

## ARBITRAJE Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL



JORGE I. GONZÁLEZ CARVAJAL\*

**Resumen:** Este breve ensayo tiene como finalidad retomar la discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, poniendo de relieve y cuestionando la tradicional asociación de la “función” jurisdiccional con la función que cumplen los órganos del Poder Judicial. Esta concepción tiene raíces en el modelo decimonónico de administración de justicia, especialmente en el modelo de justicia francés del siglo XIX, que no obstante permanece vigente en algunos países (paradójicamente no en Francia) modelo que sin embargo no se corresponde con el modelo actual que impera en la mayoría de los países del orbe que siguen impulsos globalizadores de armonización y unificación de los mecanismos de resolución de conflictos, a saber, un modelo dualista que concibe a la jurisdicción como la función que cumple un tercero, imparcial e independiente al resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, que se plantea entre dos (o más) partes, mediante un proceso. Queriendo esto decir, que la jurisdicción la cumple tanto el órgano del Poder Judicial que administra justicia como el árbitro llamado a decidir una controversia. La particularidad y diferencias fundamentales que existen entre

---

\* Universidad Católica Andrés Bello: Abogado, Especialista en Derecho Procesal y Profesor de Contratos Especiales I y II y Derecho de las Garantías. Universidad Nacional de Rosario, Argentina: Doctor en Derecho y *Magíster Scientiarum* en Derecho Procesal. Universidad de Padua, Italia: *visiting scholar*. Universidad Central de Venezuela: Profesor de Procedimiento Marítimo. Universidad Monteávila: Profesor de Argumentación Jurídica. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Perteneció a la Lista Oficial de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA-VenAmCham), Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CEMAC MASC-México), *Saudi Center of Commercial Arbitration* (SCCA-Arabia Saudí), *Maldives International Arbitration Center* (MIAC-Las Islas Maldivas), del *Asian International Arbitration Centre* (AIAC-Malasia) y del *Shenzhen Court of International Arbitration* (SCIA-China). Ha sido profesor de Derecho de las Obligaciones y Teoría General de la Jurisdicción en la Universidad Central de Venezuela y profesor de Derecho de las Obligaciones y Contratos y Garantías en la Universidad Monteávila.

estas dos formas de resolver conflictos es que el arbitraje (privado) está diseñado desde el Derecho privado, siendo su fundamento la autonomía de la voluntad, mientras el proceso judicial está diseñado desde el Derecho público, de ahí la inconsistencia de pretender explicar al arbitraje desde la perspectiva del Derecho procesal-judicial.

**Title:** Arbitration and jurisdictional function

**Abstract:** *The purpose of this essay is to return to the issue of the legal nature of arbitration, highlighting and questioning the traditional association of the jurisdictional “function” with the function performed by the organs of the judiciary. This conception has roots in the nineteenth-century model of administration of justice, especially in the French model of justice of the nineteenth century, which nevertheless remains in force in some countries (paradoxically not in France), a model that however does not correspond to the current model that prevails in most of the countries of the world that follow globalizing impulses of harmonization and unification of conflict resolution mechanisms, namely, a dualist model that conceives jurisdiction as the function performed by an impartial and independent person when resolving a intersubjective conflict of interests, which arises between two (or more) parties, through a process. This means that the jurisdiction is fulfilled by both the body of the judiciary that administers justice and the arbitrator called to decide a dispute. The particularity and fundamental differences that exist between these two ways of resolving disputes is that (private) arbitration is designed from private law, its foundation being party autonomy, while the judicial process is designed from public law, hence the inconsistency of try to explain arbitration from the perspective of procedural-judicial law.*

**Palabras claves:** arbitraje, jurisdicción, función jurisdiccional, dualismo.

**KEY WORDS:** arbitration, jurisdiction, jurisdictional function, dualism.

La discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje parece ser estéril e inagotable<sup>1</sup>, sin embargo, no creemos que lo sea. Nos proponemos mostrar brevemente y sin ánimos de exhaustividad, que abordarla es, de hecho, muy útil desde un punto de vista práctico. Y este punto de vista, según se verá, aconseja procurar una solución que mire el fenómeno arbitral y de la resolución de conflictos en su complejidad.

<sup>1</sup> Al respecto reenviamos –por economía del discurso– a la doctrina venezolana referida en GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac, *Algunas consideraciones sobre la potestad cautelar en la*

El arbitraje, como mecanismo de heterocomposición, implica tanto un fenómeno contractual en su origen (y en su desarrollo), debido a la génesis que da vida al mecanismo (el acuerdo de arbitraje) y jurisdiccional en su estructura y función (un laudo dictado por un tercero imparcial luego de un procedimiento contradictorio [proceso] que resuelve una controversia).

