



UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE NICARAGUA

Sirviendo a la comunidad

**EL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y SU
ALCANCE JURÍDICO EN LA INTERPRETACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS
CONTRATOS**

Tesis doctoral que para obtener el grado de Doctor presenta

Byron Israel Sequeira Pérez

Bajo la dirección del doctor

Gonzalo Salerno

Managua, Nicaragua, 2019



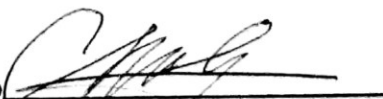
**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
COORDINACIÓN DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO**

**TESIS DOCTORAL
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS**

En mi carácter de Director del Trabajo de Tesis de Doctorado en Derecho, titulado **EL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y SU ALCANCE JURÍDICO EN LA INTERPRETACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS**, presentado por el estudiante **BYRON ISRAEL SEQUEIRA PEREZ** del programa DE Doctorado en Derecho, "Tendencias Del Derecho En El Siglo XXI" identificado con cédula de identidad número 001-200789-0011K, carné de estudiante del programa número 1511925 para optar al grado de Doctor en Derecho, considero que dicho trabajo de Tesis reúne los requisitos, contenido, metodología y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y defensa respectiva ante el Tribunal Evaluador designado para tal efecto por el programa respectivo.

En la Provincia de Catamarca, Estado de Argentina a los DIECISEIS del mes de NOVIEMBRE del año 2020.

Nombre del director: GONZALO SALERNO

Firmado 

Director de Tesis

Autorizado 
Coordinador del Programas

Página de aprobación

Esta tesis fue sometida por **Byron Israel Sequeira Pérez**, bajo la dirección de las personas que se mencionan a continuación. Fue sometida por la Universidad Politécnica de Nicaragua y aprobada en cumplimiento de los requisitos para la obtención del título de Doctor en Derecho.

Director de tesis: Dr. Gonzalo Salerno

Tribunal de tesis

Dr. Cairo Manuel López

Dr. Óscar Lorenzo Castillo Guido

Dr. Roberto Neftalí Guerrero Vega

Dedicatoria

A la gloria de Dios, el gran arquitecto del universo.

Agradecimiento

Agradezco el estímulo de mi Familia y amistades.

También a la Universidad Politécnica de Nicaragua, por su apoyo institucional.

Índice

Dedicatoria	4
Agradecimiento	5
Resumen	9
Abstract	11
Palabras claves	13
Introducción	14
Del planteamiento del problema, objeto de estudio y la hipótesis asumida	16
Del objetivo y estructura del trabajo realizado	17
De la metodología aplicada	18
Capítulo 1: El arbitraje como un método alternativo de resolución de disputas	21
1. Antecedentes históricos del arbitraje como un método de resolución alternativo de disputas .	21
1.1. Conceptualización de mecanismos de resolución de controversias en el derecho	23
1.2. Antecedentes históricos propios del arbitraje	37
2. La naturaleza jurídica del arbitraje	46
2.1. Perspectiva filosófica de la naturaleza jurídica del arbitraje	47
2.2. Teorías sobre la naturaleza del arbitraje	51
2.3. Nicaragua y la naturaleza jurídica del arbitraje	58
2.4. Reflexiones finales sobre la naturaleza jurídica del arbitraje	63

Capítulo 2: Principios colaboradores de la separabilidad de la cláusula arbitral	65
1. Generalidades teóricas sobre los principios colaboradores de la separabilidad de la cláusula arbitral	65
2. La autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje	68
2.1. El fundamento jurídico de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos	68
2.2. El fundamento jurídico de la autonomía de la voluntad de las partes en el convenio arbitral.....	74
2.3. Otros alcances de la autonomía de la voluntad en el convenio arbitral	77
3. El principio proarbitraje	80
3.1. Fundamento jurídico del principio proarbitraje.....	80
3.2. Causales de procedencia para la aplicación del principio proarbitraje en el proceso arbitral	85
4. Principio de buena fe en el proceso arbitral.....	88
4.1. Fundamento jurídico del principio de buena fe en el proceso arbitral.....	88
Capítulo 3: El principio de separabilidad de la cláusula arbitral y su alcance jurídico en la interpretación y modificación de los contratos	99
1. Contexto jurídico del principio de separabilidad de la cláusula arbitral	99
2. Origen histórico del principio de separabilidad del convenio arbitral	101
3. Argumentos causales para la procedencia de aplicación del principio de separabilidad del convenio arbitral.....	105
3.1. Nulidad del contrato base y la nulidad de la convención arbitral.....	107
3.2. La cláusula arbitral no comprende el punto en discusión - la materia no es arbitrable - los árbitros no tienen competencia para el caso planteado	109
3.3. El contrato ha perdido vigencia y con ello la cláusula arbitral.....	109
4. Alcance del principio de separabilidad.....	112
4.1. Abstención de judiciales a intervenir.....	112
4.2. Relación de contenido y finalidad	113
4.3. En virtud de sus funciones económicas y jurídicas	114
4.4. En virtud del tiempo	115
4.5. En relación a la aplicabilidad de leyes distintas al contrato y a la cláusula arbitral	117
5. Extralimitación del principio de separabilidad en la interpretación y modificación de los contratos.....	118

5.1. Valoraciones iniciales	118
5.2. Argumentos jurisprudenciales a nivel internacional que permiten ampliar el alcance de la separabilidad (Breve análisis de casos icónicos).....	123
5.3. Argumentos fundados en principios colaboradores de la separabilidad a favor de su extralimitación continua.....	131
Conclusiones.....	136
1. Primera conclusión	136
Desde la perspectiva de los aspectos generales del arbitraje y su relación con los métodos alternos de resolución de controversias	136
2. Segunda conclusión	140
En el marco del análisis del fundamento jurídico y de la manifestación de procedencia de los principios de autonomía de la voluntad de las partes, pro arbitraje y buena fe.....	140
3. Tercera conclusión	142
Desde la perspectiva del alcance jurídico del principio de separabilidad de la cláusula arbitral en la interpretación y modificación de los contratos.	142
Recomendaciones	146
Referencias	151

Resumen

El presente trabajo es producto de la investigación científica alrededor de la figura del principio de separabilidad de la cláusula arbitral y tiene por objetivo analizar el alcance jurídico de este en la interpretación y modificación de los contratos y de la cláusula arbitral. Este horizonte ha sido planteado por el evidente problema de analizar si las cláusulas que establecen las reglas modificatorias de los contratos determinan la forma en que se debe modificar la cláusula arbitral. Por ello, se parte con base en la conjetura que los principios de separabilidad, proarbitraje, buena fe y autonomía de la voluntad de las partes determinan una independencia entre las reglas de modificación del contrato establecidas en cláusulas especiales, respecto de las reglas aplicables a la modificación de la cláusula arbitral.

Por tal razón, se asume un corte dogmático en la metodología, para estudiar la norma jurídica en pro de determinar el significado, contenido y alcance de esta en el problema planteado. Se abordan fuentes normativas, históricas, doctrinales y de interpretación existentes para sentar un criterio fundamentado. Se apoya del método gramatical, desde el punto de vista histórico y lógico-sistemático. Se recurre al mismo tiempo al método comparativo y al enfoque inductivo del análisis.

En este sentido, se concluye que el arbitraje es un instrumento de pragmatismo procesal que requiere toda sociedad para garantizar que las partes pueden hacer uso de esta vía a fin de evitar lo engorroso de la vía judicial. La separabilidad requiere de condiciones especiales que abran las puertas a la posibilidad de ampliar su alcance, entiéndase un ambiente jurídico que beneficie al arbitraje, que garantice el respeto a la autonomía de la voluntad de las

partes y que brinde respaldo a las decisiones tomadas por los contratantes. Este alcance «extralimitado» del principio de separabilidad de la cláusula arbitral es gracias a su vínculo armónico con otros principios del sistema de arbitraje, entiéndase el principio pro arbitraje, buena fe y autonomía de la voluntad de las partes, que le crean un camino pavimentado y nivelado a la aplicación de este enfoque.

Este principio puede ser extralimitado, así se brinda un mayor alcance aplicable en la interpretación y modificación de los contratos, en la que se determina una independencia entre las reglas de modificación del contrato, establecidas en cláusulas especiales, respecto de las reglas aplicables a la modificación de la cláusula arbitral. En otras palabras, modificar la cláusula de arbitraje, lejos de lo establecido en las reglas de modificación del contrato no le hace perder validez y, por lo tanto, no existe crisis de existencia o de invalidez del arbitraje.

Bajo esta línea conclusiva, se recomienda elevar el debate jurídico en foros académicos nacionales sobre el desenvolvimiento del arbitraje y las metodologías utilizadas para aplicar los principios. Visualizar la separabilidad como una unidad, cambiante, tendiente a perfeccionarse y que los resultados casuísticos en los que se vislumbre interpretaciones novedosas al respecto del principio de separabilidad sean publicados.

Abstract

The present work is the product of scientific research around the figure of the principle of separability of the arbitration clause and aims to analyze its legal scope in the interpretation and modification of contracts and the arbitration clause. This horizon has been raised by the obvious problem of analyzing whether the clauses that establish the contract modification rules determine how the arbitration clause should be modified. Therefore, it is based on the conjecture that the principles of separability, pro arbitration, good faith and autonomy of the will of the parties determine an independence between the rules of modification of the contract established in special clauses, with respect to the rules applicable to the modification of the arbitration clause.

For this reason, a dogmatic cut in the methodology is assumed, to study the legal norm in order to determine the meaning, content and scope of this in the problem posed. Existing normative, historical, doctrinal and interpretive sources are approached to establish an informed criterion. It is supported by the grammatical method, from the historical and logical systematic point of view. The comparative method and the inductive approach to the analysis are used at the same time.

In this sense, it is concluded that arbitration is an instrument of procedural pragmatism that every society requires, to ensure that the parties can make use of this route in order to avoid the cumbersome nature of the judicial process. The separability requires special conditions that open the doors to the possibility of expanding its reach. Understand, a legal environment that benefits arbitration, that guarantees respect for the autonomy of the will of

the parties, and that supports the decisions taken by the contracting parties. This “extra limited” scope of the principle of separability of the arbitration clause, is thanks to its harmonious link with other principles of the arbitration system, understand the principle of arbitration, good faith and autonomy of the will of the parties, which create a Paved and level road to the application of this approach.

This principle can be overreached, thus providing a greater scope applicable in the interpretation and modification of contracts, in which an independence is determined between the rules of modification of the contract, established in special clauses, with respect to the rules applicable to the modification of the arbitration clause. In other words, modifying the arbitration clause, far from what is established in the contract modification rules, does not make it lose validity and therefore there is no crisis of existence or invalidity of the arbitration.

Under this conclusive line, it is recommended to raise the legal debate in national academic forums, on the development of arbitration and the methodologies used to apply the principles. Visualize the separability as a unit, changing, tending to be perfected and that the casuistic results in which novel interpretations regarding the principle of separability can be published.

Palabras claves

Separabilidad, buena fe, autonomía de la voluntad de las partes, extralimitación, principios, arbitraje, conflicto, método de resolución alterno de conflictos, heterocompositivo, interpretación.

Introducción

El arbitraje, como método de resolución alterno de conflictos, se ha desarrollado hasta el día de hoy según las realidades históricas y económicas del momento. Es decir, su desenvolvimiento ha sido dinámico y coherente a las necesidades de la sociedad. Como forma de resolver conflictos, se ha acuerdado de principios y normativas que han logrado darle vida y forma solemne a esta institución jurídica, lo que le ha otorgado buenas referencias jurídicas sobre la validez y eficacia de esta.

Por otro lado, como toda institución, se reviste de principios y normativas propias que se fundamentan, desde luego, en la autonomía de la voluntad de las partes como directriz de su vida jurídica. Las partes contratantes le crean, modifican, desarrollan y se someten al efecto que de esta figura resulte. Sin embargo, desde el punto de vista doctrinal, se ha hablado sobre los aspectos conceptuales del arbitraje y de cómo se ha insertado en un mundo cambiante y ahora globalizado, pero no se aborda a profundidad los motivos que dieron vida a los principios que hoy le envuelven, para identificar si existe la posibilidad de mutar o extralimitar su sentido primigenio. Es una tarea pendiente y constante de los dedicados al estudio del arbitraje, el de desmembrar y realizar una disección jurídica a esta institución.

Uno de los principios de los que hacemos referencia ha sido el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, entendido como aquel soporte jurídico que le permite a un tribunal arbitral juzgar sobre la validez o nulidad de un contrato, sin que la cláusula de arbitraje contenida en él, sea afectada por la suerte que sufra el contrato que lo contiene. Es

decir, la cláusula arbitral es separable del contrato. Se ha entendido, incluso, en el foro jurídico como un contrato dentro de otro contrato. Sobre todo, una cláusula de doble naturaleza. Por un lado, de naturaleza sustantiva o por otro, de naturaleza procesal.

El acuerdo arbitral es el principal anclaje del proceso de arbitraje, pues de él depende su validez, y es el resultado o fruto de los negocios jurídicos que se desarrollen como manifestación de la voluntad libre y espontánea de las partes. Como todo acuerdo, es ley para los sujetos involucrados, por muy simple o complejo que pueda ser escrito. Las mismas reglas generales aplican para todos los demás negocios jurídicos, en el marco del *Pacta sunt servanda*. Es decir que lo acordado ha de ser cumplido. En otras palabras, los contratos obligan a realizar lo que en ellos literalmente es expresado, bajo los términos y disposiciones que ellos establezcan.

Este vínculo jurídico entre el acuerdo arbitral —entiéndase la cláusula arbitral— y el contrato principal parte de una regla general del derecho. Fundada también en la autonomía de la voluntad que obliga a los sujetos que pactan en el libre ejercicio de ello. Sin embargo, es valedero preguntarse si las mismas reglas generales o si las mismas directrices que aplican para modificar a los contratos determinan asimismo la forma en que ha de modificarse la cláusula arbitral.

Esta pregunta nace del siguiente contraste, fundado en el principio de separabilidad, puesto que, bajo esta disposición, la cláusula arbitral es separable del contrato, por ser considerado independiente al contrato que la contiene y como tal podría existir a pesar de la suerte de dicho instrumento. De igual manera, al ser la cláusula arbitral regida por principios

diferentes a los regulatorios del objeto central del contrato, nada impide que otros principios base del arbitraje jueguen un rol de soporte jurídico, para extralimitar el sentido primigenio del principio de separabilidad, entiéndase la buena fe, el proarbitraje y la autonomía de la voluntad de las partes.

Del planteamiento del problema, objeto de estudio y la hipótesis asumida

Por ello, la pregunta principal que inspira el presente trabajo es: ¿Las cláusulas que establecen reglas modificatorias de los contratos determinan la forma en que se debe modificar la cláusula arbitral? Por lo que al realizar las líneas investigativas que nos ayuden a resolver esta interrogante, es válido conjeturar si los principios de separabilidad, proarbitraje, buena fe y autonomía de la voluntad de las partes determinan una independencia entre las reglas de modificación del contrato establecidas en cláusulas especiales, respecto de las reglas aplicables a la modificación de la cláusula arbitral.

En otras palabras, si consideramos que la raíz de todo negocio jurídico radica en la manifestación de voluntad libre y espontánea de las partes, de manera tal que, al llegar a un acuerdo, por simple o complejo que sea, se convierte en ley para los sujetos involucrados (Codigo Civil de la República de Nicaragua, 1904. Art. 1836). Así mismo, cualquier modificación, siguiendo las reglas fundamentales del derecho de que las cosas se deshacen como se hacen, se entiende que todo cambio deberá regirse de la misma manera en que se originó o bien según la voluntad de las partes.

De este modo, al ser los contratos ley entre partes, no puede atribuírsele otro sentido que el que resulta explícitamente de los términos empleados, tal como se expresa en el título preliminar del Código Civil de Nicaragua, capítulo III, interpretación de la ley, acápite XVI. Los contratos obligan a realizar lo que en ellos se expresa. De igual manera, si la ley —entiéndase también, lo pactado entre partes— exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez (Código Civil de la República de Nicaragua, 1904. Art. 2481).

Sin embargo, cabe preguntarse si las directrices que establecen reglas modificatorias de los contratos determinan la forma en que se debe modificar la cláusula arbitral, pues al ser este independiente del resto del cuerpo normativo de dicho instrumento, por imperio del principio de separabilidad, podría existir a pesar de la suerte del contrato. De igual manera, al ser la cláusula arbitral regida por principios diferentes a los regulatorios del objeto central del contrato, nada impide que la buena fe, el proarbitraje y la autonomía de la voluntad de las partes sean trastocados al modificar la cláusula arbitral haciendo caso omiso a las cláusulas especiales de modificación del contrato.

Del objetivo y estructura del trabajo realizado

Para verificar si esta hipótesis es cierta, será necesario partir del objetivo general planteado en este trabajo, el que insta a realizar el análisis del alcance jurídico del principio de

separabilidad del acuerdo arbitral en la interpretación y modificación de los contratos y de la cláusula arbitral.

Para ello, en la aventura investigativa, se han identificado los aspectos generales del arbitraje y su relación con los métodos de resolución alternos de conflictos (MRAC), se ha analizado el fundamento jurídico y manifestación de procedencia de los principios de autonomía de la voluntad de las partes, proarbitraje y buena fe y finalmente se analizó el principio de separabilidad de la cláusula arbitral y su alcance jurídico en la interpretación y modificación de los contratos. Estos tres aspectos nos permiten tener insumos necesarios que nos sirven como soporte argumentativo en los resultados que sean presentados.

De la metodología aplicada

Desde el punto de vista metodológico se ha asumido un corte dogmático, por lo que se estudia la norma jurídica para determinar el significado, contenido y alcance de esta. En este sentido, se aborda las fuentes normativas, históricas, doctrinales y de interpretación judicial existentes para sentar un criterio fundamentado. Por ello, haciendo uso del método gramatical se garantiza una opinión objetiva, debidamente apegada a los hallazgos extraídos de documentos jurídicos apegados al tema, desde el punto de vista histórico y lógico-sistemático.

Con la información recabada de casos icónicos concretos, doctrinas y opiniones de organismos dedicados al arbitraje, se parte de lo concreto para ampliar el criterio a la generalidad. De tal manera, de lo explicado en los párrafos anteriores, es evidente el uso del método histórico para estudiar el origen y evolución histórica del tema que nos ocupa.

También la aplicación del método comparativo para contrastar conductas o prácticas aplicativas e interpretativas de la figura objeto de estudio. Asimismo, por medio del método inductivo se ha trabajado con base en situaciones concretas y particulares para conseguir elementos que nos permitan su generalización.

Con estas ideas, visualizamos una institución jurídica con su técnica propia, partiendo de su naturaleza. Y la utilidad del presente trabajo va de la mano con la regulación y buena acogida a nivel internacional y local del arbitraje, en los distintos sistemas jurídicos de muchos países. Lo que marca la primera necesidad de promover el estudio y fortalecer las prácticas adecuadas en los procesos arbitrales, en aquellos casos que requieran reflexionar sobre los alcances de la separabilidad de la cláusula arbitral, con respecto al contrato que la contiene. En ese camino, los principios rectores del arbitraje son instrumentos básicos y fundamentales para la aclaración de dudas.

En el caso de la separabilidad de la cláusula arbitral, se ha encontrado un punto de inflexión que nos permite cuestionar si el sentido originario del principio de separabilidad es único o si puede extenderse a nuevas interpretaciones y aplicaciones en materia contractual y de arbitraje. Claro está que existe este vacío doctrinal que desmiembre el principio en referencia y nos indique los elementos que lo integran, así como los soportes jurídicos que le dieron vida y que nos permita afirmar que podemos extralimitarlo, sin atentar contra su propio sentido y naturaleza.

