teniendo acceso a los resultados doctrinales que clasifican a este en varias teorías. Sin embargo, vale la pena preguntarse, ¿por qué es necesario conocer la naturaleza del arbitraje como método de resolución alterna de conflictos? ¿Qué relevancia tiene manejar la naturaleza jurídica de esta figura? ¿Para qué sirve saberlo?

Si bien la temática de la naturaleza jurídica de las cosas compete, en primera instancia, a la filosofía y particularmente en el ámbito jurídico, a la filosofía del derecho, el asunto no nos es totalmente ajeno. “Pueden decir, no sin razón, que el tema de la naturaleza jurídica desborda su competencia, pues por su carácter general entra de lleno en el ámbito jurisdiccional del filósofo. Y el filósofo del [d]erecho, a quien, en efecto, correspondería estudiar esta materia” (Lois Estévez, 1956, pp. 159-182).

Para los juristas, de nada serviría saber las teorías de la naturaleza jurídica del arbitraje si no está clara la causa de ello, como fuente creadora de la misma. Por esa razón, debe remitirse previamente a su enfoque filosófico del tema. En otras palabras, su importancia radica en ser la idea precursora que da nacimiento a esta figura y que al mismo tiempo justifica su existencia. Aristóteles dijo: “suponemos que tenemos conocimiento de una cosa cuando conocemos su causa” (Aristóteles, Forster, & Tredennick, 1966, p. 172). En este sentido, la causa debe entenderse como aquello a partir de lo cual algo se hace o se produce.

La naturaleza de las cosas está relacionada a la causa de su origen, y de igual manera, la naturaleza jurídica de las instituciones y figuras del derecho. Es ahí, en donde se justifica su existencia, desarrollo, validez y aplicación. Además, esta temática ha sido objeto de consideración desde épocas antiguas, por ejemplo, para Aristóteles es la esencia de los seres que poseen en sí mismo principio de actividad (Aristóteles. & Russo, 1968, Pág. 195a). Al respecto, Heidegger nos explica, lo siguiente:

la época del [...] despliegue de la filosofía occidental, es decir, entre los griegos en quienes la pregunta por el ente cómo y en su totalidad tuvo verdadero comienzo, al ente se le denominó *physis*. Esta fundamental palabra griega, que designa al ente, se suele traducir con el vocablo «naturaleza». Se emplea la traducción latina «*natura*» que, en sentido propio, significa «ser nacido», «nacimiento». Pero ya con esta traducción latina se extorsionó el contenido originario de la palabra griega *physis* y se destruyó la fuerza nominal, propiamente filosófica, de dicho término [...]. Ahora bien,

¿qué dice la palabra *physis*? Significa lo que sale o brota de sí mismo («das von sich aus Aufgehende») (por ejemplo, el brotar de una rosa); el desplegarse que se manifiesta, lo que en tal despliegue se hace manifiesto y se detiene y permanece en esa manifestación; brevemente dicho, la fuerza imperante (*Walten*) de lo que, al brotar, permanece (Heidegger & Ackermann Pilári, 1995, p. 22).

Claro está que la interpretación del término es profunda y requiere de estudio independiente. No obstante, nos ocuparemos de la utilidad de este tema en el desarrollo de este apartado; antes habrá de recalcarse brevemente la relevancia para la humanidad que, en el sentido filosófico, ha representado la naturaleza de las cosas.

Tanta ha sido la notabilidad de este tema, que hasta en el Medioevo, por medio de la simbología yacía la preocupación por utilizar las alegorías para ilustrar la naturaleza de las cosas, como razón de su ser. Por ejemplo, Beda el que ha sido considerado uno de los eruditos más notables de la Edad Media, por medio su escrito *De natura rerum* (la Naturaleza de las Cosas) y *De temporarum ratione* (de los tiempos) dejó plasmado dibujos en pluma en los que describen monstruos que son transmisores de la enseñanza y con ello la naturaleza que representaba (Fábregas y Olivar, 2002).¹

En este sentido, partiendo de una necesidad filosófica de considerar la naturaleza de las cosas como algo requerido en su estudio para desarrollar una temática, la filosofía del derecho con respecto al objeto de su estudio sigue la misma lógica. Es decir, analizar la razón del porqué existe una figura o institución es fundamental para aplicarla lógica y coherentemente. En el derecho, la naturaleza jurídica de una institución estriba en los procedimientos técnicos, en las categorías jurídicas por cuya mediación el derecho realiza y, sanciona la idea general que esa institución sirve de principio (Lois Estévez, 1956, pp. 159-182).