Como es conocido existen al menos dos corrientes de pensamiento que justifican la naturaleza jurídica del arbitraje, una desde la perspectiva contractual (tesis contractualista) y otra desde una perspectiva jurisdiccional (tesis jurisdiccionalista), encontrando, como en toda discusión, una corriente mixta o ecléctica que sintetiza ambas teorías. Pero, además, encontramos otra forma de expresar aquella síntesis, que consiste en afirmar que “el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica”<sup>2</sup>, que, si bien se mira, es en sí misma una solución diferente.

---

*Ley de Arbitraje Comercial*, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 146, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008. pp. 241-254 y más recientemente en *Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de “jurisdicción” cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 3, Caracas, RVLJ, 2013, p. 316. Entre la doctrina extranjera que se refiere a este fundamental asunto podemos mencionar, en Argentina: CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008. pp. 97 ss., ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho procesal*, 2ª parte, Reimp., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 66 ss. En Colombia BENETTI SALGAR, Julio, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2001, pp. 22 ss., quien pareciera adscribirse a la teoría ecléctica, dejando a cada legislación la determinación respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje. En España, MONTERO AROCA, Juan, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 23 ss., BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Madrid, Arandazi, 2006, pp. 47 ss., quien otorga naturaleza autónoma al arbitraje, afirmando que “... el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica...”. CABALLOL ANGELATS, Lluís, *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 20 ss. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 95 ss. En Francia, OPPETIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Trad. S. Romero E., Mantilla Espinoza F y Caicedo Demoulin J.J., Colombia, Legis, 2006, p. 57, quien señala “... su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo...”. En Italia la situación es mucho más compleja, complejidad que preferimos explicar en el texto como un caso paradigmático que muestra la importancia y efectos prácticos que puede tener la discusión. En todo caso reenviamos al respecto a CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, II, 2ª ed., Turín, Giappichelli, 2012, pp. 147 ss., así como MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, III, 8ª ed., al cuidado de A. Carratta, Turín, Giappichelli, 2010, pp. 357 ss.

<sup>2</sup> V. BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, cit., pp. 47 ss.

Ya decíamos que esta discusión no es del todo estéril, por el contrario, puede ser provechosa para sacar ventaja a favor del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

¿Pero con cuál teoría o tesis nos quedamos?

Si bien el arbitraje es entendido comúnmente como una fórmula de heterocomposición que parte de un principio de autocomposición<sup>3</sup>, decir esto no obliga necesariamente a escoger en forma definitiva una u otra tesis y excluir a su antagonista.

Las teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir, sobre su carácter contractual o jurisdiccional, tienden a simplificar el problema en una solución *blanco o negro o todo o nada*<sup>4</sup>. Y esta simplificación no es más que expresión de la simpatía y la elección por un modelo estatal que explique la función jurisdiccional.

En efecto, el término “jurisdicción” está por lo general asociado exclusivamente al derecho procesal (judicial), a los códigos procesales y a la función judicial, y ésta es asociada, a su vez, a una función pública que desempeñan los órganos del Poder Judicial.

Y así, todo lo judicial-procesal es público, y cae dentro de los estudios del Derecho Público, y como tal resulta tendencialmente indisponible. Mientras que lo “contractual” es privado, por regla disponible y además contrario a la idea de jurisdicción<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> V. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 496.

<sup>4</sup> Véase por todos CAPONI, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, en AA.VV., *Poteri del giudice e diritti delle parti del processo civile*, coord. G. Scarselli, Milán, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 158.

<sup>5</sup> Si tratamos de explicar al fenómeno arbitral desde la perspectiva de la jurisdicción como soberanía del Estado, caeremos atrapados en el argumento que caracteriza a la jurisdicción como potestad exclusiva del Estado (Para la crítica a este argumento v. CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, cit., pp. 24, 28 y 29). Así, todo lo que toque el Estado-Juez se convertiría en *jurisdiccional*, haciendo del juez estatal una especie de Midas (Véase la referencia en ALLO-RIO, Enrico, *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, en *Problemas de derecho procesal*, II, EJEA, Buenos Aires, 1963, p. 34) y por interpretación en contrario, lo que no pase por las manos del juez estatal, jamás será jurisdiccional. En síntesis, se trata de un argumento que da primacía al elemento subjetivo o institucional sobre cualquier otro para definir a la “jurisdicción”, esto es, una visión rigurosamente estatista según la cual jurisdicción=Poder Judicial. De hecho, si siguiéramos esta vía argumental resultaría necesario concluir negando carácter jurisdiccional al arbitraje. Esta parece ser la opinión de ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*, en AA.VV., *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coord.