Es necesario contribuir al acervo doctrinal del arbitraje como método alternativo de solución de controversias, dando el perfil de utilidad de los principios de esta materia para

evitar interpretaciones encasilladas obligatoriamente en valoraciones técnicas y esquematizadas y no jurídicas sustanciosas. Por ello, es válido por medio de esta tesis desarrollar argumentos legítimos para la interpretación del principio de separabilidad de la cláusula arbitral. Asimismo, en este trabajo se desarrollan criterios y argumentos sustentados en doctrina, legislaciones comparadas y jurisprudencia internacional que podrán ser útiles para los tribunales arbitrales, al tomar el criterio sentado por el autor.

Por ello, va dirigida a los órganos jurisdiccionales, árbitros y litigantes, estudiantes de grado y posgrado del área del derecho, a fin de fortalecer lo aprendido en esta materia durante su carrera y en el desenvolvimiento de su profesión.

CAPÍTULO 1: EL ARBITRAJE COMO UN MÉTODO ALTERNO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

1. Antecedentes históricos del arbitraje como un método de resolución alterno de disputas

Sin intención específica de ahondar sobre evolución histórica del arbitraje como un método alterno de resolución de disputas, ya muy desarrollada por quienes acceden a desarrollarse profesionalmente en esta temática y que coinciden categóricamente sobre lo antiquísimo de esta materia, incluso antes de la formalización tradicional del aparato jurídico estatal moderno, procuraremos expresar, al menos, algunos puntos importantes de sus orígenes, desde una perspectiva diferente y resumida, para identificar cómo el arbitraje tiene cabida en una materia autónoma, antigua y que actualmente mantiene su desarrollo. Es decir, es el desenvolvimiento de una materia «vieja» pero no obsoleta. Su existencia es tan necesaria como necesarias son las relaciones humanas; pues tratamos de vínculos sociales con reconocimiento jurídico.

La historia de la humanidad implica el perfeccionamiento de relaciones humanas en que el conflicto forma parte diaria de las vidas de todos los individuos. De hecho, si tomamos como una referencia histórica, lo señalado en la Biblia —libro base del cristianismo— podemos constatar pasajes que nos ilustran el mecanismo de resolución alterno de conflictos recomendado que se desarrollaba en un contexto histórico. Al respecto, en el libro de Lucas, capítulo décimo segundo, versículo 58 y 59, se expresa una sugerencia consistente en procurar reconciliarse con el adversario previo al acudir a la vía judicial, (Lucas 12: 58-59 *Nueva Versión Internacional*). El trasfondo que podemos interpretar es que las partes podrían juzgar

por sí mismas lo que era justo, al resolver sus disputas de forma alterna al espacio estatal. Es decir, reconocer su capacidad de resolver por sí mismas los conflictos a través de acuerdos que dieran a cada uno lo suyo. Sin necesidad de que un tercero que en representación del Estado se impusiera (Sequeira Pérez, 2016, p. 77).

Mientras tanto, ubicados al otro lado del mundo oriental, en América, los descendientes de la cultura maya practican un procedimiento de resolución de disputas, que ha sido heredado vía tradición oral para resolver conflictos pacíficamente. Su base, un sistema reparador, busca poner mente y atención a lo dañado, utilizando como referencia la necesidad y responsabilidad que tenemos con la naturaleza, el cosmos y el ser humano (...) implica atender los conflictos con estos tres elementos (triada) y no infringir daño alguno. Cuando sucede, se pierde el equilibrio (Barrera Santos, 2005, p. 18). Es decir, que el proceso de resolución de conflictos es previamente interiorizado en cada uno de los individuos implicados, bajo el reconocimiento de su vínculo con cada una de las cosas que le rodea. Su intención es reconocerse todos como uno mismo, basados en la triada que los une eternamente.

Hoy en día esta identificación mutua entre las partes junto con el ambiente que les rodea, en la ciencia, se le ha denominado «empatía», lo que en psicología es visto como una de las competencias más importantes incluidas en la inteligencia emocional (...). Sin embargo, su significado es aún más importante que la capacidad de ponerse en el lugar del otro. (Anguis Sánchez, 2019). Es decir que la forma de resolver alternamente los conflictos parte de la madurez individual y que puede extrapolarse a la responsabilidad de la sociedad para resolver por sí mismas sus controversias, al margen de mecanismos legales naturales del aparato estatal.

Este enfoque, mencionado de los mayas, basado en la triada ya descrita, nos indica una interpretación restaurativa de las cosas. La justicia, entonces, ha de aplicarse sin ánimo vengativo, sancionador y preventivo (...). Su sistema de justicia se califica como un sistema reparador, su principal característica es reconstruir el equilibrio perdido entre las partes en conflicto (Ariffin - Cabo, 2011, p. 3). Bajo estas afirmaciones, podemos considerar que los métodos alternos de justicia históricamente han tenido por característica no solo la resolución inmediata del conflicto, sino mantener relaciones duraderas y satisfechas. Y que lo determinante ha sido que su desarrollo va al margen de las formas tradicionales administradas por el Estado. Es decir que ha de ser visto como una forma de resolver controversias al margen de los medios convencionales (Stone & Rubenstein, 2000, p. 2).

Es este respecto, y basados en aportes doctrinales, se sostiene que tres han sido los sistemas o formas de resolver las disputas tradicionales. La humanidad los ha atestiguado de primera mano, y aún los aplican, según corresponda. Los conflictos pueden tener fin, y su forma de terminarlos depende del modo en que sea abordado. La doctrina los clasifica en tres grandes mecanismos: Los mecanismos de autodefensa o autotutela, la autocomposición y la heterocomposición (Kelley Hernandez , 1998, p. 83).

1.1. Conceptualización de mecanismos de resolución de controversias en el Derecho

La autodefensa, que en los inicios históricos de la humanidad hace referencia a la ley del Talión, no es más que hacer justicia por la propia mano, bajo la misma intensidad que el

daño causado. Es decir, hacer justicia por mano propia por medio de la fuerza (Márquez Algara, 2006, p. 46). La autodefensa —conocida también por el nombre de autotutela o autoayuda— ha sido definida como un medio de solución directo y unilateral del conflicto, en virtud del cual una parte no acepta subordinar su interés ante el interés ajeno y ha decidido hacer uso de la fuerza, en atención a que la espera de la solución, significaría la aceptación de un daño que teme se pueda dar (Delgado Castro, Palomo Vélez, & Delgado , 2017, p. 269).

No obstante, actualmente, ya no se vuelve la regla general, pues jurídicamente no está permitida, a menos del caso excepcional de la legítima defensa (García Maynez, 1991, p. 228). Ha sido vista como una forma primitiva y las legislaciones prohíben poco a poco su aplicación, tipificándola como delito (Delgado Castro, Palomo Vélez y Delgado, 2017, p. 270).

Por otro lado, los mecanismos autocompositivos, se definen por la forma voluntaria de las partes involucradas en alcanzar un acuerdo para resolver sus diferencias. La clave radica en el consenso entre los sujetos involucrados. Cumplen al mismo tiempo con la función educadora del derecho al facilitar la generación de conciencia ciudadana para resolver por sí mismos y de forma privada los conflictos en los que se involucren.

En este sentido, necesariamente, los mecanismos de autocomposición requieren de la voluntad soberana de las partes para que la cooperación, en pro de resolver el conflicto, tenga los efectos esperados. Esto permite que, una vez finalizado el conflicto, las relaciones sean mejores o, al menos, iguales en el transcurso del tiempo y con acuerdos ejecutables voluntariamente. La razón es que las partes han resuelto por sí mismas el conflicto y han

pactado su propio acuerdo. No cabe duda de que los sistemas autocompositivos convienen para mantener relaciones entre partes luego del litigio o conflicto, como lo es en materia de familia, vecinales, societarias, escolares o empresariales (San Cristobal Reales, 2013, p. 42).

Lo anterior es completamente diferente a las reglas de desenvolvimiento de mecanismos heterocompositivos, cuyas características radican en que un tercero, imparcial, tendrá que resolver el conflicto que las partes involucradas le someten. La resolución del conflicto será emitida con efecto de cumplimiento, como una cosa juzgada (San Cristobal Reales, 2013, p. 48). Normalmente, en estos métodos se verifica la presentación de medios probatorios que son evaluados por el tercero. En todo caso, el tercero recibe información, la analiza, la verifica y la juzga pertinente, para poder crear una decisión que resolverá la disputa. A diferencia de los métodos autocompositivos, en donde el tercero únicamente administra la comunicación entre partes, pero jamás puede juzgar lo dicho para resolver el litigio.

El mecanismo heterocompositivo está revestido de una ritualidad jurídica que implique, necesariamente, reglas de juego institucionalizadas por las partes; por ejemplo, un procedimiento claro que deberán desarrollar. En el caso del arbitraje, las partes crean por sí mismas el procedimiento y no así el tercero, o bien las partes aceptan someterse a un procedimiento institucionalizado en un centro de arbitraje. El tercero decide en el marco del poder, atribuciones y límites fijados por las partes.

En estos mecanismos tradicionales de resolución de conflictos en sociedad, bajo el reconocimiento del derecho, es que tienen cabida los métodos alternos de resolución conflictos conocidos universalmente por el acrónimo de MRAC, MASC o ADR: *Alternative Dispute*

Resolutions o Amicable Dispute Resolutions (Gonzalo Quiroga, 2011, p. 43). Naturalmente, dentro de ellos, se desenvuelven figuras que ayudan a las partes a resolver sus disputas, ya sean de una manera autocompositiva o bien, heterocompositiva.

Los MRAC se han desarrollado junto a la justicia tradicional y clásica, en la que un judicial resuelve las disputas. Pero al mismo tiempo, este sistema judicial, por ley, reconoce la validez de los métodos alternos para resolver conflictos. No solo por utilidad político- social, sino por su relevancia jurídica de resolver conflictos rápidamente bajo la premisa de justicia entre partes. La resolución alterna de conflictos no es más que una vía extra y paralela al sistema de justicia tradicional y ocupa un lugar relevante en la modernización del sector justicia en el Estado (Álvarez, 2019, p. 1). Este sentido utilitarista de los MASC nos da una idea de que no hablamos de privatizar la justicia, sino de brindar apoyo, institucionalización y ofrecimiento de vías alternas a la decisión de un órgano jurisdiccional. Es decir, estar frente a la posibilidad de acceder a un procedimiento efectivo, que no es necesariamente judicial, para tutelar los propios derechos, entre partes. En términos de política pública, reconocer la validez y efectividad de los MASC nos invita a considerar que se puede diversificar las formas de resolución de los conflictos, brindando vías alternas a la vía tradicional y clásica del sistema de justicia (Álvarez, 2019, p. 2).

La clave de los MASC es basarse en teorías del consentimiento (Stone y Rubenstein, 2000, pp. 4-5). No tiene sentido alguno instar al uso de métodos alternos de resolución de disputas si las partes no acceden a ellos voluntariamente, pues trastocaría la naturaleza pura del MASC, que es permitir el diálogo entre partes libremente, para que ellas resuelvan sus diferencias o un tercero decida, bajo las estipulaciones que ellas mismas han reconocido voluntariamente.

1.1.1. Mecanismos autocompositivos

En los MASC necesariamente hemos de abarcar las maneras de solucionar conflictos (Girand y Koch, 2001, p. 26), de los cuales ya hemos hablado ligeramente. Por lo que, profundizando en ello, ubicaremos dentro de los mecanismos autocompositivos a la mediación, negociación y a la conciliación. Por sus definiciones propias, nos situamos fácilmente en una forma de resolución de conflictos, fuera de la decisión de un tercero. Es decir que la resolución de las diferencias entre las partes no depende de la interpretación, actuación o incidencia que tenga el tercero en la administración del conflicto. Con ello, es menester aclarar que si bien es un elemento que colabora en la resolución de las disputas, no significa que de él emana la solución.

Este tercero, cuando participa, cumple su función de filtro; de depurador de la información, de colaborar con la administración y gestión del conflicto para que las partes lo resuelvan sin que el tercero les diga quién tiene o no la razón. Por ello, como ejemplo, dentro de uno de estos mecanismos no se requiere la asistencia de un tercero involucrado, como sucede en la negociación, pues no es determinante o necesario que el neutral interfiera en la comunicación. Las partes en todo momento ostentan la responsabilidad y el compromiso de buscar opciones de solución a sus diferencias, pero el tercero no impone, no resuelve, no juzga, no evalúa ni pone fin al conflicto. En otras palabras, que exista la posibilidad de que participe un tercero no significa que este sujeto externo al conflicto sea el titular de la razón jurídica con potestad de resolver las diferencias entre las partes. Por tal razón, se entienden

como mecanismos autocompositivos, porque de forma independiente y por sí solas las partes dirimen sus diferencias.

Estos mecanismos denotan la madurez que alcanzan los involucrados, pues asumen el reto de reconocer y desarrollar un proceso del cual ellas son dueñas, cuya resolución depende exclusivamente de sus voluntades, de la buena fe empeñada y de la visión estratégica de evitar el estrés que representa un litigio, que pudo resolverse con solo la palabra de las partes afectadas.

En este sentido, para entrar en materia de la conceptualización de cada método autocompositivo, a continuación, se detalla cada uno:

1.1.1.1. Negociación

La negociación es un proceso entre dos o más personas que concurren entre sí, de forma voluntaria, sin la intervención necesaria de un tercero, que han identificado un conflicto que les atañe y cuyo objetivo es alcanzar un acuerdo que satisfaga sus necesidades e intereses. Es un proceso de diálogo fluido y constante, que surge como resultado de una práctica focalizada de la cultura de paz, a través de los medios de resolución alternos de conflictos (Sequeira, 2014, p. 18). En otras palabras, la negociación es una vía voluntaria en la que se tratan problemas de partes en disputa para alcanzar un acuerdo que responda a los intereses comunes de las dos partes (Girand y Koch, 2001, p. 26). Normalmente, las negociaciones se desenvuelven sin personas ajenas al conflicto. Lo que lleva a que sea tratado directamente por los involucrados que requieren una solución.

La negociación es quizás, la madre de los MASC, pues sus características propias de diálogo fluido, de generación de ideas y propuestas de solución estarán presentes en los demás métodos de resolución alternos de disputas. Por ejemplo, en el caso de la mediación, el mediador debe manejar las pautas básicas de negociación, pues podrá generar las técnicas necesarias para que el diálogo sea fluido. Lo mismo sucede en el caso de la conciliación. Para el caso del arbitraje, las partes previamente tuvieron que negociar para elaborar la cláusula arbitral más acorde a sus necesidades. En otras palabras, en sentido metafórico, nadie puede dirigir y navegar un barco si no sabe cómo funciona.

Las técnicas de negociación son aplicables a cada MASC y esto permite la configuración y la creación de las pautas con las cuales las partes han de desarrollar el proceso, ya sea al negociar qué reglamento aplicar o qué procedimiento crear, o bien al desarrollar el proceso de comunicación. La negociación está presente en todos los MASC y requiere de especial atención su estudio, pues se vuelve el punto de origen y al mismo tiempo el sustento de un MASC exitoso. Quien no sepa negociar adecuadamente no podrá administrar una mediación, una conciliación o definir la suerte de la creación de una cláusula arbitral.

De igual manera, la negociación depende efusivamente de la voluntad, madurez emocional y psicológica de las partes en disputa. Es decir, cuando existe un conflicto, es natural que los individuos que vayan a la negociación se integren con mal humor o falta de deseo de conversar con el otro sujeto. Es parte de su madurez el reconocer la posibilidad de poner fin al conflicto, por sí mismas, la que las lleva a sentarse y negociar. Son las partes las que libremente dialogan y resuelven el conflicto, sin que un tercero imponga la decisión. Es por

ello que es catalogado como un método autocompositivo, el cual también se manifiesta en los demás.

1.1.1.2. Mediación

Por otro lado, la mediación requiere la presencia de un tercero para brindar sus servicios de filtro de comunicación y director guía del diálogo entre partes, quienes se dirigen a la figura del tercero denominado neutral o persona mediadora. Al igual que todos los MASC, se caracteriza por ser un proceso voluntario y debidamente estructurado, en el que el rol del tercero se vuelve toral para ayudar a las partes a identificar sus intereses, sin poder emitir un criterio de decisión para el conflicto. Por la forma en que se estructura se vuelve un proceso formalizado (Girand y Koch, 2001, p. 27). Es decir, estamos ante reglas o protocolos de actuación que aplica la persona mediadora, con calidades personales o al menos, aceptadas por las partes, para que figure como persona con la suficiente capacidad para administrar el escenario de discusión de la disputa a la que se le ha sometido.

Es decir que el tercero se vuelve un comunicador (Stone y Rubestein, 2000, p. 6). Las partes tienen la última palabra de decisión sobre el conflicto y el tercero garantiza la formalidad, seriedad del trámite y el levantamiento del acta en el que el acuerdo es plasmado. En la mediación las decisiones no son impuestas y el acuerdo potencial al que las partes pueden llegar depende exclusivamente de su propia voluntad de aceptar las opciones que surgieron en la mesa de mediación.

La mediación es un proceso ampliamente flexible que permite cambiar las dinámicas del juego, con consentimiento previo de las partes. Es decir, las partes pueden definir si suspenden el trámite de mediación y llevarlo a cabo en otro momento. El mediador únicamente garantiza que el acuerdo esté en el marco de la legalidad y de la formalidad de ley, mas no así la decisión del asunto. Lo que caracteriza a este método autocompositivo es que la gestión, la administración, la guía o camino a seguir la expone el neutral, sin incidir en las decisiones finales que tomen las partes. La persona mediadora se constituye como un experto en abordajes del conflicto, en atenderlo, desmembrarlo, analizarlo en conjunto con los sujetos involucrados. Esto permite que el neutral desarrolle la función educadora de los MASC, pues expone las virtudes del método y anima a las partes para que reconozcan que ellas mismas poseen el potencial de resolver sus diferencias, sin que un tercero imponga quién gana o no. De ahí su rol autocompositivo.

1.1.1.3. Conciliación

En la conciliación, también nos encontramos frente a un tercero, pero con un rol más activo ante las partes involucradas. Sin embargo, no puede resolver el conflicto, sino únicamente brindar opciones para que las partes las analicen en conjunto y decidan por sí mismas cuál es la más viable. Es decir que el tercero no tiene poder de decisión, pero sí de administrador del diálogo de las partes y basado en lo expresado por ellas —sustentado en su *experientia et sapientia*— brinda escenarios posibles y alcanzables para las partes conflictuadas. En otras palabras, se ha entendido generalmente como una negociación voluntaria que se lleva a cabo con la ayuda de un tercero, que reúne a las partes en disputa para hablar o llevar información de una a otra (Girand y Koch, 2001, p. 27).

La conciliación ha sido utilizada, como lo es el caso en la legislación nicaragüense, para aquellas materias en que el Estado tiene la responsabilidad de fiscalizar por interés público. Por ejemplo, en materia de protección del interés superior del niño, protección integral a la mujer contra la violencia, derechos laborales, entre otros. Es decir que la línea argumentativa de uso de la conciliación es que el rol del tercero garantiza una mayor función de generador de opinión, para que las partes hagan uso de estas e incluyan en sus decisiones las recomendaciones que el tercero ha dado. En la mediación, el mediador no puede opinar, pues únicamente está limitado a la administración del conflicto. Sin embargo, salvo excepciones y con permisibilidad verificada y constatable de las partes, este puede emitir una opción.

La conciliación es la figura autocompositiva con mayor permisibilidad de acción hacia la persona neutral, pero siempre con el límite de evitar emitir juicios que obligue a las partes a aceptar la decisión, o bien evitar obligar a las partes a asumir un pacto del que no están de acuerdo.