Para efectos de este apartado consideraremos, pues, la naturaleza jurídica de las cosas como la razón de la existencia y esencia de las instituciones que tienen validez y eficacia, además de por sí mismas, también por el respaldo del imperio de la ley. La naturaleza jurídica del arbitraje deberá manejarse para comprender la corriente doctrinal y filosófica que encierra el ordenamiento jurídico de un país. De ahí que múltiples tratadistas, que a continuación desarrollaremos se han encargado de analizar cuál es el origen o fuente motivadora del arbitraje y las bases que esta posee para su aplicación lógica y coherente en la práctica jurídica. Se requiere pues lo anterior, para partir del planteamiento doctrinal y aterrizar en el desenvolvimiento práctico del arbitraje.

¹ Estos monstruos estaban compuestos por partes de animales diferentes, en el folio 63 de ese antiquísimo documento se visualiza una criatura con su parte superior, representada con una cabeza de pájaro con orejas de burro, la cola de un dragón que termina en la de un pavo real, un ala con un brazo humano y una pierna con una pezuña bovina. La segunda criatura tiene una cabeza de perro con astas de ciervo; los brazos y manos humanos sostienen un garrote, sus patas terminan en garras o pezuñas. Los versos en latín, que acompañan los dibujos, explican su simbología durante la Edad Media. Por ejemplo, un pico de pájaro es símbolo de locuacidad, mientras que las astas de ciervo representan arrogancia. Tanto los versos como las imágenes estaban pensados para cumplir una función didáctica en clases de latín y en el análisis de cuestiones relacionadas con la filosofía moral. Estos manuscritos al mismo tiempo traían consigo la importancia de estudiar la naturaleza de las cosas.



<http://blogs.elconfidencial.com/>

Teorías sobre la naturaleza del arbitraje

Considerando lo anterior, sobre la necesidad de conocer la naturaleza jurídica de una institución, múltiples doctrinarios han desarrollado luces sobre la razón de ser del arbitraje tomando en consideración la forma en que se origina y la forma en que este resuelve el conflicto. Con la aparición de mecanismos autocompositivos y heterocompositivos en el Estado surge la posibilidad, en el primer caso, de resolver conflictos o disputas con formas alternas y directas entre las partes, y en el segundo caso, de recurrir a los mecanismos legales que el Estado administra y supervisa.

Con referencia a los mecanismos heterocompositivos significó dos cosas:

1. La regulación de la actividad jurisdiccional del Estado, en la que una parte involucrada en conflictos con otra, acude a un órgano nombrado por el Estado, ajeno a la voluntad de cualquiera de ellas. El sometimiento únicamente estará regulado por directrices de competencia y solemnidad, para su procedencia. No requiere la voluntad o consenso de las partes. Es decir, el proceso judicial tal a como lo entendemos hasta el día de hoy (González, 1992).
2. La posibilidad de remitir a un tercero elegido por las mismas partes involucradas en un conflicto.

En este segundo punto surge la figura del arbitraje, en la que tal como definimos, es el proceso en virtud del cual, previo acuerdo, dos o más partes han decidido resolver sus controversias alternamente a la vía judicial, nombrando un tercero para que dirima el conflicto según las facultades que estos le han asignado. Estamos frente al *ad biter*, formada

por la proposición *Ad y arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia (Gozaíni, 1994, p. 9). Caravantes expresa que esta palabra supone la voluntaria elección de las partes para que un tercero falle en un negocio que los enfrenta. Se concluye, entonces, que la palabra arbitraje o arbitramento indica la autoridad o jurisdicción que adquieren los árbitros por el compromiso (Vicente y Caravantes, 1856, p. 466).