De ahí la dificultad y resistencia que ha existido de conciliar ambos esquemas conceptuales, por ejemplo, de admitir una categoría contractual que se denomine “contrato procesal”<sup>6</sup>, y a todo evento relegar dicha categoría a contratos típicos procesales como la transacción.

Parece pues que lo público y lo privado representan realidades aparentemente irreconciliables<sup>7</sup> y por consecuencia parecen ser también irreconciliables las tesis que explican al arbitraje.

Sin embargo, la aproximación al problema es, a nuestro modo de entender, inapropiada, pues en rigor de verdad lo que está en juego cuando se discute esta dicotomía, es propiamente identificar y distinguir entre modelos monistas (o autoritativos/estatalistas) o modelos dualistas<sup>8</sup> de jurisdicción desde los cuales se explique al arbitraje.

De hecho los Estados-Nación pueden mostrar tres diferentes actitudes o reacciones para la resolución de los conflictos: 1. al Estado puede serle indiferente *si* el conflicto es resuelto o no, pero además también puede resultarle indiferente el *cómo* se resuelve el conflicto; 2. por otra parte puede serle indiferente únicamente *si* el conflicto es resuelto o no, más no en el *cómo* es resuelto; y 3. en último lugar, al Estado puede interesarle no sólo *si* el conflicto se resuelve sino también el *cómo* se resuelve (caso este último representado por el paradigmático ejemplo de los procedimientos sobre estado y capacidad de las personas).

---

L.A. Araque, M. Betancourt, D. Droulers, C. Lepervanche, Caracas, 2013, pp.156 ss., sin embargo, más adelante afirman la unidad de función que existe entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria (p. 159).

<sup>6</sup> Véase por todos CAPONI, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., pp. 146 ss.

<sup>7</sup> Esta circunstancia puede ser consecuencia de la radical separación que se dio entre derecho sustancial y derecho procesal, a causa de la monopolización por parte del Estado sobre la legislación procesal entre el siglo XVII y el siglo XVIII, por una parte, y a su adscripción al derecho público, resultado de una separación entre ambas categorías (derecho sustancial y derecho procesal) para darle a éste identidad propia. Véase por todos CAPONI, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., pp. 146, 147, 150, 151 y 156.

<sup>8</sup> V. ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol 45, n° 4, 1993, pp. 761 y 778 ss. Véase al respecto CARNELUTTI, Francesco, *Arbitri e arbitratori*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1924, p. 127. La expresión “dualismo”, es ambigua, el uso que le damos acá se inspira en el uso que se emplea en tanto en teoría general del derecho, en el derecho constitucional y en el internacional, véase al respecto por todos GUASTINI, Riccardo, *La sintassi del diritto*, Turin, Giappichelli, 2011, pp. 375 ss.

Las dos últimas posibilidades son las adoptadas por los modelos estatistas de jurisdicción, donde si bien se reconoce la eficacia y validez de la función de los jueces privados (árbitros), se los somete a controles estatales bien antes, durante y/o luego de ejercida la función.

La distinción y elección entre modelos es saldada, no por la doctrina autoral sino, por el (los) propio(s) sistema(s) estatal(es) que reconoce(n) uno u otro (o ambos modelos).

Dentro de esta polaridad de sistemas jurídicos la importancia del dato comparado<sup>9</sup> nos enseña un ejemplo bastante interesante, quizá de tozudez de la realidad, del tráfico económico y de audacia de sus actores: se trata del sistema arbitral de Italia.

Italia, a nuestro entender, tiene hondas bases en un modelo monista de jurisdicción y por lo tanto la cultura e idiosincrasia jurídica sigue esta influencia<sup>10</sup>. Es decir, un sistema donde sólo puede hablarse de jurisdicción cuando interviene el Poder Judicial. Y esto tiene profunda influencia en la concepción del arbitraje.

No obstante, existe una tendencial incorporación de principios y tratamiento del arbitraje hacia su armonización internacional. Así, en Italia, uno de los principales criterios para clasificar al arbitraje es aquel que lo divide en arbitraje ritual (*arbitrato rituale*) y arbitraje libre (*arbitrato libero* o *irrituale*)<sup>11</sup>.

La doctrina parte de describir la existencia del acuerdo de arbitraje (*convenzione d'arbitrato*) como *genus* que contiene dos especies, el compromiso y la cláusula compromisoria<sup>12</sup>, y es calificada como un contrato de derecho privado con efectos procesales, cuyo régimen se encuentra previsto en el *Codice di procedura civile* (arts. 807 a 840).