La presencia del tercero no significa y no debe interpretarse como una condición para considerarlo un método heterocompositivo, pues lo que determina su ubicación en esta clasificación no son los sujetos involucrados o los terceros que participen, sino quién tiene la capacidad decisoria frente al conflicto. Si fuese el caso de que el tercero evalúa medios de prueba o emite juicios que ponen fin al conflicto, ya se aleja a la dinámica autocompositiva, sino más bien se acerca al método heterocompositivo de resolución de controversias. Son dinámicas distintas, cuya línea delgada lo marca la función y actividad del tercero en el desarrollo y abordaje del conflicto.

1.1.2. Mecanismos heterocompositivos

1.1.2.1. La vía judicial

Es la forma clásica de resolver un litigio, en que los individuos acuden ante un órgano designado por el Estado, llamado juez u órgano jurisdiccional, para que sea este el que resuelva el litigio sometido por ellas. Las partes no requieren de voluntariedad para acudir ante esta vía. Basta con que una ejerza la acción a fin de conseguir el reconocimiento de un derecho, o bien la ejecución de este, según sea el caso. En esta vía, la parte recurrente recibe el nombre de actora o demandante y sobre quien recae el reclamo de la acción es el demandado. Ante las partes, el tercero es imparcial y actúa suprapartes, imponiendo su decisión (San Cristobal Reales, 2013, p. 48). En este estudio no será abordado a profundidad sobre la vía judicial, pues la intención ha sido únicamente referencial en este concepto.

1.1.2.2 El arbitraje

El arbitraje es una figura que posibilita la resolución de conflictos entre partes, por medio de un tercero que resuelve con su propio criterio y argumentos quién tiene o no la razón jurídica del conflicto. Es decir que las partes voluntariamente reconocen la autoridad del tercero denominado árbitro para que sea él mismo que decida la finalización del conflicto, previo a un proceso debidamente pactado y aceptado por las partes. El arbitraje es la contraposición o lo contrario a la figura de la mediación y de la conciliación, puesto que en estas el tercero se limita de una manera espontánea a aproximar a las partes a que encuentren

una solución (Laborda Valle, 2015, p. 427.). En cambio, en el arbitraje, las partes han de acatar la decisión impuesta por el tercero. El arbitraje privado es un sistema heterocompositivo de resolución de controversias (Sánchez García, 2013, p. 138).

El arbitraje es la participación voluntaria o requerida en un procedimiento formal de presentación de necesidades, intereses y posiciones ante un tercero neutral, que entonces define un acuerdo vinculante o recomendado (Girand y Koch, 2001, p. 27). En este sentido, se basa en el principio general *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo no hay necesidad de juez), lo que supone para el arbitraje la renuncia a la intervención de jueces o tribunales, mientras cuya injerencia no sea absolutamente indispensable o necesaria, de ahí el apoyo del principio de exclusión de competencia de la intervención judicial, pues si no se aceptase no tendría ninguna lógica la propia existencia de la institución del arbitraje.

En este sentido, la sumisión a la decisión de los árbitros debe entenderse como decisiva, excluyente y exclusiva, para ser tenida por eficaz y vinculante. Esta intención debe ser manifestada de forma inequívoca y clara, con voluntad firme para resolver los conflictos por esta vía. Es decir, para someter todas o algunas cuestiones que pudieran plantearse de sus relaciones jurídicas a la decisión del tribunal arbitral (Fernández Rozas y Artuch Iriberrí, 2011, p. 769). Es decir que el juicio al que concluya este tercero permita a las partes garantizar el cumplimiento de las obligaciones o situaciones exigidas.

El arbitraje emplea al tercero, con carácter privado, con poder de decisión, con la suficiente autoridad sustantiva y formal, en la que los asuntos procesales son definidos

previamente por las partes o por la ley, y ante vacíos, el mismo tribunal regula el cauce que ha de utilizar para desarrollar el proceso. Las partes claramente han acordado utilizar este mecanismo para poder definir el fin de una controversia que ellas mismas no han podido resolver. Por ello, el carácter adjudicatario del arbitraje, aunque en menor medida. Las partes previamente al definir al arbitraje como su forma de resolución de conflictos llegan a tener el control previo del procedimiento a utilizar, pero no así del resultado que ha de tomar el tribunal, pues las reglas sustantivas de su decisión están fuera de su alcance (Stone y Rubenstein, 2000, p. 5). Esto significa que la dinámica autocompositiva del conflicto, del que pudieron gozar las partes previamente al negociar la resolución de las disputas, se elimina o desaparece cuando la decisión ha de recaer completamente en el árbitro. Las partes lo eligen, pero no determinan el resultado, pues depende exclusivamente del tercero el decidir quién tiene o no la razón.

El arbitraje es, en suma, un procedimiento privado, para acceder a la justicia. Este mecanismo las partes lo definen por sí mismas. De hecho, el tercero es elegido libremente, y puede ser electo en base a la pericia del neutral, para tener una impartición de justicia que se acerque a los parámetros y expectativas que ellas persiguen. Es decir que facilita la resolución del conflicto por medios especializados a través del conocimiento profesional que tenga el neutral, denominado árbitro. Esta circunstancia dota de especialidad al conflicto, pues quien lo administra se constituye como el experto necesario para resolver la disputa planteada ante él, garantizando de esa manera una solución ecuaníme que se apegue a la dinámica de recibir de un versado la solución.

Su carácter privado permite a las partes elegir libremente al tercero con las características profesionales que las partes estimen oportunas, que le habiliten para resolver el conflicto. Esto ha permitido que el arbitraje se desenvuelva de dos maneras o enfoques. Uno como amigable componedor —*ex aequo et bono*— y el otro bajo la línea de derecho. El primer supuesto permite que los árbitros fallen o decidan los conflictos haciendo uso de su *experientia et conscientia*. Sin necesidad de sustentar su fallo en consideraciones legales, sino como sanos juzgadores de la situación, fundados en hechos y pruebas que han tenido presentes. Especialmente, en aquellos conflictos que deben ser resueltos por alguien que sabe precisamente de la materia que trata el litigio, por ejemplo, un conflicto relacionado a suministros para biotecnología o bien para conflictos relacionados a construcción. ¿Quién podría resolver un conflicto de técnica constructiva con los fundamentos técnicos del caso? Un ingeniero o bien un arquitecto, según la situación planteada.

Por otro lado, el arbitraje con enfoque de derecho persigue que la decisión sea brindada bajo los fundamentos que la ley establece. El argumento y consideraciones de los árbitros son apegados estrictamente al derecho y no así a su valoración subjetiva, sino a su interpretación legal de los hechos con respecto a los resultados planteados por las partes. En este supuesto se brinda una decisión a favor de quien mejor derecho le cobije. La designación de arbitraje de derecho representa un marco de actuación de los árbitros, que no pueden extralimitar su decisión fuera del margen de la ley. Por lo tanto, en la redacción del laudo como resolución que pone fin al conflicto, debe fundamentar cada criterio en la ley. Sin ello, el laudo sería inválido.

Estas consideraciones conceptuales previas entre los métodos autocompositivos y los heterocompositivos, nos permiten tener un horizonte claro de los primeros alcances y diferencias de cada uno, en lo que refiere a resolver el conflicto. La labor que sea ejercida por el tercero neutral será la que permita la ubicación entre un método o el otro, no así la figura que represente, como mediador, conciliador o árbitro. Lo determinante es el rol y no así la existencia de su presencia ante el conflicto; es la forma en que se resuelve el conflicto, no la forma en que se organiza.

1.2. Antecedentes históricos propios del arbitraje

El arbitraje como método alternativo de resolución de disputas es de los más antiguos en la sociedad, siendo la doctrina unánime en ubicar su génesis en aquellos tiempos en que las relaciones humanas se encontraban en un estado primario, en los cuales aún imperaba el sistema de la venganza privada, mucho antes de existir cualquier organización judicial (Villalba Cuéllar y Moscoso Valderrama, 2008, p. 1). Lo que nos ubica en el desarrollo histórico paralelo de todos los métodos de resolución alternos de conflictos, en el sentido de reconocer, según el tipo de conflicto, la posibilidad de otorgar autoridad a un tercero que contará con la suficiente respetabilidad social y credibilidad ante ambas partes para resolver sus diferencias, que contaba con un carácter obligatorio y vinculante. Naturalmente, al ser primitiva la sociedad —en sentido histórico— la función de resolver diferendos recaía en la figura del jefe de la tribu o del *pater familias*, el anciano, el sacerdote o la persona que tuviera la mayor investidura moral, e incluso puede afirmarse que la figura del arbitraje nace como la primera forma de administrar justicia, al no existir un sistema judicial oficial organizado, las

personas acudían y otorgaban la potestad de un tercero con jerarquía y confianza, para la impartición de justicia (Steele Garza, 2012, p. 20).

Hablamos, pues, de los orígenes de la organización de la sociedad en que la figura política y jurídica que hoy conocemos por Estado aún estaba lejos de ser vista como tal. La no existencia del Estado no eliminaba la posibilidad de que existieran o no conflictos en la sociedad, cuando por ejemplo surgía la necesidad de delimitar territorios, funciones y roles en el estrato social. Los conflictos se constituyen como parte de la naturaleza humana, por el nivel de interacción social al que estamos expuestos y por las dinámicas que son desarrolladas entre los individuos. Las diferentes formas de ver la realidad que nos rodea entre los sujetos marcan el punto de partida de la contradicción y con ello la disputa.

En un primer momento de la evolución humana, la sociedad, en el afán de explicar los comportamientos y fenómenos naturales que atestiguaba, se explicaba los hechos que sucedían haciendo uso del mito. El mito en un momento histórico marcó la cosmovisión de la sociedad, que por medio de la tradición oral o artística transmitían las enseñanzas de una generación a otra. En esas historias sorprendentes, se encuentra la del rey Augias y el joven Hércules. Al respecto, el Dr. Steele Garza se encarga de contar esta historia haciendo referencia a las características en que el conflicto fue resuelto, por medio del arbitraje; en que, a través del auxilio y asistencia de un tercero, Hércules contó con la justicia que requería del caso. La historia es la siguiente:

Los establos del rey Augias, rey de Elide, era el hombre que más ganado poseía en el mundo, los dioses habían hecho a sus rebaños inmunes a todas las enfermedades y eran

increíblemente fértiles. Pero Augias no había limpiado jamás sus establos, que esparcían un olor insoportable por todo el Peloponeso. Además, la capa de estiércol sobre la tierra de los valles era tan gruesa que ya no podían labrarse para sembrar grano, Euristeo ordenó a Hércules limpiar aquello en un solo día, sonriendo al imaginar al héroe cargando el estiércol en cestos y llevandoselo sobre sus hombros. Heracles, sin mencionar el mandato de Euristeo, convino con Augias, en que, si lograba limpiar todo aquello en un solo día, obtendría a cambio de la décima parte de los rebaños.

Hércules derribó dos de las cuatro paredes de cada establo, tras lo cual desvió de sus cursos los ríos Alfeo y Peneo, consiguiendo que las aguas se llevaran todo el estiércol de los establos, así como el que cubría el valle. Pero Augias, al enterarse de que Euristeo ya había ordenado a Hércules limpiar sus establos, se negó a pagar lo acordado. Hércules pidió que el caso se sometiera a arbitraje, el hijo de Augias declaró ante los jueces árbitros que su padre había hecho un trato con Hércules, por lo cual Augias, lleno de cólera, desterró de Elide a su hijo y a Hércules, afirmando que los dioses de los ríos, y no él, habían realizado el trabajo. Euristeo, por su parte, no considero el trabajo como uno de los diez, ya que Hércules había sido contratado por Augias (Steele Garza, 2012, p. 20).

El mito refleja las características de un proceso arbitral, en el que la voluntad de las partes estuvo de por medio para que el proceso arbitral se llevara a cabo. Lo total es el consentimiento del sometimiento de la controversia al arbitraje. Es decir que esta forma de resolver conflictos era vista como algo normal, para que las disputas evitaran ir a cauces formalizados ante quienes tenían la facultad de resolver conflictos en nombre de lo divino. Sin

embargo, hablamos del mito, en un momento histórico, cuyo fondo tiene una connotación y mensaje del que podemos inspirarnos para definir al arbitraje.

Por otro lado, bajo la misma figura retórica del mito, se encuentra quizás una de las primeras historias que más refleja a este método de resolución de conflictos. Nos referimos a la historia de la manzana de oro, la que se desarrolló de la manera siguiente:

Eris, la diosa de la discordia, envía una manzana de oro a la boda de Tetis y Peleo con la inscripción a la más bella. El motivo era porque no la habían invitado a dicha boda. Afrodita, Hera y Atenea se autoproclaman las más hermosas, pero solo una podía serlo. Por ello, Zeus, le pide a Paris que haga de árbitro y que sea él quien elija a la más hermosa. En un principio Paris trato de declinar el mandado de Zeus, pero al final acató la disposición, mandó que las tres diosas vinieran ante él y ordenó, además, que para juzgar su belleza se le mostraran completamente desnudas, ellas obedecieron cada una a su turno en la forma más seductora posible, para tratar a su favor el juicio de Paris. Por su parte, la diosa Hera trató de hacerle observar su impecable perfección estética. Le prometió hacerlo señor del Asia con todas sus riquezas. Atenea por su parte le aseguró que si el fallo le favoreciera lo convertiría en el más sabio, hermoso y fuerte de todos los hombres, capaz de vencer en todas las batallas. Finalmente, Afrodita le ofreció a cambio del fallo a su favor lograr para él el amor de Helena, delicada y sublime hija de Zeus y de Leda. A pesar de ser esposa de Menelao, Afrodita podía hacer que Helena lo abandonara para entregarse a Paris. Este árbitro designado, tras de realizar la difícil comparación entre las tres deidades concursantes, por fin entregó la manzana de oro a la diosa del amor, Afrodita. Y fue tan justa la decisión del árbitro en aquella ocasión que desde entonces y a lo largo de los siglos Venus-Afrodita ha

sido reconocida siempre como paradigma de la belleza femenina (Medina Lima, 1988, p. 158).

A pesar de ser una historia con final trágico, que originó el calificativo social dentro de la *vox populi*, como la manzana de la discordia, y que ahora es utilizado para referir a objetos que generan disputas, nos brinda también la enseñanza de dirimir conflictos por medio de terceros que han sido elegidos y a quienes se les brinda la facultad de resolver controversias haciendo uso de su sana crítica y apreciación. En este sentido, el rol del tercero frente a las partes, en calidad de facultado para resolver las disputas, crea la pauta para identificar los elementos que caracterizan al arbitraje, ya sea la neutralidad, la capacidad decisoria y el elemento de aplicar un procedimiento que las partes aceptan y con ello la decisión tomada por el tercero.

Por otro lado, desde la perspectiva del cristianismo, nos encontramos ante un pasaje en el que el mismo Jesús hacía referencia a este método alternativo de resolución de controversias, que implicaba el uso de un tercero para que dirimiera un conflicto. En el libro de Lucas, capítulo doce, versículos trece y catorce, se encuentra el pasaje en que un miembro de la multitud se dirige a Jesús para que este le dijera a su hermano que partiera la herencia. Si lo vinculamos al arbitraje, Jesús respondió en palabras prácticas, que nadie lo había designado como un tercero para resolver el conflicto. Ante ello, nos encontramos que las personas comúnmente buscan el auxilio de un tercero, para dirimir sus diferencias, ya sea por el carácter moral y ético del tercero, como un neutral que garantice la impartición de justicia. El arbitraje, hasta el día de hoy, ha sido visto como esa posibilidad de resolver los pleitos vía alterna al cauce jurisdiccional tradicional.

No obstante, más allá del mito y de los relatos bíblicos —que se vinculan a una época jurídica que imperaba en el momento— la figura del arbitraje aparecía formalizada en la cultura griega hacia el año 520 (a. de C.) en los consejos de la confederación de pueblos y ciudades comprendidos en la influencia de la política y militar de Atenas, y fue denominado Arbitraje de la Anficiónía (Cerón Coral, 2007, p. 4). De hecho, en la Grecia clásica ya personajes como Aristóteles citaban la utilidad de esta figura y recomendaba el uso del arbitraje, antes de acudir a la vía judicial, puesto que el árbitro puede llegar a cuidar la equidad, mientras tanto el juez cuida la ley; y que bajo este sustento el arbitraje fue creado para esa razón: brindar de fuerza a la equidad (Griguera Naon, 1992, p. 22). De igual manera, Solón narró como Demóstenes en Atenas creó normativas sobre el arbitraje entre ciudadanos, en las que se permitió a las partes elegir al árbitro de su agrado y confianza y que la decisión que fuese tomada por el tercero no tenía posterior recurso (Dávalos Fernández, 2017, p. 3).

Por otro lado, en Roma, se ha identificado por parte de la doctrina tres fases o momentos del arbitraje en su historia: el surgimiento, la decadencia y el renacer con fortalecimiento (Iglesias Santos, 1987, p. 202). En la primera etapa se desarrolla el procedimiento de las *legis actionis*, que abarca desde la ley de las XII Tablas (451 a. C.) hasta la Lex Aebutia (130 a.n.e) y Lex Julias (17 a. C.), el segundo momento comprendido de la Lex Aebutia y Lex Julias a la Constitución de Constantino (342 d. C.). Durante este momento las *legis actionis* con extremo rigor, formalismo, rito y solemnidad lo convierte en estatutos odiosos, por cuyo motivo la Lex Aebutia y las dos leyes Julias las abolieron. El arbitraje cede a la figura del juez, que es entonces funcionario público (Iglesias Santos, 1987, p. 215). La

tercera etapa, comprendida en el marco del derecho justiniano, se vislumbra con ciertos rasgos del arbitraje que hoy conocemos.

Durante la Edad Media, el arbitraje se consolida como respuesta a la realidad del desarrollo del comercio y a la necesidad de regular las relaciones económicas que imperaban en el momento. Con la creación de gremios, la facilidad de expansión del comercio, asociaciones de comerciantes, especialmente en las ciudades que asentaban ferias comerciales y en los puertos del norte de Europa, llevan al arbitraje a un lugar destacado, como expresión en ley mercatoria. El arbitraje recibe acogida con la expansión de la llamada revolución comercial, basada en las transformaciones demográficas, el rápido crecimiento de las ciudades, el perfeccionamiento de la técnica Naval y el fortalecimiento de los centros de comercio marítimo. De ahí se hace necesario el aseguramiento jurídico del comercio y el cambio de monedas. En estos lugares se crean reglas de convivencia comercial basados en el uso y las costumbres que trascendían los feudos y fueron admitidos por gobernantes y señores feudales. Era Lex mercatoria en todo su esplendor, el surgimiento y puesta en práctica del arbitraje. Es decir que surge en el marco de un derecho mercantil autónomo, consuetudinario, espontáneo, al margen de ordenamientos jurídicos nacionales (Dávalos Fernández, 2017, p. 7).

Al llegar al Estado y derecho moderno, las reglas arbitrales se desarrollan fácilmente, sobre todo con mayor reconocimiento estatal. Conforme se desarrolla la historia, casos como la legislación nicaragüense, por medio del Código de Procedimiento Civil de 1906, se dedicó un título entero a esta figura jurídica, para abordar lo referente al llamado «juicio por arbitramento» (Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua, 1906, art. 958), para posteriormente ser desarrollado con reglas nuevas, en 1914, en el Código de Comercio, al

incorporar al arbitraje como una forma de resolver las controversias (Código de Comercio de la República de Nicaragua, 1914, art. 180) .

Dos décadas posteriores se publica en *La Gaceta*, diario oficial, la Ley General de Cámaras de Comercio de Nicaragua, y en su artículo 13 expresa la posibilidad de someter las disputas entre comerciantes ante un tribunal de arbitramento, agricultores o industriales. Para ello, debían elevar a la respectiva cámara un memorial que deberá ser presentado personalmente por los interesados al presidente de la Cámara (Ley General sobre Cámaras de Comercio de la República de Nicaragua, 1933, art. 13).