Para algunos el arbitraje tiene naturaleza contractual al provenir de la libre estipulación entre partes. Otros, en cambio, atienden no a la manera como se constituye, sino a la forma de resolución, señalando la naturaleza jurisdiccional del acto final. Las teorías que explican la razón de ser del arbitraje, su origen central y su desenvolvimiento al momento de aplicación, tradicionalmente, han estado en dos opuestos.

No abordaremos en este escrito la teoría mixta o ecléctica² de la naturaleza jurídica, por ser la unión práctica o conciliación de los argumentos de las dos teorías tradicionales (Calamandrei, 1962, p. 280). Nos enfocaremos en las dos teorías contrapuestas, con argumentos contrarios, que nos lleven a analizar profundamente la naturaleza, evitando así la conciliación conceptual de ambas teorías que es el producto o fundamento de la teoría ecléctica.

Teoría jurisdiccionalista o procesalista de la naturaleza del arbitraje

La teoría jurisdiccionalista se fundamenta en la finalidad del arbitraje y la labor del árbitro. En este sentido, se entiende que la función arbitral lleva implícita la función jurisdiccional del Estado de administrar e impartir justicia e inclusive ejecutarla. Es decir, la teoría jurisdiccionalista reconoce a los árbitros como administradores de conflictos que imparten justicia “privada”. Se considera que el arbitraje es una concesión, que en materia de derecho privado se hace el Estado a los particulares, para resolver sus conflictos (Talero Rueda, 2008, pp. 1-25.).

Se trata, pues, de un proceso el que debe reconocérsele su naturaleza jurisdiccional, sin que la derivación de competencias que las partes les otorgan a los árbitros sea determinante para caracterizar el mismo. En esa dirección se desempeñan como verdaderos jueces, con autonomía e independencia frente a las mismas partes que hicieron su designación (Monro y Cabra, 1982, p. 6).

Ante esta teoría existe la postura de la Corte constitucional de Colombia, que dejó plasmado algunas consideraciones para determinar la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, al expresar que el arbitraje es la representación de un mecanismo para impartir justicia, a través del cual igualmente se hace efectiva la función pública del Estado en ese sentido, y claramente consagrado por el ordenamiento jurídico; es más, dicho instituto goza de autorización constitucional expresa, con determinadas características, en donde los árbitros

² La teoría mixta tiene entre sus defensores a autores como Piero Calamandrei, que expresa el carácter auxiliar el árbitro con respecto al juez, es decir, el árbitro imparte justicia pero requiere del reconocimiento de éste para ejecutar lo decidido. Lo que hace a su origen contractual fuertemente amarrado al carácter jurisdiccional del Estado, para ejecutar lo resuelto.

quedan investidos transitoriamente, de la función de administrar justicia, con los mismos deberes, poderes, facultades y responsabilidades, en razón de haber quedado habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que señale la ley.

[...] La decisión arbitral concretada en un laudo arbitral, bien sea en derecho o en equidad, es eminentemente jurisdiccional y equivale a una providencia judicial, en cuanto resuelve el litigio suscitado entre las partes, pronunciándose sobre los hechos, resolviendo sobre las pretensiones, valorando las pruebas y declarando el derecho a la luz de los mandatos constitucionales y legales o atendiendo a los principios de equidad. Claro está, que la ejecución y control de ese laudo corresponde a la jurisdicción ordinaria permanente. No cabe, entonces, duda alguna de que el arbitramento constituye una institución importante para la obtención de una eficaz administración de justicia. (Colombia, Corte constitucional de Colombia, sentencia C- 242 de 1997)

Este criterio revestido de un análisis procesalista de la función arbitral, nos indica al menos ciertos discernimientos que fundamentan la teoría jurisdiccional. Cabe destacar la equivalencia del laudo arbitral con respecto a las providencias judiciales, puesto que resuelven conflictos entre las partes por medio del análisis de prueba, de los hechos presentados y las pretensiones expresadas en la litis.