La *convenzione d'arbitrato* puede dar lugar a dos tipos de arbitrajes con naturaleza y efectos muy diferentes: el arbitraje ritual, deci-

<sup>9</sup> Sobre la importancia del estudio comparado del arbitraje véase por todos DAVID, René, *Arbitrage et droit comparé*, en *Revue internationale de droit comparé*, 1959, pp. 5 ss.

<sup>10</sup> Al respecto véase por todos GIOIA, Gina, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Turín, Giappecchelli, 2009, pp. 1 ss.

<sup>11</sup> V. DAVID, René, *cit.*, pp. 9 ss. Véase también BOVE, Mauro, *La giustizia privata*, 3ª ed., Padova, Cedam, 2015., pp. 29 ss. y 239 ss y DEL PRATO, Enrico, *Gli strumento contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, pp. 174 ss.

<sup>12</sup> V. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni...*, *cit.*, pp. 147 ss.

sorio o jurisdiccional, como mecanismo de heterocomposición de la litis, “equivalente” o sustituto jurisdiccional<sup>13</sup>, da origen a un proceso privado y a una sentencia (en rigor: laudo arbitral), con todos los efectos correspondientes<sup>14</sup>, dictada por un árbitro elegido por las partes que excluye la competencia de la justicia estatal<sup>15</sup>.

Y se le llama ritual pues se rige o regula por el código de procedimiento civil *ex* artículos 807 c.p.c. It. ss., cuyo resultado, el laudo, está sujeto a mecanismos de impugnación amplios –similares a la impugnación de una sentencia judicial– no sólo por vicios de forma (como aque-

<sup>13</sup> V. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 357.

<sup>14</sup> Según el artículo 825 del *Codice di procedura civile*, el laudo (ritual, debe entenderse), produce los mismos efectos que la sentencia, esto a partir de la modificación de 1994 (ley n° 25/1994), correspondiendo al juez estatal únicamente declararlo ejecutivo *ex art.* 825 c.p.c. It.

<sup>15</sup> De hecho, el legislador italiano reconoce expresamente que la excepción a plantearse ante el juez estatal debido a la existencia un acuerdo arbitral es la de *incompetencia ex art.* 819ter del *Codice di procedura civile*, sin embargo, en cuanto al arbitraje extranjero (*arbitrato estero*) actualmente se considera aplicable la regulación de jurisdicción (*regolamento di giurisdizione*). CONSOLO, Claudio, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milán, Giuffrè, 2009, pp 603, 613, 621 y 622, del mismo autor *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte seconda)* Milán, Giuffrè, 2009, pp. 978 y 981, así como VERGAMINI, Laura, *Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della Corte di Cassazione, tra disciplina interna e Convenzione di New York*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2015, pp.318 ss. La reconoce como una excepción de incompetencia el legislador francés en el art. 1448 del *Code procédure civile*: “*Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite*”. El legislador español en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje, la denomina *declinatoria*, así: “1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda. 2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales. 3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”. Véase al respecto GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge I., “Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de ‘jurisdicción’ cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 3, Caracas, RVLJ, 2014.

llos modelos que siguen la tradición de la Ley Modelo UNCITRAL) sino también de fondo<sup>16</sup> (arg. art. 829 c.p.c. It.).

Otra forma de arbitraje es el arbitraje irritual<sup>17</sup>, libre, negocial o contractual reconocido expresamente a partir de 2006 mediante la introducción del art. 808-ter c.p.c It.<sup>18</sup>.

Antes de la incorporación de la norma mencionada la doctrina autorral justificó la figura aduciendo que en ocasiones las partes no quieren ni un proceso ni una sentencia para resolver sus controversias, recurriendo a un *procedimiento negocial* donde la manifestación de voluntad de los árbitros vale como manifestación de voluntad de las partes.

De ahí que, se afirmaba, el “árbitro” es un mandatario común de las partes<sup>19</sup> actuando fuera de la jurisdicción, pero no fuera del ámbito del proceso<sup>20</sup>, que formulará una composición del contraste (será así un amigable componedor) o un juicio jurídico según derecho, siendo que en uno u otro caso el laudo *valdrá como contenido de un contrato entre los litigantes*.

En todo caso, su actuación será, no la de un juez sino, la de un encargado que ayude a las partes a encontrar un punto de acuerdo en un marco de confidencialidad.

Debido a esta formulación, en el arbitraje irritual o negocial, no hay espacio para una decisión heterocompositiva, ni para la demanda (y sus efectos: interrupción de la prescripción, evitar la caducidad, etc.)