Pasaron sesenta y ocho años para que Nicaragua diera sus primeros pasos de actualización a nivel internacional en materia de arbitraje, con la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Este instrumento trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales. En este sentido, se entiende por «sentencias o laudos no nacionales» aquellos que, si bien han sido dictados en el Estado donde se prevé su ejecución, son considerados «extranjeros» por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería, por ejemplo cuando se apliquen normas procesales de otro Estado (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2015). Nicaragua reconoce este instrumento con la aprobación del Decreto 26- 2002, publicado en *La Gaceta*, diario oficial, número 56 del 21 de marzo de 2002.

Siguiendo la misma dinámica Nicaragua aprueba por medio del Decreto número 3362 publicado en *La Gaceta*, diario oficial, número 38 del 24 de febrero de 2003, la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial, conocida como la Convención de Panamá.

Esta Convención establece que sentencias o laudos arbitrales finales tendrán la misma fuerza de sentencia judicial. Consecuentemente, la Convención exige el mismo trato en el reconocimiento y ejecución que con las sentencias dictadas por los tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales (Departamento de Derecho Internacional O.E.A, 2015).

Bajo este contexto, nuestros legisladores en coordinación con la Cámara de Comercio de Nicaragua lograr proponer a nuestra sociedad el inicio formal del marco regulatorio base para la mediación y el arbitraje. Por medio de la Ley 540, Ley de Mediación y Arbitraje, publicada en *La Gaceta*, diario oficial, número 122, del 24 de junio de 2005, se recoge la tendencia internacional de promoción y uso de ambas figuras. Nuestra Ley 540 fue elaborada tomando en consideración la ley modelo de la CNUDMI, la cual data del año 1985. Con esta ley se da el impulso esperado para la promoción y descongestionamiento de causas judiciales. Nicaragua no tiene el arbitraje como una novedad, pero sí ha podido hacer evolucionar esta figura con la modernización constante, de la mano con la Cámara de Comercio (Marengo Corea, 2012, p. 2).

Es ahí en donde la figura del arbitraje ha tenido relevancia en el comercio nacional e internacional, como un mecanismo eficaz y efectivo de resolver y dirimir controversias, sin ir

a la vía judicial. Es una figura jurídica, con naturaleza propia y principios que la sustentan para su aplicación e interpretación.

2. La naturaleza jurídica del arbitraje

Para abordar este apéndice, será necesario considerar 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 y 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 estas letras, es importante conceptualizar: ¿Qué quiere decir definir? El diccionario de la Real Academia Española nos dice que proviene del latín *definiré* 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 se realiza un aproximado 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 permitirá apropiarse 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 se deberá hacer el viaje entre ambas teorías que explican la razón de ser de esta institución. Después de este ineludible análisis de ambas teorías, el escrito prosigue hacia un estudio profundo del caso nicaragüense. Como será visto, 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 apartado 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.

2.1. 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. En sintonía con esta afirmación, Lois Estévez se explica de la manera siguiente:

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 Derecho, 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 y 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 mismos principio de actividad (Aristóteles y Russo, 1968, p. 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 y 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 plasmados 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 de por qué existe una figura o institución es fundamental para aplicarla lógicamente 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,

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.

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.

2.2. 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:

- a) 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 (Gonzáin, 1992).

- b)** 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, 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 *arbiter*, formada por la proposición *ad* y *arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia (Gozáini, 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.

2.2.1. 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 hace el Estado a los particulares para resolver sus conflictos (Talero Rueda, 2008, pp. 1-25).

Se trata, pues, de un proceso al 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

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.

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 plasmadas 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 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 se considera 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 este. Lo importante será la función que ejerce el tercero para dirimir el conflicto.

2. El resultado que pone fin al conflicto es idéntico, 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.

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).

2.2.2. 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 solo 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 y Casais, 1922, pp. 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 invita a un tercero que, actuando bajo las directrices de ambas, aquel 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.

2.3. Nicaragua y la naturaleza jurídica del arbitraje

Como hemos visto, las 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 este, 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 ha 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 sujetos³ 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 que 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 este poder del Estado. 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

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.

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.

Asimismo, 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 solo lo juzgado.

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, regula los 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.

2.4. Reflexiones finales sobre la naturaleza jurídica del arbitraje

1. 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.
2. 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.
3. 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 claros de su naturaleza es comparable a ejecutar una receta sin saber cómo se llaman las especias que se utilizan. 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.

4. 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 esta.

CAPÍTULO 2: PRINCIPIOS COLABORADORES DE LA SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

1. Generalidades teóricas sobre los principios colaboradores de la separabilidad de la cláusula arbitral

El arbitraje como institución tiene sustento en disposiciones normativas que le revisten de legalidad, en las distintas legislaciones en las que posee reconocimiento. Sin embargo, para dinamizar la aplicación de estas disposiciones legales, requiere de un vehículo jurídico que sirva de soporte y condimento al proceso de interpretación que hagan las partes o los árbitros. De igual manera, esta regla es aplicable para la interpretación que realicen los órganos jurisdiccionales.

Los soportes u horizonte inspirativo de esta institución, como muchas otras del derecho, se denominan principios. Los principios forman parte de las herramientas que asumen los tomadores de decisiones en la administración de justicia, para aclarar, interpretar y aplicar la norma jurídica. Este método es extensivo para la práctica individual de las partes o los sujetos en toda relación jurídica. Los principios, en este sentido, son abstracciones o generalizaciones que sirven de inspiración filosófica y orientativa. Son fórmulas fundamentales que sustentan el ordenamiento jurídico, de tal manera que sirven para orientar el actuar de todo un sistema jurídico.

Según Castillo, los principios cumplen dos funciones primordialmente:

- a) Orientar e inspirar al ordenamiento jurídico, constituyéndose en el espíritu que contiene toda norma positiva de tal manera que se conviertan en principios positivizados.

- b) Como ayuda en la tarea integradora mediante los postulados que se encuentran fuera del ordenamiento positivo (Castillo, 2014, p. 79).

Bajo esta lógica, cumplen el objetivo de armonizar e integrar las normas jurídicas. En el caso del arbitraje, colaboran a llenar los vacíos que hayan dejado las disposiciones personales de las partes o aquellas de la legislación ordinaria. De tal manera que su validez se fundamenta en el aspecto de auxiliar la dinamización y cauce natural de los conflictos que han de resolverse, a fin de tener siempre un camino, bajo el soporte del horizonte inspirativo de la institución del arbitraje.

Los principios de la institución arbitral tienen una característica muy propia, como lo es su coordinación y vínculo por su origen y por su aplicación. De tal manera que, en el aspecto histórico, cada principio ha sido creado por el soporte de un principio antecesor, que posteriormente le sirve de colaborador y vínculo. Se puede afirmar sin temor alguno que la raíz y madre de todos los principios de los que se tiene conocimiento en materia arbitral tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Este principio es la piedra angular para el desarrollo y aplicación de todos los principios en esta institución jurídica, y su vínculo con sus hijos/as, si lo consideramos en sentido figurativo, es real y vigente.

Por medio del principio de autonomía de la voluntad de las partes nace la figura del arbitraje. Las partes en este caso deciden crear una figura que les permita resolver conflictos surgidos de la relación que los une. Con esta «célula madre» nace consigo la necesidad de regular el resto de los pilares, en el marco de un debido proceso, con garantías igualitarias, confidenciales, privadas, en las que el juzgador llamado árbitro esté frente a las etapas del proceso arbitral y de los medios de prueba a evaluar, conocido como una intermediación. Todo ello, en el marco de la buena fe que tiende a crear estas relaciones jurídicas.

La simple lectura del párrafo anterior da una impresión de enumeración de ideas, pero en realidad es la enumeración de algunos de los principios que esta institución arbitral posee. De hecho, no son los únicos. Al existir vacíos y hechos en la práctica vistos como necesidades casuísticas, conllevaron la creación de principios que hoy día son icónicos y que sirven como oxigenantes o elementos propulsores de la institución del arbitraje, como lo es el principio proarbitraje, para beneficiar a esta institución y evitar la aplicación de analogías innecesarias, el principio kompetenz-kompetenz, buena fe y el principio de separabilidad de la cláusula arbitral.

Si bien es cierto, ya existían principios arbitrales que tienen mucho vínculo con los principios generales del derecho y con las ramas del derecho vinculadas a contratos, es importante destacar que, al surgir dudas en los casos, la primer célula madre —refiriéndonos a la autonomía de la voluntad— volvió a dar impulso para abrir la puerta de creación de los principios propios del arbitraje. Estos principios funcionan coordinados entre sí para mayor respaldo. Y esta coordinación es evidente en los casos en que toca realizar aplicaciones e

interpretación de los contratos vinculados al tema, pues se realiza un ejercicio silogístico y argumentativo que permite crear respaldos sólidos para resolver casos.

En esta situación, por el tema que nos ocupa en la presente tesis, nos enfocaremos en un ejemplo de esta coordinación armónica interpretativa, como se da el caso entre los principios que colaboran para mantener la fortaleza de la separabilidad de la cláusula arbitral. Siendo así, el principio —infaltable— de autonomía de la voluntad de las partes, como madre creadora de la figura arbitral, el principio proarbitraje y el principio de buena fe. Una tríada sólida que se enmarca en la protección, fortalecimiento y desarrollo del principio de separabilidad de la cláusula arbitral.

La importancia de este abordaje radica en demostrar la forma en que funciona cada uno individualmente, para posteriormente conjugar esta tríada jurídica, a fin de argumentar el porqué de su exitoso vínculo y armonía legal, lo que permite la creación de nuevos enfoques, según la casuística. De ahí que la nueva propuesta interpretativa y argumentativa de este trabajo se enfoque, en un capítulo completo, al abordaje de esta conjugación jurídica.

2. La autonomía de la voluntad de las partes en el arbitraje

2.1. El fundamento jurídico de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos

La voluntad de las partes como manifestación de su deseo, trasladado en la creación de un instrumento jurídico, adquiere relevancia e impulso con el surgimiento de lo que

consideramos Estado y derecho moderno (sin restar importancia a lo regulado desde el derecho romano o en el pensamiento natural griego), el que apoyado por las corrientes filosóficas liberales de la revolución francesa y sus precursores doctrinarios crearon las bases de lo que hoy conocemos como autonomía de la voluntad contractual, en el marco de la tendencia de la corriente del «laissez faire» de liberación del mercado como motor de la felicidad y prosperidad de las naciones y del culto a la libertad individual (Diez-Picazo, 1979, pp. 88-89).

Entiéndase que la voluntad contractual no es libertinaje jurídico, sino una voluntad autónoma pero debidamente limitada por el derecho. Es un accionar precisado en el marco de la ley. Es una voluntad jurídica, pues tal hecho le da protección y reconocimiento legal en lo que se refiere a validez, efectos y consecuencias.

La autonomía de la voluntad contractual no es más que el reconocimiento del ejercicio de un interés, legal y legítimo, expresado por partes contratantes, que supera su intención psicológica de realizar un capricho, pues el legislador como operador político de la voluntad social ha limitado el exceso de poder que atente contra lo socialmente correcto.

Claro es que esta voluntad autónoma, para crear protección jurídica inter-partes y ante terceros, requiere de su creación formal plasmada en un contrato, en el que conste el negocio jurídico. Es decir que el negocio jurídico constituye, entonces, el medio fundamental de realización del principio de autonomía de la voluntad, entiéndase los hechos jurídicos contractuales, ya que su elemento principal es la manifestación de voluntades consentidas (Hernández Fraga y Guerra Cosme, 2012, p. 28).

El principio de autonomía de la voluntad posibilita el ejercicio individual de las personas en dos sentidos. El primero el de creador, modificador y extintor de relaciones jurídicas y el segundo el de formador y determinador del contenido de estas. Es decir, es la clara manifestación del derecho subjetivo en toda su expresión. Visto desde la intención o facultad de pactar, con todo lo que ello implica, o rechazar un pacto.

El derecho ha de darle la relevancia debida a la autonomía de la voluntad de las partes, inclusive, en la interpretación de esta, cuando se refiere a dar sentido a las cláusulas que cobija el vínculo jurídico que las une.

A los aspectos antes expresados, sobre el doble sentido de la autonomía de la voluntad de partes, la doctrina lo nombra como «libertad de contratar» y la «libertad contractual». El primero como la facultad de decidir realizar o no un contrato, elegir con quién realizarlo, la forma en que lo ha de hacer, cuándo y cómo hacerlo. El segundo, conocido también como libertad de configuración interna, es entendido como la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato (Hernández Fraga y Guerra Cosme, 2012, p. 31).

Así pues, el principio que nos ocupa es una configuración de roles internos y externos del derecho individual y de la limitación jurídica en sociedad. Es una configuración de roles internos, puesto que, basados en una igualdad universal, las partes ejercen ampliamente su libertad individual en la manifestación de expresiones o intenciones volitivas que, apoyados en factores externos de índole jurídico y social, se conjuga como la unión de la voluntad individual y el interés social de evitar desigualdades y laceraciones jurídicas que han de

interesar a la sociedad. De manera que lo pactado en el marco de un negocio jurídico no atente contra la ley, la moral y buenas costumbres.

Fue tan relevante la connotación brindada en la Revolución francesa al principio de autonomía de la voluntad de las partes en los contratos, que su primer refrescamiento queda calado con el Código Napoleónico al reconocer la libertad contractual de las personas capaces, únicamente limitada por el imperio de la ley, o como expresa en su art. 1133⁴ «cuando la causa sea ilícita por estar prohibida por la ley, sea contraria a las buenas costumbres o al orden público».

No obstante, este principio que en esencia resume la libertad individual, por necesidad y protección social requirió limitaciones. De ahí que actualmente se hable de la «decadencia del contrato» o «decadencia del principio de autonomía de la voluntad» (Hernández Fraga y Guerra Cosme, 2012, p. 32).

Tal como comparte la doctrina, debería entenderse como una mutación en el marco de su desarrollo. En este sentido, esta mutación no es más que el perfeccionamiento constante de una realidad social y jurídica que atiende el contexto de los tiempos. Es decir, en el marco del desarrollo de las naciones y su evolución económico-social, ha de cambiar ciertos paradigmas antiguos y reconocer la necesidad de establecer puntos a las «íes» de la amplia esfera de actuación del ciudadano ante el espejo de realidades de poder.

⁴ Véase el Código Napoleónico.

De ahí que la autonomía de la voluntad actual sea limitada por el derecho, a fin de evitar abusos de poder y desigualdad jurídica ante estados de necesidad. Tuvo que pasar grandes discusiones filosóficas de tratadistas que han desarrollado posturas en torno al negocio jurídico, en los que expresan que el imperio de la voluntad de los particulares en las relaciones jurídicas y su juego es tan grande que la parte más importante de las relaciones de derecho que entre los hombres se constituyen tiene por causa el negocio jurídico (Castan Tobeñas, 1953, p. 150). Asimismo, Ducci expresa que la autonomía de la voluntad individual en el derecho privado es la regla general, así, también, la categoría del negocio jurídico es, entre los demás hechos humanos, particularmente numerosa e importante (Ducci Claro, 2005, p. 238).

Por otro lado, esta corriente que los tratadistas denominan como «producto de la doctrina jurídica burguesa» (Castillo Guido, 2014, p. 286) debe reconocer sus bases en el desarrollo del estudio de la teoría de los derechos subjetivos, del que se desprende la afirmación realizada por Grocio sobre la dualidad moral del derecho correspondiente a la persona, que le da la potestad de obrar o poseer algo.

Esta línea de pensamiento ha afirmado que, sostenido en el nacimiento de un mundo moderno, el hombre no es una pieza de un todo organizado, sino como un ser dotado de libertades naturales. La noción de poder del individuo, derecho subjetivo, base de un nuevo arte jurídico, es el aporte de la filosofía moderna (Villey, 1962, p. 249).

La autonomía de la voluntad es el resultado de una realidad histórica, fundada en ideales políticos y jurídicos con trascendencia social, lo que en palabras de Coviello no es más que la posibilidad de obrar para la satisfacción de los propios intereses, garantizado por la ley

(Coviello, 1949, pp. 3-4). De cualquier modo, los contratos representan la intención volitiva de las partes, sea por necesidad o por capricho, pero siempre en el marco de la ley.

Este principio también ostenta en Nicaragua una connotación constitucional que es conocida como el principio de legalidad para el ciudadano, que en breves palabras señala que nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande, ni impedido de hacer lo que esta no prohíba (Constitución Política de la República de Nicaragua, 2014, art. 32), lo que en terminos explicativos no es más que un sinónimo del principio de autonomía de voluntad de las partes en los contratos, pues su esencia radica en realizar los actos que la ley no prohíba a los individuos.

Por otro lado, se constata el doble sentido de la autonomía de la voluntad expresado anteriormente, es decir, la facultad de decidir realizar o no un contrato (lo que es interpretado del apartado constitucional «nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande») y la facultad de determinar los términos y condiciones de un contrato (lo que es interpretado del apartado constitucional «ni impedido de hacer lo que esta no prohíba»).

Lo anterior, basado en ese pensamiento de origen filosófico moderno, se ha desarrollado en un fundamento del derecho civil contractual nicaragüense, como naturalmente se ha desarrollado en las reglas contractuales internacionales, que permiten a los individuos tener un accionar jurídico amplio, limitado por la realidad económica y jurídica del lugar y del momento. Es decir que la autonomía de la voluntad no es absoluta sino limitada.

2.2. El fundamento jurídico de la autonomía de la voluntad de las partes en el convenio arbitral

La autonomía de la voluntad de las partes brinda un respaldo jurídico a la creación del convenio arbitral. De ahí se afirma que el convenio arbitral ostenta el fundamento y límite del arbitraje (Verdera Server, 2018). Lo anterior, por ser el resultado de la voluntad explícita de las partes que han decidido armar por sí mismas la forma y consecuencias de una figura jurídica que ha de servir para resolver posibles diferencias o conflictos que surjan en el marco de la relación jurídica.

En sentido legal, la legislación nicaragüense expresa que el convenio arbitral es aquel mecanismo por el cual las partes han decidido someter a arbitraje **todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas** respecto a una determinada **relación jurídica, contractual o no contractual** (Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua, 2005, art. 27). Con ello vemos, el reconocimiento de la voluntad entre partes protegida por el derecho en dos sentidos; **un espacio temporal y otro circunstancial**.

Desde el punto de vista temporal podríamos dividirlo en dos tiempos:

- a) **Presente:** en este caso el conflicto ha surgido y es intención de las partes resolverlo por medio de un tercero, de tal manera que el punto de inflexión entre contratantes es inmediato y no regulado previamente en su forma de resolver. He ahí que, con el fin de evitar judicializar el caso o asunto, decidan por su propia,

libre y soberana voluntad, que es visualizada en el principio de autonomía contractual, crear las condiciones jurídicas que han de servir para resolver sus diferencias.

- b) **Futura:** Al regular la voluntad presente con fines de prevenir el futuro de situaciones que aún no son manifestadas. Es decir, es una visión previsoras de lo que podría acontecer pero que aún no se asegura que ocurra. Se habla, pues, de tener un marco o esqueleto que ha de encapsular un conflicto del que aún ni se vislumbra. Estamos frente a una voluntad que ha de adelantarse a una voluntad posiblemente litigiosa del futuro y que aún no existe. En términos metafóricos podría decirse que es un exquisito caso de regular la nada.