De hecho, se sostiene el criterio de un reconocimiento temporal del ejercicio de la jurisdicción para impartir justicia. Esto equivale a comparar a la figura del árbitro con respecto al judicial como hermanos pero de diferente padre, cuya madre es la constitución que reconoce y permite el ejercicio de la jurisdicción pero por ser uno originado por la voluntad de las partes para resolver el conflicto frente a un tercero, los hace diferentes.

Se han desarrollado puntos que apuntan hacia la vigencia de la teoría jurisdiccionalista de la naturaleza del arbitraje (Serra Domínguez, 1969, pp. 580-582), sosteniendo que:

1. La labor jurisdiccional es independiente de la atribución que hace el Estado a un órgano que se encuentra bajo su cuidado. Dicha afirmación por considerarse históricamente que jurisdicción es anterior a la legislación. En este sentido, la designación del órgano como tal es irrelevante, sea este un tercero ajeno al Estado o bien proveniente de éste. Lo importante será la función que ejerce el tercero para dirimir el conflicto.
2. El resultado que pone fin al conflicto son idénticos, tanto para la sentencia así como para el laudo. En ambos casos las pretensiones planteadas por las partes reciben respuesta ya sea estimándola en todo o en parte, o desestimándola.



<http://inadeb.edu.be/>

3. El consentimiento de las partes en el proceso arbitral opera únicamente en su fuente creadora, es decir en el momento inicial del arbitraje. Es totalmente irrelevante a lo largo del procedimiento arbitral.
4. El tercero designado como árbitro únicamente posee autoridad entre las partes para decidir y dirimir el conflicto, pero les hace falta la potestad que es un atributo exclusivo del Estado. Por ello, requerirá la cooperación de los tribunales respecto de aquellos actos que necesiten posesión de potestad.

Estos puntos, permiten a los seguidores de esta corriente, considerar que la naturaleza del arbitraje no está definida, por el órgano, sino por la función o rol que este desempeña a la hora de dirimir el conflicto. Inclusive, esta interpretación se extiende a aquellos momentos en que existan vacíos procesales, para reafirmar el papel del árbitro ante el silencio procesal que dejó la voluntad de las partes al momento de constituir el arbitraje.

En otro análisis, la misma Corte Constitucional de Colombia reafirma la labor pública que le es asignada al árbitro para impartir justicia. A pesar del nombramiento temporal (es decir, únicamente mientras dura el proceso) tienen la facultad de emitir fallos ya sea en equidad o en derecho. Esto los hace titular del ejercicio de una función pública estatal. En esta sentencia se estableció igualmente el carácter transitorio con el que son investidos los árbitros para administrar justicia y se determinó la viabilidad para que tribunales de arbitramento conozcan de procesos ejecutivos (Informe de Ponencia para Primer Debate (Tercer Debate) del Proyecto de Ley 176 de 2011, 2012).

Teoría contractualista de la naturaleza jurídica del arbitraje

Esta teoría parte del principio de autonomía de la voluntad de las partes, como motor del arbitraje. El arbitraje como tal sólo se desarrollará bajo los términos que las partes así hayan plasmado y consensuado. Aunque sea un proceso regido por normas jurídicas, el principal punto inicial será la voluntad de los individuos. Lo importante de esto es cómo se origina el arbitraje y no así la función que el árbitro desempeñe.

Según este criterio, lo importante del arbitraje es su constitución formal y lo que ello envuelve que, en palabras de Chiovenda, implica que la autoridad judicial no pueda conocer del asunto controvertido. En este sentido, la sola puesta en conocimiento ante un judicial de la causa regulada por arbitraje, dotaría a una de las partes de la posibilidad de oponer la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia ni de litispendencia, sino la renuncia expresa al procedimiento judicial. Las partes han de resolver el conflicto mediante un juicio ajeno. Quien lo resuelve es el árbitro que, en términos claros, no es funcionario estatal, no ostenta jurisdicción, ni propia, ni delegada; sus facultades o poderes se derivan de la voluntad de las partes expresadas según las formalidades de ley. De hecho, la decisión que sea dictada por la autoridad arbitral, es irrevocable por las partes, puesto que a ella, previamente, se habían sometido; pero no posee ejecutoriedad por sí sola (Chiovenda & Casais, 1922, p. 142-147).