<sup>16</sup> Véase por todos LUISO, Francesco P., *Dopo il lodo – Il controllo*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2019, pp. 1 ss.

<sup>17</sup> Sobre el origen del arbitraje ritual véase FORNACIARI, Michele, *Gli effetti del lodo e il falso problema della natura negociale oppure giurisdizionale dell'arbitrato*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2015, pp. 247 ss.

<sup>18</sup> Establece la norma: “*Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824 bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo. Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I...*”.

<sup>19</sup> V. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni...*, cit., p. 155. La idea del mandato continúa en nuestros días explicando también al arbitraje (adjudicativo o jurisdiccional), al respecto ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit., p. 759, así como REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª ed., España, Aranzadi, 2006, pp. 245 ss.

<sup>20</sup> V. CONSOLO, Claudio, *op. cit.*, p. 155. Acá comienzan las dificultades teóricas para justificar este tipo de arbitrajes, pues la afirmación resulta contradictoria, en razón que el proceso es un fenómeno necesariamente relacionado con la función jurisdiccional.

o excepción, ni para la condena en costas (pues no hay vencedor), ni para los efectos procesales que se deducen generalmente del acuerdo de arbitraje (ritual).

Este tipo de arbitraje resulta sin lugar a duda difícil de entender en culturas jurídicas que han reconocido el arbitraje decisorio, jurisdiccional o como lo llaman algunos: *arbitraje propiamente dicho*<sup>21</sup>.

Ha sido un producto de la necesidad, fantasía y libertad negocial, con el objetivo de liberarse de los rigores del arbitraje ritual (p. ej., las impugnaciones contra el laudo), pero principalmente fue ideado para evitar la publicidad que se le daría al laudo luego de su depósito en la secretaría de los tribunales del Poder Judicial (*ex arts. 808ter y 825 c.p.c. It.*), a la publicidad de los documentos, y evitar los impuestos por registro a que están sometidos los actos judiciales así como eventuales determinaciones que podría ejercer la administración tributaria (o el poder público) al conocer los documentos que integran el expediente depositado junto con el laudo en la secretaría del tribunal estatal, así como evitar la divulgación de secretos industriales, negocios privados y/o delicadas situaciones endo-societarias o para-sociales.

El laudo arbitral en el arbitraje libre era –y es aún hoy– considerado para un sector de doctrina<sup>22</sup> un *contrato de segundo grado, contrato marco o contrato en blanco*<sup>23</sup>, propiamente un negocio declarativo (it. *negozio di accertamento*<sup>24</sup> o *contratto di accertamento negoziale*<sup>25</sup> e incluso podía tratarse de una transacción<sup>26</sup>), al que se le denomina *laudo-contrato*, resultado de un mandato otorgado a los árbitros, no para completar un elemento faltante del contrato-base –cual ocurre en el *arbitraggio ex art. 1349 C.civ. It.* – sino como contrato destinado a resol-

<sup>21</sup> V. DAVID, René, *Arbitrage et droit comparé*, en *Revue internationale de droit comparé*, 1959, 11-1, p. 15.

<sup>22</sup> Véase la opinión crítica de FORNACIARI, Michele, *Gli effetti del lodo e il falso problema della natura negocialle oppure giurisdizionale dell'arbitrato*, cit., pp. 247 ss.

<sup>23</sup> V. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 359.

<sup>24</sup> Al respecto véase todos una perspectiva crítica en GENTILI, Aurelio, *Autonomia privata e potere di accertamento*, en *Rivista di diritto civile*, Cedam, Milan, 2017, pp. 1367 ss., para quien desde una perspectiva contractual no se trata propiamente ni de un negocio ni de un *accertamento*.

<sup>25</sup> V. CONSOLO, Claudio, *op. ult. cit.*, p. 158. Véase asimismo CARNELUTTI, Francesco, *Arbitri e arbitratori*, cit., pp. 134 ss.

<sup>26</sup> V. MANDRIOLI, Crisanto, cit., p. 359. También DEL PRATO, Enrico, *Gli strumenti contrattuali di negoziazione della lite: tratti di incidenza della dottrina sulla giurisprudenza*, cit., pp. 174 ss.

ver una litis generada, generalmente, a raíz del contrato base, con el fin de establecer una determinación integrativa de una voluntad negocial ya expresada<sup>27</sup>.

Hoy día, dadas las dificultades para reconstruir sistemáticamente una figura como la antes descrita y debido al reconocimiento expreso del arbitraje negocial *ex art. 808ter c.p.c It.*, se argumenta a favor de su autonomía conceptual y funcional por el reconocimiento expreso como otra forma típica de arbitraje en Italia<sup>28</sup>.