Estamos frente a una vocación de futuro, que es la responsable de darle estabilidad contractual, garantizando a las partes que en caso de controversia siempre habrá un tribunal arbitral que pueda resolver de acuerdo con la voluntad expresada en el contrato (Cremades Sanz-Pastor, 2011).

Desde el punto de vista circunstancial, vemos dos supuestos: **contractual y no contractual**. De ello cabe destacar que para la existencia de un convenio arbitral se requiere de una relación jurídica y ello, no necesariamente tuvo que ser un contrato. Hablamos de un hecho previo. Basta con la existencia de un conflicto que quiera ser resuelto por la forma en que los contratantes deseen. Siempre y cuando la controversia verse sobre materias en que las partes dispongan libremente conforme a derecho.

La libre disponibilidad de la que refiere la ley debe ser entendida como la facultad de las partes de decidir libremente sobre un asunto; esa facultad conlleva el derecho de las partes a autorizar un tercero a que adopte esa decisión (Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua, 2005, art. 24, inc f). Es decir, nuevamente estamos ante la expresión de: «lo no prohibido está permitido».⁵

De este supuesto se desprenden las dos afirmaciones:

1. El convenio arbitral puede surgir de una **relación jurídica contractual**, pues, previamente, las partes haciendo uso de su voluntad crearon un vínculo jurídico en que constituyeron derechos y obligaciones, y en ello regularon la forma en que las controversias han de resolverse, o bien no habiéndolo dicho, deciden en el momento del conflicto el cómo hacerlo. La primera forma es una cláusula arbitral y la segunda como un compromiso arbitral (documento aparte).
2. Surgimiento a partir de «**una relación jurídica no contractual**» se da en el instante de existir un conflicto que no es relacionado a un contrato, sino que el vínculo jurídico se crea al darse el conflicto. Esta situación es conocida como relación jurídica extraconvencional, que surge como consecuencia de hecho o acontecimientos jurídicos en los cuales la voluntad humana no es dirigida de manera específica y deliberada a producir consecuencias jurídicas (Castillo Guido, 2014, p. 212).

⁵ Decimos esto al recordar lo regulado en el artículo 32 de la Constitución nicaragüense al establecer el principio de legalidad del ciudadano.

En ambos casos, las partes deben estar bajo la libre disponibilidad expresada anteriormente.

2.3. Otros alcances de la autonomía de la voluntad en el convenio arbitral

La voluntad autónoma de los contratantes no solamente se visualiza con la creación del convenio arbitral, sino también al momento de configurar los límites y regulaciones del arbitraje. Entre ello, podemos destacar el aspecto procesal del arbitraje. Tanta es la autonomía que tienen las partes al concertar un arbitraje que los instrumentos jurídicos le confieren la posibilidad de organizar por sí mismas el procedimiento.

De ahí que autores consideren al convenio arbitral como la carta magna del procedimiento arbitral, por ser manifestación de la voluntad de las partes expresadas en el procedimiento (Cremades Sanz-Pastor, 2011, p. 665). De esta manera evitan las formalidades o rigideces del proceso judicial, pues las mismas partes han organizado las etapas, requisitos y límites procesales. Por otro lado, ante el desacuerdo de partes en organizar los pasos procesales; los árbitros, al nacer técnicamente del convenio arbitral, representan la voluntad de las partes y, por ello, pueden discrecionalmente determinar el procedimiento a seguir.

A nivel internacional, existe la aceptación legal de permitir a las partes contratantes la posibilidad de crear su propio procedimiento, y esto incluye el de elegir el procedimiento de un centro de arbitraje. Entre los instrumentos internacionales podemos contar con la Convención de Nueva York o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, en 1958, en su artículo II y V inciso 1

d), El convenio de Ginebra en el artículo IV inciso 1, literal B, apartado iii, y la ley modelo de la CNUDMI, que en su artículo 19 reafirma el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en el convenio arbitral, en su regulación internacional.

Debe destacarse que la voluntad expresada en el procedimiento tiene sus límites legales, como cualquier límite al principio de autonomía de la voluntad. Entiéndase el respeto a principios básicos de igualdad, equidad entre partes, el debido proceso entre otros.⁶ Así mismo, la voluntad autónoma de las partes en el convenio arbitral es expresada con otros temas regulatorios del proceso arbitral, entre ellos tenemos la elección del domicilio, de la *lex arbitri* y del idioma.

De igual manera, en la informalidad del pacto (momento en que se conviene resolver disputas por medio de arbitraje) se ha reconocido la validez del simple hecho de verificar la existencia de un convenio arbitral por medio del intercambio, inclusive electrónico, de cartas, telex, telegramas, telefax o cualquier otro medio de comunicación que pueda dejar constancia escrita de la existencia de este. También en un intercambio de escritos de demanda y contestación en lo que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra; de igual manera, la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene la intención de someter el conflicto al arbitraje (Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua, 2005, art. 27). Sea cual fuese la vía, lo relevante es verificar lo escrito o intercambiado por las partes, para asumir el perfeccionamiento de su voluntad en la decisión de irse a arbitraje.

⁶ Estos límites son los principios y garantías constitucionales de los individuos frente a un proceso jurídico. También son conocidas como garantías procesales.

De lo anterior, en caso de que no sean expresamente establecidos los términos y condiciones (*reglas del juego*) del proceso arbitral, el Estado asume que las partes podrán complementar, modificar e incluso revocar el convenio arbitral en cualquier momento (Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua, 2005, art. 27). Y esto es un reconocimiento más a la amplia esfera de actuación de los involucrados en el convenio arbitral, para decidir por sí mismos su suerte.

Por otro lado, el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en el convenio arbitral, bajo reconocimiento legal, tiene al mismo tiempo un doble efecto en la jurisdicción estatal. El primer efecto conocido como «positivo» es el de atribuirle la capacidad de juzgar a los árbitros, es decir, de conferirle al tercero un reconocimiento de poder administrar justicia. El segundo efecto es conocido como «negativo»,⁷ que provoca la incompetencia de los jueces y magistrados para intervenir en la resolución de los litigios que deban ser resueltos por arbitraje (Caivano, 2018, p. 5).

La base de ambos efectos es el origen voluntario de esa capacidad de resolver las disputas otorgadas a los árbitros. Los árbitros han de ejercer su rol y función en el marco de los límites que las partes convinieron (Caivano, 2018, p. 3), nunca lejos de su esfera de actuación, sino se interpretaría como una acción de poder desmedido y no autorizado al tribunal arbitral.

⁷ No debe entenderse la palabra negativo como un sentido de mala valoración.

3. El principio proarbitraje

3.1. Fundamento jurídico del principio proarbitraje

Como se ha dicho anteriormente, la autonomía de la voluntad de las partes es la que refleja la intención de ellas de resolver sus controversias en un proceso arbitral. De ahí que lo pactado entre ellas ha de cumplirse. Por ello, a nivel doctrinal se ha dado forma al mecanismo jurídico que ha apoyado y protegido lo pactado inter-partes que origina al arbitraje. A esta protección jurídica se le ha denominado por la doctrina principio proarbitraje (también es conocido como principio *pro arbitralis* o *principium favor arbitralis*).

Podríamos afirmar que este principio se vuelve el respaldo jurídico de la autonomía de las partes, quienes al decidir resolver sus controversias lejos de la intervención del órgano jurisdiccional, se obligan a sí mismas a recurrir al arbitraje frente cualquier posible escenario de error en redacción de la cláusula arbitral o cualquier oscuridad literaria que tienda a volver ambiguo el arbitraje. Su fin es evitar la judicialización innecesaria del proceso arbitral o del conflicto. Si buscamos compararle con algún principio del sistema procesal, sería con el principio inquisitivo laboral. Es, en términos prácticos, evitar la analogía innecesaria de los sistemas procesales de índole judicial, para garantizar que lo pactado entre partes se cumpla a cabalidad.

Debemos recordar la postura inicial, que la naturaleza del arbitraje es contractual y por lo tanto nace de voluntades que marcan los alcances y límites del proceso arbitral, auxiliado de las normas jurídicas reguladoras del proceso de arbitraje.

Con este principio se protege la voluntad de resolver el conflicto por medio de arbitraje, para evitar declaraciones de nulidad de cláusulas arbitrales o de compromisos arbitrales, que aniquilarían la posibilidad de irse a la vía alterna de resolución del conflicto, que fue la intención primigenia de las partes. El principio pro arbitraje impone a los jueces y a los árbitros la obligación de hacer efectiva la voluntad de las partes cuando han manifestado que los conflictos han de someterlos al arbitraje, a pesar de los errores de derecho que pudieran incurrir, todo esto a fin de no viciar de nulidad la cláusula arbitral (Neira Orellana, 2007, p. 65).

Por los fundamentos anteriores, se ha afirmado que el principio *favor arbitralis* es una directriz orientadora de formulación y de carácter aplicativo de normas que precautelan el derecho de tutela efectiva mediante la preservación de la vigencia de la cláusula arbitral o del compromiso arbitral, ante intervenciones de la justicia ordinaria estatal (Jara, 2013, p. 5). Sin embargo, esto no quiere decir una ausencia absoluta de la intervención judicial estatal, sino una tutela protectora de garantías mínimas constitucionales y de carácter de derechos humanos de las partes, que ve reducido su actuar a fin de proteger intereses generales.

Esto denota que la cláusula arbitral tiene fuerza y de alguna manera, un cierto blindaje, aunque no absoluto. Esta fuerza beneficia al arbitraje, pues solamente podrá ser limitado por supuestos vinculados a la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad. En cuyo caso, la justicia ordinaria ha de intervenir. Así queda plasmado en una de sus fuentes normativas internacionales, como lo es la Convención de Nueva York, 1958, artículo II, inciso 3.

La idea es respetar la intención de las partes en acudir al arbitraje y que el Estado intervenga únicamente cuando contradice la ley, por ejemplo, cuando quieran regular algo que no sea de libre disponibilidad para las partes; o cuando se requiera el apoyo judicial para hacer cumplir ciertas condiciones procesales, entre otros.

Hay que recordar que la libre disponibilidad es una situación en 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 (Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua, 2005, art. 24, inc. f.). Mientras las partes no tengan esa facultad, el Estado intervendrá para poner el orden y límite a la esfera de actuación de los particulares. Es decir, por muy clara que sea cláusula arbitral, si esta contradice la ley o viola un límite no aplicaría el principio proarbitraje, sino más bien frenaría la voluntad que intenta desarrollarse en el marco de una ilegalidad.

Por otro lado, el principio *pro arbitralis* es tan amplio que se vincula con otros principios del sistema procesal arbitral. Este vínculo es visto como elementos que configuran el principio *pro arbitralis* (Jara, 2013, p. 6), entiéndase:

1. Favor competencial
2. Favor de fallo
3. Favor legal

El favor competencial está vinculado directamente con la capacidad de los árbitros en decidir sobre su propia competencia. De ahí que se denomina «favor» en el entendido de que

es un beneficio o una dignidad el decidir si es competente para conocer de un asunto o no. Doctrinalmente se le ha reconocido como principio Kompetenz-Kompetenz, de origen alemán y cuya formulación se remonta hasta el año 1876, por el autor Böhlau en Kompetenz-Kompetenz, seguido por Schmitt en 1928 por su obra *Verfassungslehre*, que en resumen entraña la designación de competencias entre subsistemas estatales de solución de controversias, o la reafirmación legislativa de la jurisdicción arbitral sobre la del poder judicial. (Asociación Europea de Arbitraje, 2015). Así pues, visto como favor competencial se privilegia la competencia al tribunal arbitral (no de una manera absoluta, sino limitada) frente la del órgano judicial estatal. En otras palabras, sin perjuicio de una revisión posterior de las cortes u órgano respectivo (Silva Romero, 2005, p. 580).

Es decir, el órgano judicial al tener contacto de un asunto en cuya forma de resolver las controversias haya sido pactado un arbitraje, deberá abstenerse de conocer y remitir a las partes a un proceso arbitral, según las reglas determinadas por ellas. Por ejemplo, la legislación procesal civil de Nicaragua establece la obligación de los órganos jurisdiccionales de acordar su abstención tan pronto como sea advertida la falta de jurisdicción o de competencia, poniendo en conocimiento a la parte personada y a la Procuraduría General de la República dicha decisión (Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, 2015, art. 27).

Dicho lo anterior, en resumidas cuentas, este elemento tiene un doble alcance:

- La exclusión de jueces cuando existe convenio arbitral

- La facultad del tribunal arbitral para decidir su propia competencia

(Jara, 2013, p. 6).

En cuanto al segundo elemento, de «**favor de fallo**», debe entenderse como los límites fijados a los órganos jurisdiccionales para los controles de las motivaciones de los árbitros al emitir su laudo. Es decir, los controles mínimos de fondo no deben ser valorados por los judiciales, quienes deben tomar en cuenta que las partes están conforme y aprobaron que un tercero decida. Así es por la libre disponibilidad de ellos. Sin embargo, en los países que se permiten controles jurisdiccionales, han de limitarse únicamente a cuestiones de forma expresamente delimitadas por ley (Andrade Álvarez, 2015, p. 76) y no necesariamente relacionadas al fondo del laudo.

El mecanismo ordinario y tradicional reconocido por la mayoría de las legislaciones ha sido el recurso de nulidad, contra del laudo arbitral. En el caso de Nicaragua, tiene dos instrumentos jurídicos que reconocen dicho recurso, que reconocen la procedencia del recurso de nulidad contra del laudo arbitral ante la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia (Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, 2015, p. 441). En otros países, como Ecuador, se ha reconocido una acción extraordinaria, que es interpuesta ante la Corte Constitucional (Jara, 2013, p. 15).

Y el último elemento, «el favor legal» insta a los legisladores la elaboración de normas que permitan una intervención mínima y necesaria por parte del Estado en los procesos arbitrales (Jara, 2013, p. 6). Se requiere de voluntad política para la creación de mecanismos que regulen la intervención del Estado en el marco de una extrema necesidad que no

desnaturalice la autonomía del proceso arbitral, que es fundado por la aceptación y consentimiento de las partes. De ahí que la actividad del legislador determine el nivel permitido de intervención estatal (Andrade Álvarez, 2015, p. 75), pues está la responsabilidad de los Estados que reconocen el arbitraje en facilitar que el proceso arbitral se desarrolle correctamente, bajo respaldo jurisdiccional. Por ejemplo, en el caso de Nicaragua, las medidas cautelares podrán ser solicitadas a la autoridad judicial quien analizará la necesidad de la medida, su proporcionalidad, alcance, adecuación, entre otros elementos (Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, 2015, arts. 339-341).

Estos tres elementos desarrollados se conjugan entre sí, para darle efectividad al principio proarbitraje, cuya aplicación se amplía, no solo para las partes y los árbitros, sino también a los órganos jurisdiccionales.

3.2. Causales de procedencia para la aplicación del principio proarbitraje en el proceso arbitral

Al hablar de causales, nos referimos a supuestos o escenarios en los que es posible aplicar el principio proarbitraje. Hemos visto en palabras anteriores que su reconocimiento gira en torno a la facilitación de la aplicación de la cláusula o compromiso arbitral, para evitar recurrir, sin sentido alguno, al órgano jurisdiccional y que estas sean separadas de su intención primigenia, la cual era una vía alterna de resolución de controversias.

Sin embargo, las legislaciones que han tomado como referencia la ley modelo de la CNUDMI han dejado ventana abierta para la aplicación del principio proarbitraje, lo que ha

llevado a una interpretación amplia del arbitraje. En el ámbito nicaragüense, el favor legal del principio pro arbitraje también es visualizado en expresiones como «salvo acuerdo en contrario», «al menos que las partes hayan convenido otra cosa» o en aquellos casos de vacíos de la cláusula arbitral, las disposiciones supletorias de la Ley de Mediación y Arbitraje, con la expresiones de «el tribunal decidirá» otorgan una intención legislativa de evitar la aplicación de normas procesales de la justicia tradicional, para lograr un desarrollo privado de la justicia como lo han acordado las partes. Es decir, es proarbitraje la intención de reconocer la existencia del arbitraje y sus reglas propias como una institución autónoma.⁸

Dicho lo anterior, puede afirmarse que el desprendimiento de causales del principio proarbitraje está fundado en los elementos de favor de fallo, en el favor competencial y el favor legal, que es visto en el articulado de la ley modelo del CNUDMI y en el caso nicaragüense en la Ley de Mediación y Arbitraje. Sin embargo, estas expresiones no solo denotan la necesidad del reconocimiento del principio proarbitraje, sino de su vínculo directo con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

En este sentido, en primer orden debe verificarse la existencia de una cláusula arbitral para que proceda la aplicación del principio proarbitraje. Al respecto, algunos autores han sostenido que, una vez acreditada la voluntad de las partes en acudir al arbitraje, la interpretación del convenio debe discurrir en el sentido de favorecer la implementación y el desarrollo del proceso arbitral (Chillon Medina y Merino Merchan, 1991, p. 673). Esta

⁸ Como ejemplos de las expresiones antes descritas, podemos ver el artículo 3 de la ley modelo de la CNUDMI que en su parte inicial expresa: Recepción de comunicaciones escritas: Salvo acuerdo en contrario de las partes: (...)

voluntad acreditada se expresa en la cláusula o el compromiso arbitral, de ahí que el desarrollo del procedimiento debe ir en el marco de reconocer el sentido lógico y jurídico del proceso arbitral.

Con lo anterior, podemos entender que el principio proarbitraje es al mismo tiempo sustancia para el arbitraje, pero también es operativo y es una herramienta que ayuda a la interpretación de la cláusula arbitral, para ayudar a definir los alcances o límites de la intromisión estatal en el desenvolvimiento del arbitraje.

Claro es que las causales de procedencia parten de la necesidad de un arbitraje seguro, libre y sin atrasos, sin intervenciones estatales innecesarias. De manera que la casuística interpretativa nos ayudará a definir en qué caso ha de favorecerse el arbitraje y en qué casos no. Por ello, otro supuesto a considerarse debe ser que el convenio arbitral es válido y debe procurarse su aplicación salvo excepciones de invalidez. Al respecto, se ha dicho que no debe tomarse a la ligera la posibilidad de que sea inválido un convenio arbitral, al momento de realizar su interpretación y que las causales de invalidez deben ser vistas como excepciones a la regla de validez del acuerdo arbitral (González de Cossio, 2008, p. 128).

El fundamento anterior, bajo la lógica de reconocer un favor al arbitraje, por ello su denominación de «proarbitraje», «favor arbitralis», «favor arbitrandum», en el entendido de reconocer un trato preferencial o favorable a un privilegio hacia la competencia de los árbitros, para que las partes desarrollen su derecho subjetivo de acceder al sistema (Egas Maldonado, 2010, p. 57).

El acceso al sistema de un método alternativo de resolución de controversias es un derecho subjetivo de las partes, con libre disponibilidad, y las legislaciones que reconocen el principio pro arbitraje guardan en primer orden la voluntad de los individuos, pues al expresar en sus cuerpos normativos artículos que expresan previamente «salvo acuerdo en contrario» y posteriormente la propuesta normativa del Estado es garantizar el respeto a la voluntad pactada de los individuos y reconocer la intromisión legislativa y judicial mínima en el desarrollo de procesos arbitrales. El principio proarbitraje es, en términos metafóricos, el guardaespaldas de la buena andanza y validez del arbitraje.

4. Principio de buena fe en el proceso arbitral

4.1. Fundamento jurídico del principio de buena fe en el proceso arbitral

En lista de los principios generales del derecho, entre los más antiguos, se encuentra la buena fe, como directriz de rectitud del comportamiento entre sujetos que están unidos por un vínculo jurídico que los ata en la consecución de actividades honradas, sin malas intenciones, con la finalidad de producir el efecto sano que tienen previsto para sus contratos. No es una intención ni un deseo jurídico, sino una directriz reguladora. Es un norte obligatorio para los sujetos tutelados por el derecho. La buena fe, tal vez, es el más conspicuo de los principios generales del derecho. Fundamentados en ella, se desarrollan y construyen los demás. No hay institución, regla de comportamiento o costumbre que sea edificada en contra de este principio. Es un principio rector de todo el ordenamiento jurídico (Muñoz Laverde, 2010, p. 211).