Lo determinante para esta teoría no es la manera en que el tercero ejerce su función al resolver el conflicto, sino la voluntad de las partes al establecer los extremos en que el tercero actuará. En este sentido, Serra Domínguez (1969) cita a Furno quien en sus palabras expresó que en ningún caso la voluntad del tercero concurre para determinar la voluntad privada pues, la única voluntad jurídicamente relevante es la de las partes (p. 575)

En otras palabras, el arbitraje no es más que un método heterocompositivo en virtud del cual una parte involucrada en una controversia con otra, invitan a un tercero que, actuando bajo las directrices de ambas, aquél resuelve. Esta resolución ha de cumplirse por el compromiso de las partes de aceptar y quedar ligados a los resultados que el tercero proclame (Guasp, 1956, p. 16). Todo esto no implica ni supone que el árbitro sea un juez, sino un simple administrador de un conflicto, con la misión de dirimir él mismo sin tener una facultad jurisdiccional, ni ajena a la voluntad de las partes.

Nicaragua y la naturaleza jurídica del arbitraje

Como hemos visto, la teorías sobre la naturaleza del arbitraje nos plantean un análisis de la figura arbitral para definir sus alcances y formas en que se desarrolla el proceso, inclusive para determinar el peso y efecto de la decisión del árbitro. En eso radica el análisis de la naturaleza del arbitraje. No es un debate irrelevante, puesto que de ello depende la armonía jurídica de la figura y la práctica jurídica que se tome en cada país. Pero en Nicaragua ¿de qué manera se ha desenvuelto el arbitraje? ¿Cuál es la teoría que asume? ¿Qué resultados nos da el análisis de algunos artículos claves de la legislación, pero no únicos, que regulan el arbitraje?

En ambas teorías como hemos visto, se reconoce que la voluntad de las partes es trascendental para dar cabida al arbitraje y la constitución política de Nicaragua, en el marco de la autonomía de la voluntad del ciudadano, otorga la permisibilidad a las partes para actuar conforme al consenso que tomen, siempre y cuando no atente contra el orden jurídico (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2014, Constitución Política, art. 32)

También, se ve desarrollado en el Código Civil el principio de autonomía de voluntad de las partes, que dota la facultad a los individuos de pactar las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (Nicaragua, Asamblea Nacional, 1904, Código Civil, art. 2437) y que ellas mientras, no sean ilegales, inmorales ni atentados al orden público, tienen fuerza de ley entre los contratantes y debe cumplirse al tenor de los mismos (Nicaragua, Asamblea Nacional, 1904, Código Civil, art. 1836).

Estos principios generales aún no nos dicen nada sobre la tendencia utilizada en Nicaragua, pero sí nos marcan el punto de partida que en la ley de Mediación y Arbitraje se desarrolla. En la definición señalada en dicha ley, se expresa literalmente que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que surge de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes delegan en un tercero imparcial llamado árbitro la resolución de su controversia, y éste, siguiendo el procedimiento determinado previamente por las partes decide la controversia mediante un “laudo arbitral” que es de obligatorio cumplimiento para las partes (Nicaragua, Asamblea Nacional, ley 540, art. 24.).

De esta definición se rescata para nuestro análisis los elementos de:

- Autonomía de la voluntad de las partes,
- Procedimiento determinado por las partes previamente,
- Tercero imparcial que resuelve la controversia,
- Obligatorio cumplimiento de la resolución que pone fin a la controversia.

Estos elementos, son torales para afirmar en primera instancia, que Nicaragua posee rasgos de reconocimiento de la teoría contractualista, pues la voluntad de las partes es fundamental para definir el actuar del tribunal arbitral durante el proceso. Es decir, la función arbitral es resultado, no de una potestad jurisdiccional, sino de las reglas que la voluntad de las partes han plasmado previamente. Sobre todo el resultado que emita el tribunal arbitral es asumido por las partes, porque así ellas lo han concertado.