Puede conjeturarse que en Italia el concepto de jurisdicción está aún ligado a lo judicial, tanto es así que cuando se habla de arbitraje ritual o decisorio la doctrina cuida en calificarlo como una figura *al menos funcionalmente jurisdiccional u objetivamente jurisdiccional*<sup>29</sup>.

Parece significar esto que no hay una identificación total de la jurisdicción desde una perspectiva funcional<sup>30</sup>, sino que existe aún un reconocimiento de la perspectiva subjetiva, institucional o estatalista que identifica a los órganos jurisdiccionales con los órganos del Estado tradicionalmente encargados de resolver controversias (tribunales del Poder Judicial)<sup>31</sup>.

Mientras que cuando se trata del arbitraje irritual o negocial, la doctrina no duda en calificarlo como una figura *no jurisdiccional*, sino plenamente contractual, con las implicaciones que esto trae, p. ej., efectos no procesales sino meramente sustanciales *inter-partes*, sujeto a los remedios a los que está sometido cualquier contrato<sup>32</sup>, etc.

---

<sup>27</sup> V. CONSOLO, Claudio, *cit.*, p. 173.

<sup>28</sup> V. CONSOLO, Claudio, *cit.*, p. 161, véase también MANDRIOLI, Crisanto, *op. cit.*, p. 358.

<sup>29</sup> V. CONSOLO, Claudio, *cit.*, p. 157. En otro lugar, el autor señala: “*Decisione giurisdizionale ed arbitrale però, e qui, rispetto a Carmine Punzi, ci troviamo a dover disentire, non si presentano opposti o confliggenti ma si riconoscono come simili*” v. CONSOLO, Claudio, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, *cit.*, p. 629, nota 27.

<sup>30</sup> No obstante, la Corte Constitucional italiana ha declarado: “... *sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello giurisdizionale, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie*”. Cf. Sentencia n° 376 de 28 de octubre de 2001.

<sup>31</sup> Una opinión crítica puede leerse en CONSOLO, Claudio, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, *cit.*, p. 622, nota 25.

<sup>32</sup> V. MANDRIOLI, Crisanto, *op. cit.*, p. 360.

En la actualidad se aprecia que un gran número de Estados, siguiendo tanto la Convención de Nueva York de 1958<sup>33</sup> como la Ley Modelo UNCITRAL<sup>34</sup>, han incorporado un tipo de arbitraje *jurisdiccional*, donde el Estado no interviene de manera contralora durante el procedimiento de cognición, aunque sí interviene para auxiliar, complementar o controlar ese proceso de cognición arbitral, siguiendo el principio de mínima intervención Estatal.

Tanto la Convención de Nueva York de 1958 (y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o Convención de Panamá de 1975) como la Ley Modelo UNCITRAL, asumen una perspectiva dualista de la jurisdicción como función, lo que se evidencia, p. ej., en cuanto a la concepción y regulación del principio *Kompetenz-Kompetenz* como resorte prioritario de los árbitros. En tal virtud, el juicio sobre la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje pertenece al propio tribunal arbitral, y solo *ex post* al juez del lugar ante el cual se presente la correspondiente pretensión de anulación del laudo por vicios relativos al acuerdo arbitral<sup>35</sup>. O en materia de intervención ju-

---

<sup>33</sup> Nos referimos a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (G.O. N 4.832 Extraordinario de 29/12/1994), que establece en su artículo II: “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

<sup>34</sup> Nos referimos a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas aprobadas en 2006.

<sup>35</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que existen al menos tres versiones o modelos de sistemas que tratan en forma diferente cómo se distribuye la competencia entre los tribunales o cortes de los Estados y los tribunales arbitrales, respecto del principio *kompetenz-kompetenz*. En una primera versión, los tribunales judiciales tienen el poder de realizar una revisión total y completa del acuerdo de arbitraje, otorgándose una competencia preferente a los tribunales del Estado, teniendo estos el poder de revisar completamente la existencia, validez y alcance del acuerdo de arbitraje en un momento pre-laudo. En segundo lugar, está el sistema de revisión *prima facie*, que es el que actualmente sigue Venezuela, donde se privilegia al tribunal arbitral para determinar su propia competencia, conservando los tribunales estatales única y exclusivamente competencia para revisar en etapa pre-laudo que el acuerdo de arbitraje cumple los extremos para producir el efecto negativo del acuerdo de arbitraje, es decir, para excluir el conocimiento de los órganos del Poder Judicial (también