La buena fe es una garantía jurídica de los actos que se desarrollan en el marco del derecho. De hecho, constituye un canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, una pauta que debe presidir el comportamiento de los sujetos contratantes. También, tiene validez en el marco interpretativo y de ejecución de los contratos. En este sentido, es integrado en ello, un conjunto de reglas no escritas pero conocidas, que generalmente son observadas por todos, lo que ha de generar una confianza de que la otra parte contratante deberá actuar con la misma honestidad y lealtad (Llamas Pombo, 2004, p. 236). Se vuelve, entonces, un sentido jurídico de reciprocidad de bienestar, del que es visualizada una colaboración o solidaridad jurídica en la que actúan las partes en el contrato suscrito por ambos.

El principio de buena fe es de carácter multidimensional en cuanto previsor los abusos de derecho y conduce a prevenir ir en contra del propio acto. De esta manera crea las garantías por medio de una serie de limitaciones, conforme a una exigencia de coherencia en el comportamiento antecedente y en el subsiguiente (Betti, 1966, p. 100). De ahí su multidimensionalidad, por actuar en ámbitos temporales previos, durante y posteriores de los actos de los contratantes. Su labor es de horizonte inicial y conclusivo de las relaciones jurídicas, las que han de desarrollarse en el apego más cercano a este principio.

Lo destacable de este principio, que da cabida al nacimiento de otras teorías que tienen soporte en la buena fe, es el comportamiento de coherencia. La coherencia es vista como la correspondencia entre la intención originaria, con respecto al desarrollo y finalización de esta. La coherencia busca prevenir cambios de conductas perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar que no sea compatible con la confianza que merece a tales actos anteriores, y que ha suscitado en otro sujeto. Esto nos indica la apreciación de seguridad

jurídica de la relación contractual, que busca tener certeza que los actos han de desarrollarse como fueron debidamente pactados, sin cambios unilaterales o actos que tiendan a perjudicar a la parte contraria. De tal manera que, de no aplicarse buena fe en las relaciones jurídicas, también se trastoca la seguridad jurídica —certeza de derecho— al no encontrar tutela judicial sobre la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. De tal manera que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos y no puede ejercer una conducta que sea incompatible con la asumida primigeniamente (Borda, 2008, p. 1).

Entendemos, pues, la buena fe como aquella lealtad en el tratar, en el proceder honrado y leal, que ha de suponer aplicar la fidelidad a la palabra dada y no de defraudar la confianza de quien nos la ha depositado, sin abusar de ella. Su idea es perseguir que las relaciones jurídicas sean desenvueltas en el marco de derechos y obligaciones sinalagmáticas, conforme a principios que brinda y considera como necesarios la conciencia jurídica. Aunque estos no necesariamente hayan sido formulados expresamente (Diez-Picazo, 1963, p. 157).

La buena fe no solo se desenvuelve al inicio de la relación jurídica, sino también, rebasa el actuar correctamente, en especial en el marco contractual, de tal manera que la buena fe en los contratos no debe manifestarse o visualizarse únicamente al comienzo de la relación, sino también mientras la relación se desenvuelve y dure. Esta será matizada por el actuar recíproco de las partes contratantes (Banco Popular de Puerto Rico Vs Sucn. Talavera, 2008, p. 12). Este principio va más allá de lo que puede considerarse el origen de las relaciones contractuales, que es el momento en que son pactados los derechos y obligaciones. La necesidad de una conducta leal, honesta y proba se extiende desde el inicio hasta el final de la

relación. Y este comportamiento es el que todo ciudadano puede esperar de otra persona (Labandera, 2002, p. 94).

En otras palabras, la buena fe ha de gobernar las fases precontractual, contractual y poscontractual, que se traduce en un trinomio en el que se espera de cada uno de los interesados o sujetos contractuales un comportamiento de la manera más correcta, proba, leal, considerada, transparente, decente y consistentemente posible, elevado a los estándares conductuales exigidos por la ética, no exentas de inequívocas connotaciones y secuelas jurídicas (Jaramillo Jaramillo, 2012, p. 75). De tal manera que si las partes intervinieron en el nacimiento del acto y actuaron lealmente, es indudable que su intención era que el acto produjera los efectos, sin apartarse de sus posturas iniciales (Labandera, 2002, p. 95).

La buena fe se desenvuelve en dos vertientes: la subjetiva y la objetiva. La primera, también denominada en el foro jurídico como buena fe en el sentido psicológico o buena fe de creencia, consiste en la creencia nacida de un error excusable de que su conducta no va contra derecho. Esta apreciación recoge un campo de doble acción: un primer supuesto consiste en creer que no se está realizando ningún daño a un interés tutelado por el derecho o en ignorar que estaba provocando tal daño, como surge con la posesión de buena fe. El segundo supuesto es la creencia o error de una persona con la cual otro sujeto se beneficia por el pago de lo que no se debe (Borda, 2008, p. 2).

Por otro lado, la segunda vertiente, conocida también como buena fe en sentido ético o buena fe de lealtad, que trata sobre la creencia y confianza alrededor de un sujeto en que una declaración surtirá los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos

iguales. Es decir, son las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto sea realizado y concertado lealmente, obrando con la rectitud debida. El principio general de buena fe es aquella norma que impone a las personas el deber de comportarse de buena fe en el tráfico jurídico, ajustando el comportamiento al arquetipo de conducta social reclamada por la idea ética vigente (Borda, 2008, p. 2).

De la buena fe se han derivado otras teorías que guardan apoyo en dicho principio. Por ello, sin intentar que sea desconocida la fuerza y empuje de las teorías generalizadas, se habla ahora de la regla *venire contra dactum propium*, *la doctrina de los actos propios*, *el deber de coherencia contractual*, *la confianza legítima*, *el estoppel*, *la verwirkung*, *la rechtsverwerking*, *el tu quoque*, *las manos limpias*, entre otras expresiones desarrolladas en el derecho comparado. En esa línea, Jaramillo ha recalcado en su estudio sobre la doctrina de los actos propios en los contratos que, tanto la jurisprudencia y la doctrina, son contestes en afirmar que estas nuevas corrientes y teorías son una derivación prototípica, extensión, irradiación o un subproducto de la buena fe (Jaramillo Jaramillo, 2012, pp. 88 y ss.).

La expresión y prohibición latina *venire contra factum propium* emana directamente de la buena fe y los elementos que giran en torno a esta regla también se vinculan con dicho principio. La buena fe nos garantiza y nos indica que los acuerdos alcanzados por las partes han de llevarse a cabo a término. Es decir, según las condiciones establecidas en el contrato o en el pacto realizado. Constituyen una garantía de que se respetará la palabra empeñada y que serán preservadas todas las expectativas creadas, no solo por la garantía contractual, sino también por el comportamiento observado de la conducta de la contraparte. (...) de igual

manera, estaría en contra de la buena fe, quien pretende desconocer su conducta precedente en perjuicio de la contraparte (Nemen Villareal, 2010, pp. 311 y 324).

Resulta pues, evidente el desarrollo de teorías que se sustentan de su madre jurídica — la buena fe— quienes bajo el criterio de «solidarismo contractual» o de «la teoría del acto propio», entre otras, colaboran con la aplicación jurídica basados en una necesidad social de armonía jurídica y de respeto y reconocimiento a la palabra empeñada. Con este criterio, el solidarismo contractual reviste y juega un papel de total importancia, la que no debe ser abandonada bajo argumentos de individualismo jurídico de ultranza. Cualquier conducta entre partes que sea incoherente y contradictoria lo lacerarían inmediatamente. Con ello se visualiza una relación intrínseca entre el solidarismo y la buena fe. (Mazeaud, 2004, p. 60 y ss.).

Por otro lado, resultaría un poco inerte y vacío desmembrar las teorías que se vinculan al principio ya citado, al ser este un principio general del derecho de antigua data. Por tal razón, los jueces, conscientes y reflexivamente, han de apoyarse en la buena fe como pilar sobre el que descansa la figura de la apellidada doctrina de los actos propios, irradiación del axioma medieval *venire contra factum proprium non valet*, así cada día adquiriera más fisonomía y perfiles acusadamente propios, no tantos, para su estructuración aislada o insular (Jaramillo Jaramillo, 2012, p. 90).

La teoría de los actos propios es quizás la más desarrollada de los vástagos del principio de buena fe y es entendida como una construcción jurídica, cuyos antecedentes se remontan al derecho romano y en el *common law*, en aquellos institutos de similares consecuencias. Esta teoría otorga trascendencia a una serie de actos u omisiones que, por la

forma en que se han manifestado o por la apariencia que poseen, han dado motivo a que otros sujetos adapten su propia situación (Berro, 1989, p. 91-92).

En palabras de Gelsi, quien adopta una conducta determinada y posteriormente la cambia, de forma contradictoria, en que es evidente la incoherencia, no obra de buena fe, con lealtad, con relación a la confrontación de su cambio de conducta. La teoría del acto propio se apoya en conductas congruentes o coherentes de cada sujeto frente a los demás que han de relacionarse con él. Por tal razón, no admite actitudes o acciones contradictorias con los actos que le preceden o previos, en la medida en que estos sean síntomas eficaces de un modo determinado de comportamiento (Gelsi Bidart, 1998, p. 9).

Se ha de entender que nadie puede ser perjudicado por actos ajenos, tampoco ninguna persona puede ir en forma válida contra sus propios actos. La razón es que, si de esa relación jurídica se pactan, bajo libertad, compromisos que han de cumplirse, surge un vínculo que no puede ser destruido por actos posteriores (Diccionario de Derecho Privado, tomo I, 1961, p. 181). Su aplicación práctica se fundamenta en la buena fe, manifestado en el deber de actuar con corrección de acuerdo con un estándar de normalidad y en la confianza de quien presupone dicha corrección y regularidad (Berro, 1989, pp. 91-92). Esta teoría se empapa y se incorpora en lo ético-social del orden jurídico, especialmente en el valor de confianza (Diez-Picazo, 2014, p. 139).

Esta teoría constituye una regla de derecho, cuya derivación del principio de buena fe sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto, en el marco de una

misma relación jurídica, lo que insta a excluir las conductas que no se relacionen o sean ajenas a dicha relación (Borda, 1987, p. 72). Sobre todo, esta teoría tiene respaldo en principios lógicos que impiden la contradicción dentro del sistema y en los principios positivos que permiten solucionarla consagrando la eficacia de los actos temporalmente vigentes. Es decir, la existencia de la seguridad jurídica (Berro, 1989, pp. 91-92).

De esta teoría, respaldada por la buena fe, surgen presupuestos para la aplicación práctica, que han sido desarrollados por la doctrina. Al respecto, Labandera, en su aporte académico sobre «La teoría de los actos propios y su aplicación en el derecho aduanero» desarrolla cinco requerimientos de aplicabilidad de la teoría referida, que en resumidas y explicadas cuentas son:

1. Que se haya observado dentro de una determinada situación jurídica una conducta anterior, relevante y eficaz: tal situación se verifica toda vez que, ante un acto jurídicamente relevante, se produce ulteriormente un cambio de postura respecto de una decisión anterior.
2. Que posteriormente la misma persona (física o jurídica, privada o pública) intente ejercitar una facultad o un derecho subjetivo creando una situación litigiosa y formulando en ella determinada pretensión. En este caso, deberá excluir, además, una conducta posterior contradictoria con la primera. Es más, la contradicción referida se deberá evidenciar en todos los ámbitos respectivos (objetivo, subjetivo y temporal).

3. Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista incompatibilidad que atenten contra la buena fe, es decir que, cuando se adopta una conducta diametralmente opuesta a su propia conducta anterior, ello colide con el principio de buena fe.
4. Que la conducta contradictoria afecte a quien actuó basado en la primera.
5. Que exista perfecta identidad entre los sujetos vinculados por ambas conductas. Se verifica la necesaria identidad de los sujetos relacionados. Es decir, de los contratantes. (Labandera, 2002, p. 97).

Estos presupuestos tienen vinculación directa con la aplicación del principio de buena fe, pues no existe contradicción práctica entre la aplicabilidad de la teoría de los actos propios, con respecto al principio de buena fe. Son soportes jurídicos útiles y necesarios para el desarrollo de las relaciones jurídicas, cuya regulación se profundiza en la medida que se complejizan las relaciones de derecho.

La utilidad práctica del principio de buena fe en el arbitraje es de orientación para crear, desarrollar y concluir las etapas del proceso arbitral lo más apegado a la armonía procesal posible. Es decir, que desde el momento que las partes suscriben un contrato en el que esté plasmada una cláusula arbitral o al suscribir un documento independiente — denominado compromiso arbitral—, dan fe que sus esfuerzos e intenciones han de impulsar, ante posibles vicisitudes que surjan de la relación jurídica, la idea de resolver las mismas por

medio del arbitraje. De tal manera que desde que brindan su consentimiento, al crear la figura arbitral, sus acciones deben ser dirigidas a fortalecer y reconocer la validez de esa institución.

Es decir, ninguna parte puede suscribir un arbitraje y luego desconocerlo, bajo el argumento de que materialmente no le conviene, —a no ser que por mutuo consentimiento las partes lo disuelvan—. Pero la regla general es que los sujetos no pueden ir en contra de sus propios intereses, contra sus propios actos, los que primeramente eran resolver las disputas por medio del arbitraje.

La buena fe no es un bloqueo ante situaciones contractuales en los que existan conflictos, sino más bien evita que aquellos actos tendientes a desvirtuar la figura del arbitraje sean considerados como desleales y contrarios a la intención primigenia de las partes de solucionar un conflicto.

Estamos hablando de actos que las partes han realizado y que inducen a considerar que reconocen la existencia del arbitraje, y que bajo esa creencia ambas persiguen como válidos. Ninguna de las partes puede negar la existencia o no del arbitraje bajo esta consideración. Si posteriormente un sujeto contractual, por cualquier motivo, obstaculiza la voluntad de someter las controversias al arbitraje, negando la verdad de lo que ella misma ha representado por medio de sus palabras o conductas, y este obstáculo depara perjuicio directo a la otra persona, estamos frente a una actuación de mala fe y debe ser detenida por los cauces legales.

Por ello, en el sistema anglosajón ha desarrollado la figura denominada «estoppel», que literalmente significa estorbo, impedimento, obstáculo o detención. Esta figura es una doctrina

en cuya virtud alguien que, por su manera de actuar, produce en otro la creencia racional de que ciertos hechos son ciertos, y que el último obra con base en tal creencia e impide al primero que pueda negar la verdad de lo que ha representado (Griffith, 1950, p. 164). No cabe duda de que estamos hablando siempre el mismo idioma, de obrar con rectitud y reconocer la validez de sus propios actos. Esto es necesariamente producto de la buena fe. El arbitraje requiere de la existencia de este principio, para dar pauta a los árbitros de intervenir durante el proceso manteniendo la observancia de las buenas prácticas procesales y, sobre todo, el reconocimiento a convenio arbitral celebrado.

CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y SU ALCANCE JURÍDICO EN LA INTERPRETACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

1. Contexto jurídico del principio de separabilidad de la cláusula arbitral

Tal como se ha abordado anteriormente, los principios de cuyo estudio nos hemos ocupado se conjugan armoniosamente, de manera tal que no existan contradicciones y su vínculo facilite la aplicación de estos en casos concretos, para dar respuestas a incógnitas jurídicas sobre su interpretación y aplicación. En este sentido, el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, de hecho, es una manifestación de independencia material y formal (como ha de abordarse más adelante) de la cláusula arbitral con respecto al contrato. Esta independencia debe ser entendida allegada a su fuente: la voluntad de las partes como «célula madre» de la que ya hemos hablado.

Las partes, al dejar plasmado contractualmente una forma alterna de resolver sus disputas, manifiestan y reconocen su intención de evitar acudir a la vía jurisdiccional a recibir una solución a sus diferencias, para que sea un tercero, ajeno a la función estatal, el que resuelva el conflicto. Esto nos invita a considerar que, al existir controversias con respecto a la validez del contrato que dio origen a la relación jurídica inter-partes, deberá exclusivamente conocer el árbitro.

En este contexto, en ocasiones, se suscita un dilema jurídico entre validez del contrato versus la validez del acuerdo arbitral, pues en aquellos casos en los que este dilema sea el punto de discusión la propuesta del principio de separabilidad invita a afirmar y considerar que

el foro adecuado para resolver esta disyuntiva jurídica será siempre la vía arbitral. Esta aseveración es fundada válidamente en los criterios técnicos y doctrinales determinados en su momento por la buena fe vinculada al arbitraje y a la libre voluntad de las partes, como necesidad y exclusividad de resolver el conflicto vía arbitral.

En este conjunto de circunstancias que rodean esta trama jurídica, se contextualiza el principio de separabilidad, para dar respuesta a una incógnita jurídica que permita resolver una controversia, sin afectar de algún modo la legalidad del acto jurídico que le dio vida. Partimos del supuesto de que las relaciones jurídicas contractuales surgen de voluntades armonizadas, sin conflictos, pues el contenido de ello es concertado por las partes. Esto sucede al momento de la creación de una cláusula o compromiso arbitral. Es decir que la intención de los sujetos que crean dicha disposición es resolver la litis por medio del arbitraje y, por ello, prima su intención de negar el conocimiento de los conflictos, surgidos inter-partes, a la autoridad judicial.

De ahí que el principio de separabilidad operativiza la autonomía de la voluntad de las partes, en las situaciones de validez o nulidad contractual, pues es un garante de resolver las disputas, reconociéndose que la voluntad concertada en la forma de resolución del conflicto siempre predomina, pues no es lo mismo el objeto que da vida y ocupa al contrato, que el objeto que regula la resolución de las controversias.

Actualmente, se ha desarrollado el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, aunque no generalmente, y se ha recogido en los distintos instrumentos internacionales sobre arbitraje. Su expresión más conocida es en la ley modelo de la CNUDMI que manifiesta que la

separabilidad de la cláusula compromisoria supone que esta debe ser considerada como un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato. Por tal razón, cualquier decisión del tribunal arbitral por la que resuelva que el contrato es nulo, no comportará la nulidad de dicha cláusula (ONU-CNUDMI, 1985, art. 16) Asimismo, la legislación nicaragüense la ha cubierto (Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua, 2005, art 42).

2. Origen histórico del principio de separabilidad del convenio arbitral

Bajo esta línea contextualizadora, el estudio de los antecedentes históricos del principio de separabilidad se hace necesario, a fin de comprender las circunstancias por las cuales nace y se dio camino a la aplicabilidad de este principio. En este sentido, los datos históricos han arrojado que el principio de separabilidad no siempre fue concebida como lo es ahora. Se ha partido de la regulación, dedicada en materia civil, a los supuestos valorativos de la validez de la forma y fondo de los contratos. De ahí que la máxima del derecho civil de considerar que la suerte de lo principal afecta a lo accesorio representó, primeramente, que la invalidez de un contrato o la nulidad de este también afectaba a la valoración de la cláusula arbitral, lo que imposibilitaba la tramitación del proceso arbitral.

En otras palabras, significaba que la cláusula arbitral era vista como algo accesorio al contrato y, por lo tanto, quedaba atada a la existencia y eficacia de la convención principal, por lo que su ineficacia o inexistencia traían consigo la del acuerdo arbitral (Caivano, 2015, p. 20).