La libre disponibilidad de los sujetos,³ es en primera instancia determinante para definir lo que será el arbitraje para las partes. Los fundamentos constitucionales nos asisten para reconocer la naturaleza contractual del arbitraje, puesto que la facultad de impartir justicia bajo imperio de ley, es una potestad indelegable del poder judicial quien en nombre del pueblo la ejerce (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2014, Constitución Política, art.158). Es decir, la potestad jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado únicamente pertenecen a

³ Libre disponibilidad: situación en virtud de la cual se deba a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto; esa facultad conlleva el derecho de las partes de autorizar a un tercero a que adopte esa decisión.

este poder del Estado.⁴ Criterios que para la tesis jurisdiccionalista son vistos como adversarios a sus postulados, puesto que dicha corriente reconoce que la labor del árbitro es judicial al impartir justicia. Sin embargo, en Nicaragua estos criterios no tienen el respaldo constitucional esperado.

En estos términos, el principio de exclusividad de la actividad jurisdiccional corresponde exclusivamente al Estado para juzgar y ejecutar lo juzgado (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2014, Constitución Política, art. 159). El escenario para la teoría jurisdiccionalista en Nicaragua parece gris, ya que bajo estos primeros términos se considera únicamente la voluntad de las partes como el motor que desarrolla e impulsa el proceso arbitral desde su inicio hasta el final.

Así mismo, la función jurisdiccional en el arbitraje es casi inexistente, pues al ejecutar actividades que no le son propias o conferidas por las partes, se requiere del auxilio judicial. Por ejemplo, levantamiento de sigilo bancario y ejecución de laudo arbitral. Para ello, la legislación no equipara o asemeja la fuerza de la resolución de un tribunal arbitral con respecto a una judicial. Tanto así que únicamente, las resoluciones de los tribunales de justicia son de obligatorio cumplimiento (Nicaragua, Asamblea Nacional, 1998, Ley 260, art. 18) y ante su incumplimiento la coerción de la fuerza pública estatal le cobija. En cambio el laudo arbitral *per se* es únicamente obligatorio para las partes pero ante el incumplimiento, quien tiene la potestad de obligar es el órgano jurisdiccional.

Es en esta dirección que el afán constitucional de regular la administración de justicia, ha tenido sus extensiones en los procedimientos judiciales de carácter civil, con el recién aprobado Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, Ley 902. Si bien es cierto, el proceso arbitral se desarrolla bajo los términos que las partes han pactado, también es cierto que el control de legalidad de las actuaciones del tribunal arbitral está fiscalizado por la autoridad judicial competente para realizar el “despacho” u ordenar cualquier ejecución del laudo arbitral.

En primera instancia, el laudo es de obligatorio cumplimiento para las partes, de ahí que los sujetos implicados han de cumplir bajo los términos señalados, pero en caso de omitir la decisión para su efectivo cumplimiento, el tribunal arbitral carece de la potestad jurisdiccional que posee el Estado para ejecutar lo juzgado, por ello requiere la intervención del órgano judicial (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2015, Ley 902, art. 410) para cumplir lo decidido únicamente si el laudo se ha dictado en el marco de un proceso desarrollado según reglas previas pactadas libremente, consensualmente, y si no contraviene la ley (Nicaragua, Asamblea Nacional, 2015, Ley 902, art. 410). Esta situación niega la jurisdiccionalidad del arbitraje, pues carece de fuerza para ejecutar por sí sólo lo juzgado.



culturadelasalud.wordpress.com

No existen elementos suficientes en nuestra legislación que nos den indicios para afirmar que es jurisdiccional la naturaleza del arbitraje nicaragüense. A pesar de ser un proceso contradictorio, con partes en litigio, con reglas procesales y con una decisión final para el conflicto. El proceso arbitral en nuestro país tiene un carácter evidentemente contractual, en el que el tribunal arbitral funciona como un administrador del conflicto, bajo las bases y estipulaciones que las partes le confirieron y ante el silencio de ellas, en regular pasos a seguir, supletoriamente el tribunal organiza, pero sin tener jurisdicción.

Afirmar que en Nicaragua la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional sería constituir una falacia jurídica, pues a pesar de tener elementos que parecieran convincentes, legalmente en sentido constitucional es inválido.