dicial, donde se aplica el principio de mínima intervención judicial, en supuestos como: 1. las medidas cautelares *ante causam* de acuerdo con el criterio jurisprudencial previsto en sentencia N° 1067/2010, caso: *Astivenca* dictada por la Sala Constitucional; 2. el nombramiento de árbitros en el supuesto previsto en el artículo 17 LAC; 3. la asistencia para la evacuación de pruebas necesarias y ejecución de medidas cautelares *ex* artículo 28 LAC; 4. el supuesto previsto en el artículo 37 LAC, relativo al nombramiento de árbitro sustituto; 5. la decisión sobre la inhibición y/o recusación del árbitro en el supuesto previsto en el artículo 38 LAC; 6. la decisión de la impugnación contra el laudo *ex* artículo 43 LAC, o 7. el reconocimiento y ejecución del laudo *ex* artículo 48 LAC.

La justicia arbitral se apoyará en la justicia estatal en supuestos de necesidad, concretamente cuando por carecer de *ius imperium* y *coertio*, para llevar a efecto diligencias que requieran el uso eventual de la fuerza pública o la coerción, o cuando la ley arbitral (*lex arbitri* o *curial law*) ha considerado necesario que se produzca el apoyo, auxilio o el control.

En nuestro entender, la perspectiva que ha acogido el sistema jurídico venezolano a partir de la vigencia de la Ley de Arbitraje Comercial, luego con la Constitución de República Bolivariana de Venezuela (arts. 253 y 258) y con los criterios líderes y vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencias N° 1.541/08 publicada en Gaceta Oficial N° 39.055 del 10 de noviembre de 2008, N° 1067/2010, publicada en Gaceta Oficial N° 39.561 de 26 de noviembre de 2010, sentencia N° 1784/11 de fecha 30 de noviembre de 2011, entre otras), es una perspectiva *dualista* respecto a la función jurisdiccional, es decir, no es necesaria la intervención del Poder Judicial para que exista función jurisdiccional.

De manera que tanto existe función jurisdiccional cuando un tribunal arbitral dicta un laudo como cuando lo hace un tribunal del Poder

---

denominada *eficacia procesal* del acuerdo). En tercer lugar, una aproximación intermedia, que mezcla tanto el criterio de revisión completa como el criterio de revisión *prima facie*, que privilegiará uno u otro dependiendo de si se trata de un arbitraje internacional o doméstico, si la cuestión debatida es una cuestión de hecho o de derecho, o si el examen se recae sobre cuestiones de validez del acuerdo o cuestiones relativas al alcance de este. Véase por todos FERRARI, Franco, ROSENFELD, Friedrich and FELLAS, John, *International commercial arbitration. A comparative introduction*, Estados Unidos de Norte América, 2021, pp. 50 ss.

Judicial venezolano; con la particularidad, que el arbitraje, fundamentado en la autonomía de la voluntad, es un mecanismo de heterocomposición, que sustrae la decisión de la controversia surgida entre las partes, para confiarle a un tercero, quien se sustituye volitivamente en quienes no pueden o no quieren llegar a un acuerdo.

Pero esto, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, no sucede por la sola decisión de un contendiente sino por el acuerdo inicial de ambas partes –de ahí que se diga que el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición que parte de un principio de autocomposición– razón por la cual la génesis contractual<sup>36</sup> que dio vida al mecanismo de heterocomposición estará siempre presente, caracterizará y coloreará a las relaciones y situaciones jurídicas que surjan entre las partes, con los árbitros y eventualmente con el centro de arbitraje (de tratarse de un arbitraje institucional).

Caracterizar al arbitraje como manifestación del fenómeno jurisdiccional<sup>37</sup>, no contradice de manera alguna el origen contractual del método.

Así, tanto la función que cumple el Estado mediante sus tribunales al resolver conflictos mediante un proceso como la función que cumplen los árbitros, son manifestaciones auténticas de la función jurisdiccional, pues las mismas son formas autosuficientes y definitivas para resolver conflictos intersubjetivos de intereses mediante el proceso<sup>38</sup>.

Ambas, como dice OPPETIT, tienen “dualidad de legitimidades, pero comunidad de ética y de objetivo, diversidad de vías y medios, pero unidad funcional, paralelismo, pero también convergencias, así se muestran hoy en día la justicia estatal y la justicia arbitral en la realidad”<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> V. GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge I., (2019), *Acuerdo de arbitraje y responsabilidad civil*, en *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, (2), 17–40, recuperado a partir de <http://www.revistamarcialpons.es/rivitsproc/article/view/593>.