Sin embargo, la práctica histórica demostró la necesidad de considerar como independiente la cláusula arbitral del contenido general del contrato que la incluye. En este sentido, podemos afirmar que el origen del principio de separabilidad fue casuístico. Para garantizar que la voluntad primigenia de las partes, en resolver sus disputas vía arbitraje, sea cumplida a cabalidad, cualquiera que sea la suerte del contrato principal, dotando así de poder a los árbitros para decidir sobre su competencia y sobre la validez de la cláusula arbitral.

El debate sobre la separabilidad del acuerdo arbitral tiene una secuencia originada desde la conceptualización del arbitraje como una vía alterna de acceso a la justicia, en la que las Cortes no podían interferir, pues su jurisdicción había sido limitada en dicha materia, como fue el caso con Inglaterra, durante el siglo XVII (Samuel, 2000, p. 2). Posteriormente, a finales del siglo XIX, se produjo la explosión inicial de entusiasmo por la noción de separabilidad. En Alemania, el estudio de los diversos tipos de contratos llevó a los escritores a concluir que la cláusula arbitral era un contrato de procedimiento contenido en un acuerdo más amplio (Samuel, 2000, p. 2) llegando a valorarse que podían aplicarse una ley distinta a la cláusula arbitral.

La corriente alemana influyó en casos icónicos de dicha época, como lo fue el caso *Anglo-Scottish Hamlyn v. Talisker*, que indicaba que la cláusula de arbitraje podría regirse por una ley diferente a la del contrato principal, típicamente la ley del lugar de arbitraje (Samuel, 2000, p. 3). En este caso, fueron planteadas las interrogantes relacionadas a la ley aplicable a la interpretación de la cláusula de arbitraje; cuyo énfasis fue el tener en cuenta que la consideración del análisis era la cláusula y no el contrato en su conjunto. En este asunto, se

parte de la idea de analizar por separado el contenido de la cláusula arbitral con respecto al contrato.

Sin embargo, el debate sobre la validez de la cláusula arbitral en caso de invalidez del contrato principal fue puesto sobre el tapete posteriormente. Es decir, la primera manifestación fue verlo en el marco del análisis de aplicar leyes distintas al contrato y a la cláusula, pero la idea de que la validez o ineficacia de la cláusula puede determinarse por separado del contrato principal fue como segundo punto. En este último caso, Suiza pareció ser el primer país de arbitraje importante que ha adquirido la doctrina de separabilidad. En 1931 el Tribunal Supremo Federal expresó claramente que la invalidez del contrato principal no podía afectar la cláusula de arbitraje (Samuel, 2000, p. 5).

Posteriormente, por medio del *Arrêt*, Gosset en 1963 (Ancel, 1994, p. 77), en Francia, dejó de presentar una hostilidad hacia la figura de separabilidad de la cláusula arbitral y comenzó a marcar la tendencia de considerar que la cláusula arbitral tiene autonomía jurídica que excluye la posibilidad de ser afectada por la ineficacia del contrato que la contiene (Caivano, 2015, p. 20). De tal manera que, por medio de dicha sentencia, Francia contribuyó a la declaración clásica de la doctrina de separabilidad (*Arrêt Gosset [Établissements R. Gosset c. Sté Carapelli]*, 1963).

Por otro lado, Estados Unidos dejaba paulatinamente la idea de considerar que cuando una de las partes planteaba alguna defensa basada en alguna legislación estatal de la que pudiera derivar a la invalidez o no ejecutabilidad del contrato, la cuestión debía ser resuelta judicialmente (Hirshman, 1985, p. 1330). Dicha consideración cambia con el icónico

caso de valoración de contratos nulos y contratos anulables evidenciado en Prima Paint (Prima Paint Corp. v. Flood y Conklin Mfg. Co., 388 U.S. 395 [1967]) y desarrollado posteriormente con el caso Cardegna (Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna, 546 U.S. 440, 2006) que han alimentado en la jurisprudencia estadounidense la nueva corriente interpretativa de separabilidad.

De igual manera, en materia internacional se ha considerado la necesidad de analizar por separado la cláusula arbitral con respecto al contrato que la contiene, como lo son:

- Japón: con el caso Kokusan Kinzoku Kogyo K. K. versus Guard Life Corp. (IV yearbook Commercial Arbitration, 1975, p. 122).
- Alemania: en el caso Italian Company versus Geerman (F.R.) Firm, (III year Book commercial arbitration, 1997, p. 274).
- Italia:
 - ✓ En el caso Carapelli versus Ditta Otello Mantovani (VII Yearbook Commercial Arbitration, 1982, p. 340).
 - ✓ En el caso SpA Coveme versus Compagnie Française des Isolants S. A. (XVIII Yearbook commercial arbitration, 1993, p. 422).

Entre otros.

La evolución histórica del principio de separabilidad se desarrolla en el marco de necesidades económicas internacionales, como respuesta a realidades jurídicas del momento, en garantizar la voluntad de las partes en resolver sus conflictos de una forma alterna a la vía convencional, abonando a la rapidez en la resolución de sus conflictos sin distractores o retardaciones innecesarias. Así es recogido como principio doctrinal en materia de arbitraje y como fundamento internacional en la ley modelo de la CNUDMI, con posterior desarrollo en algunas normativas internas de arbitraje, en la mayoría de los países.

3. Argumentos causales para la procedencia de aplicación del principio de separabilidad del convenio arbitral

Como resultado de la evolución histórica, tenemos un principio operativo del arbitraje que permite desarrollar el procedimiento en casos de obstrucción argumentativa formal o de fondo, sobre la validez o eficacia del contrato que la contiene. Pues, el resultado valorativo de la aplicación de este principio es validar la idea que el convenio arbitral no sigue la suerte ni se regula por las normativas del contrato principal. El convenio arbitral tiene vida propia y no depende del contrato en el que se inserta (Franciskovic Ingunza, 2018, p. 5).

Este principio, de igual manera, permite que los árbitros adquieran la facultad de decidir por sí mismos, sobre la invalidez o nulidad del contrato principal. Todo marcado como parte intrínseca de su propia competencia. Ello respalda la idea y deseo inicial de las partes al elaborar la cláusula arbitral, en que el modo de solución de controversias siempre sea el arbitraje, cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato (Fernández Rozas J., 2006, p. 72).

Es decir, la separabilidad ha de favorecer a la figura arbitral a fin de cumplir su cometido de dirimir o resolver controversias (Virgós Soriano, 2006, p. 14).

Esto indica que la nulidad o inexistencia del contrato no implica la invalidez del arbitraje, bajo el fundamento en que los conflictos que surjan, incluso validez o nulidad, también queden abarcados en dicha forma de resolver conflictos, al incluir una cláusula de esta naturaleza (Craig-Park, 2000, p. 48), lo que lleva a que cualquiera que sea la naturaleza del defecto debe ser revisada por el tribunal arbitral que nace de la cláusula, a diferencia de lo que ocurre con algunas legislaciones que hacen distinción a ese respecto entre defectos iniciales y motivos posteriores de nulidad (Fernández Rozas J., 2006, p. 719).

Resulta evidente que el fin principal que intenta cubrir este principio es la posibilidad del propio árbitro de decidir acerca de su propia competencia respecto a la convención del arbitraje (Pereira Campos, 2003, p. 82), sin extinguir la posibilidad de tramitar el proceso arbitral. Este principio es de utilidad necesaria para el arbitraje, puesto que la aplicación del mismo hace depender la vigencia del proceso arbitral, ante situaciones de riesgo de su propia vida jurídica (Pereira Campos, 2003, p. 82). Su importancia ha de radicar en las funciones que representa, con respecto del contrato en el que está inserto, en lo que refiere a resolver litigios que resulten de este último. De hecho, en la práctica forense, puede darse alegatos sin fundamento alguno, con el simple deseo de practicar una actitud obstruccionista ante la función del arbitraje (Santos Belandro, 2002, pp. 73-74), ya sea para ganar tiempo en definir estrategias o simplemente desgastar a la parte recurrente del arbitraje.

La idea que sostiene la separabilidad es fundamentada, en términos prácticos, en considerarlo como una relación jurídica diferente, con respecto al objeto del contrato, manifestando su voluntad solamente en lo que refiere a la solución de eventuales litigios por la vía arbitral. De esta manera, esta voluntad no tiene vinculación directa con el objeto principal del negocio jurídico. Por ello, el eventual vicio que importe la nulidad de la relación principal no afectará la eficacia de la voluntad de las partes, que ha de permanecer intacta o válida para los efectos de resolver sus controversias, e incluso las que estén relacionadas por la posible o eventual nulidad del contrato y sus efectos, por la vía arbitral. (Pereira Campos, 2003, p. 90).

Bajo este principio ha de considerarse que la cláusula compromisoria debe ser entendida como un negocio jurídico diferente, abstracto, en relación al contrato. Esta consideración es instrumental, pues pretende desmembrar la validez o nulidad de la cláusula con respecto al contrato. De tal manera, que la nulidad de la cláusula no determina la nulidad del contrato, ni la nulidad del contrato determina la nulidad de la cláusula (Sanchez Lorenzo, 2018, p. 4).

En la práctica la separabilidad puede ser utilizada en supuestos cotidianos de litigios en materia arbitral. Por ejemplo, el jurista Santiago Pereira ha considerado algunos supuestos, que comúnmente pueden suscitarse, para la potencial aplicación de la separabilidad, de los cuales mencionaré los más acertados a mi consideración.

3.1. Nulidad del contrato base y la nulidad de la convención arbitral

Alegando nulidad del contrato se busca que se declare nula la convención arbitral, de ese modo, se pretende eliminar la competencia de los árbitros. No es más que buscar el

desconocimiento de la cláusula arbitral y por ende del tribunal arbitral que se ha constituido a fin de dirimir una disputa. En la práctica puede verificarse como una actitud descalificadora o deslegitimadora de las calidades, funciones y facultades del tribunal arbitral, a fin de conseguir que cualquier actuación que desarrollen sean declaradas nulas, por haberse desarrollado en virtud de un origen nulo. Es decir que bajo este argumento se persigue imponer la consideración tradicional de la suerte de lo principal afecta a lo accesorio (Pereira Campos, 2003, p. 81).

Sin embargo, como se ha visto en el desarrollo histórico del principio de separabilidad, la utilidad de este principio es garantizar el cumplimiento de la voluntad de las partes, en que la forma de resolver los conflictos sea siempre la vía arbitral, que ha sido elegida en términos sanos, al concertar el contrato. La separabilidad favorece en verdad la integridad de la vía arbitral al asegurar que el arbitraje sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes de la relación principal (Virgós Soriano, 2006, p. 14). En otras palabras, si el contrato principal viola el orden público, por ser un contrato ilícito, ella es causa de la nulidad del contrato, pero no necesariamente la del convenio arbitral inserto en el mismo. Solamente en caso de que el convenio arbitral sea contrario al orden público, este sería nulo (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 753).

No obstante, la posibilidad de la consideración anterior, no ha de impedir que la cláusula sea inmortal, o mejor dicho, inmune a la nulidad de ella misma, incluso por las mismas razones que amparan la nulidad del contrato en que se contiene, por ejemplo cuando dicho contrato y la propia cláusula están afectados por la falta de capacidad de una de las partes o por un vicio de consentimiento (Artuch Iriberry, 1998, pp. 122-127).

3.2. La cláusula arbitral no comprende el punto en discusión —la materia no es arbitrable—: los árbitros no tienen competencia para el caso planteado

Para el desarrollo del arbitraje, las partes pueden delimitar los tipos de conflictos a los que pueden someter sus diferencias a arbitraje (Pereira Campos, 2003, p. 81). En este sentido, resulta casi común discutir que la competencia de los árbitros no se extiende a conocer y resolver la disputa que pueda ser sometida ante ellos. Sin embargo, el principio de separabilidad permite la aplicación de otro principio vinculado operativamente a ello. Este principio es conocido por la doctrina como Kompetenz-Kompetenz, el que faculta a los árbitros para decidir sobre su propia competencia.

Este principio, que es independiente al de separabilidad, permite que los órganos jurisdiccionales no decidan como una primera instancia, si el tribunal arbitral está facultado para conocer de un asunto sometido a ellos, sino que permite a los árbitros analizar la cláusula arbitral y el conflicto que les ha sido sometido, para valorar en una primera audiencia si son competentes para conocer de un problema, sin menoscabo de ciertas legislaciones de permitir que las partes puedan apelar a la decisión del tribunal arbitral, en la que se declaran competentes para conocer de un asunto.

3.3. El contrato ha perdido vigencia y con ello la cláusula arbitral

La validez del contrato según su tiempo de existencia es un argumento que es considerado cuando este ha perdido vigencia, lo que haría incompetente a cualquier árbitro de

conocer de un asunto, cuya fuente reguladora ha perdido eficacia. Por ello, se trata de saber si rescindido el contrato que contenga la cláusula compromisoria, sin ninguna mención especial a aquella convención, subsistiría la competencia del árbitro para solucionar el litigio que envuelva a las partes y que verse sobre el contrato rescindido (Carmona, 2004, p. 37).

Es decir, en caso de que el tribunal arbitral decida o resuelva que el contrato ha perdido vigencia o ha dejado de existir, por cualquier razón, esto no le quita poder de decisión o validez al proceso arbitral, pues el postulado de separabilidad se traduce en una independencia e inmunidad de que goza la cláusula arbitral con relación al contrato que la contiene o del cual depende. De ahí es reafirmado que la invalidez o la pérdida de la vigencia del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que denota la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 755).

Esta circunstancia de separabilidad posibilita la inclusión de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, inclusive en relación a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato, esto expone que tengamos posibilidad de encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 753).

En los posibles supuestos, desarrollados anteriormente, el principio de separabilidad tiene cabida para cumplir su objetivo, beneficiar al arbitraje, garantizando su existencia y posibilidad de tramitación procesal. De ahí que es dicho que la cláusula de arbitraje es una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. Puede, entonces, hablarse de la existencia de dos contratos diferentes, con diversos

fundamentos y diversas finalidades que emanan de declaraciones de voluntad también opuestas. De tal manera que la autonomía compromisoria implica que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 757).

Los escenarios que puedan desarrollarse en torno a la búsqueda de un mecanismo que deje sin efecto la cláusula de arbitraje, porque el contrato no cumple supuestos de validez y eficacia, quedan reducidos al estudiarse y resolverse en vía arbitral. Lo claro es que las partes, de forma explícita e inequívocamente, decidieron someterse a un proceso arbitral, por las cuestiones vinculadas al contrato que suscribieron. De hecho, con esa acción renuncian sin limitación alguna a someterlas a la jurisdicción ordinaria (Pereira Campos, 2003, p. 83).

Esta línea de división «contractual» entre la cláusula arbitral y el contrato que la contiene es el cambio de orientación, en materia de arbitraje, que ha sufrido la tesis tradicional de los contratos de que lo accesorio sigue a lo principal, por el reconocimiento de realidades internacionales en el ámbito comercial (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 754). De igual manera, como fue visto en su desarrollo histórico, la consideración de separación entre ambas figuras, considerándose como «un contrato dentro de otro contrato» ha cogido fuerza en la corriente francesa de resolución de conflictos comerciales en el ámbito arbitral (Toulousy/SNC Philam, 2002, S.A. Barbot SM/ Société Bouygues Bâtiments et autres, 2002).

Su procedencia aplicativa es pragmática, operativa e integradora. Pragmática, puesto que busca superar limitaciones que surgen de la naturaleza del conflicto que les ocupa a las partes. Es operativa, porque garantiza que el cauce arbitral sea la vía correcta y válida, por

voluntad primigenia de las partes, en resolver el conflicto vía arbitral. Finalmente, pero no menos importante, es integradora, porque armoniza y vincula los principios de buena fe, proarbitraje y autonomía de la voluntad de las partes, volviéndolos una sola cadena que sirve de fuente interpretativa a la hora de analizar escenarios jurídicos en torno a la figura de la separabilidad.

4. Alcance del principio de separabilidad

Una vez aplicado el principio de separabilidad, su alcance es visualizado en distintas aristas. No es lo mismo el objeto del contrato que el objeto de la cláusula arbitral, su marco regulatorio, su finalidad, su operatividad es completamente diferente. Es decir que existe un contraste radical entre el pacto sustantivo, entiéndase el contrato, respecto al arbitral. Dicha diferencia es para garantizar, que el convenio arbitral tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, que es para lo que voluntariamente se pacta (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 753) Que el contrato sea inválido no debe, necesariamente, arrastrar al acuerdo arbitral, lo que denota que el acuerdo arbitral debe supervivir al contrato (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 755).

4.1. Abstención de judiciales a intervenir

Esta sobrevivencia marca un primer alcance, en el sentido de que los tribunales jurisdiccionales no deben interferir en la resolución de disputas cuando las partes han deseado el arbitraje. Por tal razón, el arbitraje como institución debe recibir todo estímulo de los órganos jurisdiccionales, de manera tal que la relación entre arbitraje y el poder judicial debe

ser de complementariedad y no de desconocimiento o entorpecimiento. En otras palabras, la idea es que la interferencia se dé únicamente en extremos necesarios, sin desconocer la facultad de los árbitros otorgado por las partes y por la ley (Parodi, 2005, p. 192).

4.2. Relación de contenido y finalidad

Por considerarse dos figuras diferentes, el contenido del contrato con respecto a la cláusula arbitral también es diferente. El primero regula la relación jurídica que motiva a las partes a concertar voluntades, el segundo regula la manera en que han de dirimirse las controversias ante posibles vicisitudes. La cláusula de arbitraje se diferencia de cualquier cláusula del contrato, por lo que regula. Las cláusulas propias del contrato regulan aspectos parciales de las prestaciones, mientras que la cláusula arbitral está dirigida a otorgar o atribuir facultades a un tercero que ha de resolver diferendos que se originen del contrato, para lo cual será ineludible que se aboquen a su interpretación (Pereira Campos, 2003, p. 84)

En otras palabras, debemos considerar que las voluntades que crean la relación jurídica del contrato y la cláusula arbitral como dos declaraciones de voluntad completamente diferentes, o por lo menos, encaminadas a diferentes fines. El contrato el de regular las relaciones patrimoniales, derechos y obligaciones; y la cláusula arbitral la de determinar la jurisdicción de los árbitros, para que estos resuelvan los conflictos que surjan del contrato (Cordón Moreno, 1990, p. 59).

Asimismo, la cláusula arbitral no está premeditada para tomar, únicamente, una parte de la relación jurídica convencional, sino la totalidad de ella. Porque, en otro escenario, los

árbitros no podrían resolver las disputas en torno al contrato. Sin embargo, su objeto no es reglar las prestaciones, sino definir el mecanismo a través del cual han de resolverse las eventuales disputas que giren en torno a ellas.

Por otro lado, su alcance aplica a la posibilidad de hacerla regir por un derecho de diferente naturaleza y de origen distinto de aquel que ha de regir al contrato de fondo (Santos Belandro, 2002, pp. 75-77).

4.3. En virtud de sus funciones económicas y jurídicas

No es lo mismo regular el aspecto de cómo han de resolverse las controversias a regular el marco económico en el que ha de encerrarse y desarrollarse la relación jurídica. La función económica y jurídica del contrato es de constituir el vínculo jurídico en el que han de desenvolverse las partes para ejecutar actos que giren en turno en cumplimiento a sus obligaciones, por ejemplo, el objeto de la venta, las cantidades a venderse, el valor o precio asignado, los medios para su entrega, la forma de cumplimiento, entre otros aspectos. En contraste a la cláusula arbitral, atiende lo relacionado a la litis que pudiera surgir, previniendo posibles conflictos futuros. El alcance económico, en el caso de la cláusula arbitral, sería definir las obligaciones sobre quién paga el arbitraje o si han de asumirse por partes iguales, cuyo fin económico gira en torno a la forma en que han de resolverse las disputas.