Conclusiones

Primera. La naturaleza jurídica del arbitraje es la razón por la cual los ordenamientos jurídicos deciden dotar de relevancia procesal o contractual a esta figura. Siempre, en el marco de la agilización de los mecanismos tradicionales para resolver los conflictos, debe plantearse la naturaleza de esta figura. No puede concebirse el desenvolvimiento del arbitraje como institución sin que se hayan trazado los roles o alcances de los sujetos que contribuyen en su nacimiento y desarrollo.

Segunda. Las teorías tradicionales que definen la naturaleza del arbitraje son diametralmente opuestas, pero nos permiten reafirmar la validez del análisis del proceso arbitral. Por un lado, desde un punto de vista procesal y por otro desde la acera autónoma de los métodos de resolución alternos de conflictos, en donde la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel determinante para definir los alcances de estos.

Tercera. No es un debate innecesario discutir la naturaleza del arbitraje puesto que de ello depende la aplicación y desenvolvimiento de esta figura. Hablar del arbitraje sin estar claro de su naturaleza es comparable a ejecutar una receta sin saber cómo se llaman las especias que se aplican. He ahí la utilidad, pues conocer por qué un laudo arbitral requiere del visto bueno o no, de un órgano judicial es determinante para definir los argumentos que dan cabida a ese comportamiento jurídico.

Cuarta. Nicaragua tiene claro en su ordenamiento jurídico la naturaleza del arbitraje. Aunque no lo diga expresamente en ley, su regulación se deduce fácilmente. Esto le ha permitido tener un nivel de coherencia interna en lo que la buena andanza de proceso arbitral se refiere, sin que eso implique el desconocimiento de autoridades judiciales ni mucho menos el rol del árbitro. Ciertamente, la voluntad de las partes se ha

complementado con los alcances del laudo y el control de legalidad del judicial, lo que ha permitido reafirmar la naturaleza contractual del arbitraje nicaragüense, bajo un resguardo Estatal del debido proceso y de la facultad inherente a ella, la administración de justicia y la ejecución de la misma.

Bibliografía

- Aristóteles (Russo, A) (1968). *Física*. Bari: Laterza.
- Aristóteles (Tredennick, H. & Forster, E.). (1966). *Aristoteles*. London: Heinemann.
- Calamandrei, P. (1962). *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Caravantes, J. V. (1856). *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales según la nueva ley de Enjuiciamiento*. Madrid: Edición Gaspar y Roig.
- Chiovenda, G. & Casais, J. (1922). *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Reus.
- Fábregas, J. & Olivar, A. (2002). *La voz de los Padres en la liturgia de las horas*. Barcelona: Centre de Pastoral Litúrgica.
- Gonzáini, O. A:
- (1992). *Derecho Procesal Civil, Teoría General del Derecho Procesal (volumen 1)*. Buenos Aires, Edición Ediar.
- (1994). *Notas y estudios sobre el proceso civil (1st ed.)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guasp, J. (1956). *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch.
- Heidegger, M. (2001). *Einführung in die Metaphysik* (Introducción a la Metafísica, Ackermann, P. trad. Barcelona: Edisa Editorial.
- Jarrosson, C. (1987). *La Notion d'arbitrage*. Paris: LGDJ.
- Lois Estévez, J. (1956). Sobre el concepto de "Naturaleza jurídica", *Anuario De Filosofía del Derecho*. 4 (1), 159-182. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1956-10015900182
- Monroy Cabra, M. (1982). *Arbitraje comercial*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis Librería.
- Nicaragua, Asamblea Nacional:
- (1906). *Código Civil de la República de Nicaragua*.
- (2005). *Ley No. 540. Ley de mediación y arbitraje*.
- (2015). *Ley 902 Código Procesal Civil de la república de Nicaragua*.
- Serra Domínguez, M. (1969). *Estudios de derecho procesal*. Esplugues de Llobregat: Ediciones Ariel.
- Talero Rueda, S. (2008). *Arbitraje comercial internacional*. Bogotá, Colombia: Universidad de Los Andes.

Vicente y Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*. Madrid: Impr. De Gaspar y Roig.