<sup>37</sup> Vale decir, como función de adjudicación donde un tercero, quien es imparcial, imparcial e independiente, decide, luego de un *proceso*, un conflicto intersubjetivo de intereses sometido a su conocimiento con carácter definitivo, con el objeto de eliminar y prevenir el uso ilegítimo de la fuerza. Sobre el concepto de jurisdicción véase por todos ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 2-3, 1972, p. 506.

<sup>38</sup> Véase ALLORIO, Enrico, *Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada*, en *Problemas de derecho procesal*, II, Buenos Aires, EJE, 1963, p. 53.

<sup>39</sup> Véase por todos OPPETIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Trad. Silva Romero E., Mantilla Espinoza F. y Caicedo Demoulin J.J., Colombia, Legis, 2006, pp. 70, 57 ss., y 173 ss.

El fenómeno arbitral, como disciplina intermedia o derecho intersticial, es manifestación del ocaso<sup>40</sup> de la diferenciación extrema entre público y privado, propio de la realidad económica y social actual cargada de impulsos globalizantes, y que no puede ser explicado exclusivamente desde una perspectiva estrictamente nacional (caracterizada por el monismo jurídico<sup>41</sup>, y especialmente, el monismo jurisdiccional).

Así pues, parece conveniente calificar al derecho arbitral como una categoría propia<sup>42</sup>, superadora de la concepción estatal de la jurisdicción pero a su vez conservadora de su función<sup>43</sup>, y más adecuadamente, como categoría o fenómeno afín al derecho privado<sup>44</sup>, entendido este no en un sentido tradicional, como disciplina antagónica al derecho público<sup>45</sup>, sino como derecho “común”<sup>46</sup> a los sujetos públicos y privados<sup>47</sup>, que pone en el centro de la atención a la *persona*<sup>48</sup> al otorgarles libertad

<sup>40</sup> Al respecto CAPONI, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., p. 159, quien, si bien, hace referencia a este ocaso (público vs. privado) con ocasión de la disciplina procesal, a mayor razón puede servir para explicar el arbitraje.

<sup>41</sup> V. DAVID, René, *Arbitrage et droit comparé*, cit., pp. 6, 13 y 16.

<sup>42</sup> V. DÍAZ-CANDIA, Hernando, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, 3ª ed., Caracas, Torino, 2016, p. 38.

<sup>43</sup> V. CAPPONI, Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, en *Il giusto processo civile*, Turín, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 59.

<sup>44</sup> V. ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit., p. 757. Véase del mismo autor ¿Qué es el derecho privado? Trad. C. Moreno More, Perú, Zela, 2017, *passim*. Asimismo, CAIVANO, Roque J y SANDLER OBREGÓN, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, en AA.VV., *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, 2ª ed., dir. E. Picand Albónico, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014, p. 264.

<sup>45</sup> Véase por todos ALPA, Guido, *¿Qué es el derecho privado?*, cit., pp. 33 y 34.

<sup>46</sup> O mejor aún, como “derecho privado común”, véase al respecto LARROUMET, Christian, *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*, trad. V. Díaz Perilla, Colombia, Legis, 2008, p. 54.

<sup>47</sup> Como señala ALPA el derecho privado es entendido en la actualidad “como conjunto de formas jurídicas homogéneas, como fuente de autorregulación de las relaciones que se fundan en valores éticos y en preceptos deontológicos compartidos, como conjunto de reglas y garantías del individuo en la sociedad de la información y de las tecnologías telemáticas, como técnica de resolución extrajudicial de las controversias, como forma jurídica de mercado, etc.” ALPA, Guido, *¿Qué es el derecho privado?*, cit., pp. 35 y 36. Véase asimismo DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria, *Sobre la noción de derecho civil*, en *Revista de la Facultad de Derecho N° 62-63*, UCAB, Caracas, 2008, pp. 83 ss.

<sup>48</sup> Véase por todos DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria, *Derecho civil constitucional (La constitucionalización del derecho privado)*, Caracas, CIDEP-EJV, 2018, pp. 33 ss., en el mismo sentido ALPA, Guido, *¿Qué es el derecho privado?*, cit., p. 37.

y autonomía para elegir una forma de resolver conflictos distinta al proceso judicial.

De hecho, creemos que afirmar que el arbitraje supera, pero conserva, las tradicionales concepciones que explican al arbitraje (contractual/jurisdiccional), posibilita cortar el nudo gordiano, para así darle eficacia a su funcionamiento como mecanismo de resolución de controversias. Y esto es coherente con la vocación internacional natural del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, y más aún, con el imperativo de los Estados de reconocer el acuerdo de arbitraje *ex art. II. 1* de la Convención de Nueva York.