Su alcance en la función jurídica para ambas instituciones es distinto. El contrato marco instrumenta jurídicamente la operación, por ejemplo, el mutuo, la permuta, la donación

o la compraventa; mientras, la cláusula arbitral regula, desde luego, conflictos supervinientes (Pereira Campos, 2003, p. 85).

Desde otra perspectiva, la cláusula arbitral, a pesar de estar contenida en el contrato marco, debe ser ubicada y considerada exterior a este, puesto que su función consiste en regular las diferencias, y no el delimitar o desarrollar el desenvolvimiento normal y previsto del contrato principal. La cláusula arbitral da cabida a la forma o vía que ha de utilizarse para ser apreciado, interpretado o resuelto un conflicto. En este sentido, puesto que su objeto es otro contrato, se permite afirmar y suponer la existencia de dos contratos con dos objetos y causas distintas. La cláusula de arbitraje tiene una función propia que debe permitirle sobrevivir al contrato al cual puede estar eventualmente agregada (Santos Belandro, 2002, pp. 211-212).

4.4. En virtud del tiempo

El principio de separabilidad puede ser aplicable independientemente del tiempo en que fue suscrito el acuerdo arbitral, ya sea dentro de un contrato como cláusula o como un documento aparte del contrato, haciendo referencia a este último. En todo caso, el tiempo de aplicación de este principio es indistinto al contrato principal. Por ejemplo, en los casos en que un contrato que no posea cláusula arbitral, al momento de su aplicación, ejecución, interpretación o bajo cualquier circunstancia puede darse un conflicto entre partes. Las partes pueden suscribir por los medios permitidos por ley un compromiso arbitral, haciendo referencia al contrato que origina el conflicto.

A pesar de existir posteriormente al contrato y al conflicto el compromiso arbitral, aun así, su alcance de separabilidad tiene vigencia. De tal manera que si el contrato resulta nulo o inválido en los términos que el tribunal arbitral defina, no implica que el compromiso arbitral suscrito con posterioridad y fundamentado en el contrato nulo resulte nulo. Por ello, se ha afirmado que es esencial para asegurar el cumplimiento del acuerdo de arbitraje, ante la negativa de una de las partes de someterse a él. Si las partes pudieran evitar el arbitraje invocando la nulidad o inaplicabilidad de la cláusula, sería muy fácil eludir el compromiso arbitral. Por ello, se funda también en la máxima que nadie puede ir contra sus propios actos (Díaz, Rothschild y Ruanova, 2007, p. 21). De tal manera que la temporalidad del acuerdo arbitral no implica el desentendimiento o desconocimiento posterior de las partes a este instrumento.

La aplicación de la separabilidad en este aspecto resulta también del vínculo directo con el principio de buena fe, que brinda un blindaje jurídico al criterio de considerar como dos contratos diferentes el apartado de arbitralidad con respecto al objeto principal del contrato. Es decir, juntos, pero no revueltos.

Esta misma interpretación aplica para el aspecto material del acuerdo arbitral, que ha sido suscrito con posterioridad al contrato. Que ha de desarrollarse con reglas y contenido propio, procedimientos propios, que no afectan ni alteran el contenido ni el sentido del objeto principal del contrato, ya sea del contrato que lo contiene o el contrato al que hace referencia el documento que plasme la cláusula arbitral.

4.5. En relación a la aplicabilidad de leyes distintas al contrato y a la cláusula arbitral

Este alcance de la separabilidad de la cláusula arbitral con respecto al contrato se basa en los orígenes de la aplicabilidad de este principio. Se debe recordar que, durante el siglo XIX, los doctrinarios en Alemania, dedicados al estudio de los contratos, visualizaron la cláusula arbitral como un contrato de procedimiento contenido en un acuerdo más amplio (Samuel, 2000, p. 2). Es decir que lo habían separado del contrato que lo contiene y que como tal existe la permisibilidad de aplicar leyes distintas, puesto que su regulación no está vinculada materialmente.

La lógica de esta afirmación, actualmente, sigue teniendo sentido. No es lo mismo, como hemos dicho, el objeto principal del contrato que el objeto del arbitraje. Son diametralmente opuestos. De igual manera, basados en la autonomía de la voluntad de las partes y la libre disponibilidad que ellas adquieren de poder regular las estipulaciones que estimen a bien. También pueden decidir el cuerpo legal que ha de ser aplicado para definir quién tiene o no la razón en la litis. Un claro ejemplo de ello lo tenemos en la legislación de arbitraje nicaragüense, cuyo apoyo fue la ley modelo de la CNUDMI, la permisibilidad de que las partes elijan las normas de derecho aplicables al fondo del litigio (Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua, 2005, art. 54). El tribunal arbitral no tiene más remedio que aplicarlas, por deber observar sus actos en el marco de la esfera de actuación otorgada en la cláusula arbitral que definieron los contratantes.

De igual manera, si las partes no han indicado la ley aplicable al fondo del litigio, el tribunal arbitral tomando en cuenta las características y naturaleza del caso, determinará la ley

aplicable. De ello, queda al criterio del tribunal arbitral decidir la ley que han de utilizar. De tal manera que la figura del arbitraje puede desarrollarse por las reglas que las partes definieron en el acuerdo arbitral y resolver el fondo del conflicto —del cual tiene que ver con el objeto principal del contrato— con las reglas sustantivas que estimen a bien. No obstante, este privilegio dado al tribunal arbitral no debe verse como una permisibilidad arbitraria sin límites. Cualquiera que sea el caso, ha de observarse en primer orden lo decidido por las partes con los usos y costumbres aplicables al caso.

En este sentido, si las partes tienen dudas sobre las normas a aplicar en el arbitraje, con respecto al procedimiento o aspectos necesarios de su desarrollo, no debe olvidarse que la facultad brindada a los árbitros para decidir estos vacíos es amplia y está sustentada al mismo tiempo el principio proarbitraje, ya explicado anteriormente.

5. Extralimitación del principio de separabilidad en la interpretación y modificación de los contratos

5.1. Valoraciones iniciales

Los alcances del principio de separabilidad nos permiten afirmar lo siguiente: El principio de separabilidad es de carácter pragmático, operativo e integrador, pues nos ayuda a ejecutar el procedimiento arbitral que contiene la cláusula arbitral, sin las trabas formales de incompetencia del tribunal por razón de invalidez del contrato.

Asimismo, como se ha dejado sentado, el contrato principal es completamente diferente a la cláusula arbitral, en lo que refiere a sus casusas, fines, contenido, su materialidad y temporalidad. El principio de separabilidad se armoniza y requiere del auxilio de los principios de buena fe, proarbitraje y autonomía de la voluntad de las partes, para fundamentar el criterio interpretativo que nos permita hacer uso del principio de separabilidad y concluir que la cláusula arbitral es independiente al contrato que la contiene.

En este sentido, se ha evidenciado que este principio es útil para resolver sobre la validez del contrato, sin que tenga que verse afectada la cláusula arbitral. Sin embargo, cabe la siguiente interrogante: en aquellos casos de reforma de las estipulaciones del contrato principal que exijan reglas especiales para su modificación, como es celebrarse por medio de ciertas solemnidades, ¿afectarían y serían aplicables a la cláusula arbitral? En otras palabras, ¿las cláusulas que establecen reglas modificatorias de los contratos determinan la forma en que se debe modificar la cláusula arbitral?

El arbitraje tiene su naturaleza, normativa y dinámica propia, que es aplicable de forma independiente al contrato. Basta afirmar que si las partes deciden realizar modificaciones a la cláusula arbitral, podrían hacerse considerando las permisibilidades legales que amparan al arbitraje. A nivel internacional, se ha considerado que la forma en que puede constituirse un acuerdo arbitral requiere principalmente que sea por escrito. Esto ha de entenderse como cualquier medio que deje constancia de ello, por ejemplo un contrato, un compromiso arbitral, un intercambio de comunicaciones electrónicas, con el intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una partes sin que esta sea negada por la otra y cuando se hace referencia en un contrato a un documento que

contenga una cláusula compromisoria, siempre que esta referencia implica que esa cláusula forma parte del contrato (ONU-CNUDMI, 1985, art. 7).

Es decir, estamos frente a un nivel de flexibilidad del acuerdo arbitral que permite hacer efectiva la intención engendrada de resolver conflictos vía arbitral, de una manera informal que solo requiere el medio de verificación de la aceptación de las partes. Es decir que su voluntad sea verificable.

Como se ha dicho anteriormente, hay una diferencia abismal entre la finalidad del pacto sustantivo o contrato, con respecto al pacto arbitral, y su objetivo es garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, que es para lo que se ha pactado (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 753). De tal manera que su regulación y visualización son concebidas como dos instrumentos completamente diferentes.

Por otro lado, el principio de buena fe vinculado al criterio de separabilidad en estos casos nos ayuda a crear el argumento de que las partes han concebido las reglas especiales de modificación del contrato a las estipulaciones que regulan el objeto principal del mismo, para garantizar su formalidad y vida sustantiva, pues las partes tienen su enfoque y atención en la relación jurídica que los unirá, y la forma de resolver el conflicto es un segundo plano ante posibles vicisitudes, del cual basta únicamente afirmar su intención de acudir a la vía arbitral. Esto basado en que las partes que pactan un contrato lo hacen en el marco de una relación armónica y que no necesariamente ha de terminar en conflictos.

En todo caso, el arbitraje es independiente al objeto central del mismo contrato, pues su objeto y regulación es otra. Las partes no pueden en otro escenario, en virtud de la teoría del acto propio, adoptar una determinada conducta y luego cambiarla contradictoriamente, de modo que quedar en incoherencia a su respecto no obra de buena fe, con lealtad, en relación al que se ve confrontado por este abrupto e infundado cambio de conducta. Este principio es el que conocemos como buena fe en materia arbitral (Gelsi Bidart, 1998, p. 9).

En otras palabras, las partes cuando deciden modificar la cláusula la arbitral, obviando la exigencia contractual de ciertas formalidades, no pueden posteriormente considerar que dicha modificación es ilegal, por dos supuestos:

- 1- La modificación ha de ser necesariamente entre los suscriptores del contrato.
- 2- La modificación al convenio arbitral está cobijada por el marco regulatorio de materia arbitral y no del marco regulador del contrato principal.

El primer supuesto se basa en el principio de autonomía de voluntad de las partes, que como dejamos sentado, es el pedestal de la esfera de actuación de las partes contratantes, quienes deciden las letras del contrato. Y como regla general de derecho han de ser consensuadas cualquier modificación al mismo.

En el segundo supuesto, estamos frente a la separabilidad, apoyada por el principio de buena fe y del favor al proceso arbitral —conocido como proarbitraje— que nos induce a afirmar que puede hablarse de dos contratos diferentes, con declaraciones de voluntad también

diferentes. Es decir, una voluntad regula el objeto del contrato y la otra voluntad la forma de resolver conflictos. De suerte que la cláusula arbitral implica que ese acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por dos leyes diferentes (Fernández Rozas y Artuch Iriberry, 2011, p. 757).

Es decir, lo pactado entre las partes es ley (*pacta sunt servanda*) y ha de cumplirse, y al ser los contratos ley entre partes, no puede atribuírsele otro sentido que el que resulta explícitamente de los términos empleados (Código Civil de la República de Nicaragua, 1904, Cap. III, Acápito XVI). Los contratos obligan a realizar lo que en ellos se expresa. De igual manera, si el contrato exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez (Código Civil de la República de Nicaragua, 1904, art. 2481). No obstante, estamos ante figuras completamente diferentes, de regulaciones diferentes, por ser instituciones completamente separables.

Esta permisibilidad es una extralimitación del principio de separabilidad, pues nos extendemos más allá del alcance tradicional de su interpretación y lo vinculamos necesariamente a los principios de buena fe, proarbitraje y autonomía de la voluntad de las partes, y conseguimos escalones jurídicos que permitan garantizar la voluntad primigenia, de los sujetos que han decidido resolver sus disputas por medio del arbitraje.

Lo rescatable en este supuesto de aplicación del principio de separabilidad es la intención de las partes de desarrollar libremente los términos de la cláusula arbitral, que

requieran o no, para que las limitantes de formalismos aplicados a las estipulaciones reguladoras del objeto principal del contrato no sean vistas como un candado para modificar al mismo tiempo la cláusula arbitral.

Los principios de separabilidad, proarbitraje, buena fe y autonomía de la voluntad de las partes determinan una independencia entre las reglas de modificación del contrato establecidas en cláusulas especiales, respecto de las reglas aplicables a la modificación de la cláusula arbitral.

Por ser un tema las reglas modificatorias del contrato, y otras las reglas de modificación propias del arbitraje, no existe contradicción, ni ilegalidad en tener como válidos aquellos cambios realizados a la cláusula arbitral, que no se hayan desarrollado en el marco de los requisitos planteados para las demás estipulaciones del contrato principal. Son dos mundos regulatorios independientes, diferentes, de reglas individuales de existencia propia.

Esta extralimitación del principio de separabilidad busca garantizar la existencia del arbitraje y se sustenta en que no cabe argumento que busque reducir la validez del arbitraje, cuando las modificaciones ya han sido pactadas voluntariamente, entendiéndose que las modificaciones a la cláusula arbitral se conjugan y desarrollan bajo las reglas del arbitraje y no por las reglas que fueron fijadas para el contrato principal. Son dos cosas diferentes.

5.2. Argumentos jurisprudenciales a nivel internacional que permiten ampliar el alcance de la separabilidad (breve análisis de casos icónicos)

La realidad del principio de separabilidad fue desarrollar la respuesta a una necesidad histórica del comercio. Es decir, salir del dilema jurídico que requería una solución práctica, ágil y reconocible a nivel internacional. De ahí que la reinterpretación en materia de arbitraje de un principio general del derecho vinculado a contratos —*la suerte de lo principal afecta a lo accesorio*— fuese reinventada para brindar una solución a una problemática internacional que requería de la valorización de la naturaleza jurídica del arbitraje y con ello de la cláusula arbitral. Como fue expuesto en su momento, en el presente trabajo, la historia del principio de separabilidad requirió un reconocimiento de un doble enfoque, desde el aspecto sustantivo y del aspecto procesal. Es decir, el carácter material del arbitraje en reconocerlo como una figura con estipulaciones directrices de resolver conflictos ante posibles escenarios que pueden desarrollarse en la relación contractual; y el carácter procesal de ser una norma jurídica que indica procedimiento y pautas básicas para el desarrollo del proceso arbitral. De ahí su primera afirmación de ser un contrato de carácter procesal dentro de otro, lo que llevó a la conceptualización de entender la cláusula arbitral, con posterioridad, como un contrato contenido dentro de otro contrato, que podía ser susceptible de aplicación de una ley diferente a la del contrato que la contiene, es decir, se extralimitó de su interpretación y aplicación inicial.

Este criterio se desarrolló y perfeccionó en países como Suiza, Francia y Estados Unidos de América y Reino Unido. Sin embargo, este perfeccionamiento fue producto de argumentos que extralimitaron al principio de separabilidad, de su sentido primigenio. Lo que ayudó a considerarlo como lo entendemos en la actualidad.

Por ejemplo, en Francia, con el caso Gosset⁹, significó considerar que el acuerdo de arbitraje concluido por separado o incluido en el acto legal con el que este se relaciona siempre tiene, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica que lo excluye de ser afectado por una eventual invalidez de ese acto. Y se ha considerado posterior a ello que la separabilidad de la cláusula arbitral no significa inmunidad de la cláusula arbitral ante supuestos de nulidad de la misma, sino que la separabilidad reconoce que en determinadas circunstancias la cláusula de arbitraje puede padecer los mismos problemas que aquejan al contrato principal (Born, 2014, p. 372). Lo anterior debido a que para la eficacia del acuerdo arbitral es necesaria la presencia de una voluntad saludable de las partes en someter el asunto en controversia al arbitraje (Gaillard, 2007, pp. 707-708).

Si no existe la voluntad expresa de las partes de someter a arbitraje las controversias que susciten, la suerte del proceso arbitral es dudosa, por no contar con el respaldo jurídico de las partes. El arbitraje es producto de la concertación de voluntades dirigidas en ese sentido a favorecer esta vía. La voluntariedad es toral y con ello se brinda existencia al arbitraje. De ahí que, sostenido por esta lógica, se da impulso al principio de separabilidad.

Por otro lado, haciendo referencia a un sistema jurídico diferente, como lo es el de Estados Unidos de América, el principio de separabilidad se desarrolló desde otro enfoque, con el caso que puso sobre el escenario jurídico estadounidense al principio de separabilidad como parte del debate de la validez de la cláusula arbitral con respecto al contrato principal

⁹ Este caso refería a un contrato de venta que fue considerado nulo ya que violaba las normas francesas en materia de importaciones. El laudo dictado sustentado en la cláusula de arbitraje del contrato, buscó la exigibilidad, pero la contraparte de Gosset —*Carapelli*— opuso resistencia al presentar argumentos en torno a la negativa de ejecución del laudo arbitral, por considerarlo nulo como consecuencia de la nulidad del contrato principal.

que lo contiene. *Prima Paint Corp versus Flood and Conklin Mfg. Co (F & C)*¹⁰ ha sido uno de los casos icónicos más destacados en el debate doctrinario del principio de separabilidad. Y bajo la inspiración de ello, se desarrollaron dos decisiones en que las que el punto de discusión no fue la invalidez del contrato principal. Uno de ellos fue *First Options of Chicago vs. Kaplan*, en el que el punto decisivo fue responder la pregunta sobre quién en realidad decide, si los árbitros o las cortes respectivas, que estaba relacionado a la arbitralidad de una disputa entre partes. En este sentido, el máximo tribunal respondió la interrogante afirmando que las cortes deben conocer las disputas, a menos que exista una evidencia clara, precisa e inequívoca de que las partes han decidido someter los conflictos ante los árbitros (Reuben, 2003, p. 858).

La otra decisión icónica fue *Howsam vs. Dean Witter Reynolds*, en que la Corte Suprema reafirmó el postulado de requerir un consentimiento claro e inequívoco a someterse ambas partes al proceso arbitral. Estos casos, citados anteriormente, brindaron fuerza a la decisión que aún resuena en materia arbitral en dicho país y que ha servido de análisis posteriores sobre el uso brindado al principio de separabilidad. Me refiero al caso *Buckeye Check Cashing, Inc. vs. Cardegna*.¹¹ El caso se refiere a un contrato de depósito y a un acuerdo de divulgación que incluían una cláusula compromisoria.

¹⁰ *Prima Paint Corp.* presentó una demanda contra *F & C* ante las cortes de distrito en busca de la rescisión del contrato (acuerdo de consultoría). Su justificación se refería que al momento de realizar el contrato, la parte demandada sabía que estaba en insolvencia y se encontraba a punto de la quiebra, y que aún bajo ese supuesto celebró a sabiendas de su condición, una inducción fraudulenta. Por otro lado, *F & C*, bajo el argumento de la sección 4 de la Ley Federal de Arbitraje, solicitó a la Corte suspender el procedimiento y someter el tema a arbitraje. La Corte de Distrito concedió la moción propuesta por este último y entonces el asunto fue remitido a la Corte Suprema de los Estados Unidos.

¹¹ *Cardegna* presentó una demanda en contra de *Buckeye* en la Florida, alegando la existencia de usura en la cobra de intereses, que es una situación considerada ilegal el dicho Estado. *Buckeye* contestó a la Corte para que el tema fuese decidido por los árbitros. El caso fue conocido por la Corte Suprema de la Florida, que consideró

Este caso reafirmó lo establecido en el caso *Prima Paint* sobre la separabilidad y estableció una diferenciación sobre los argumentos que se pueden suscitar sobre la validez del acuerdo de arbitraje, entiéndase:

- El cuestionamiento específico a la validez del acuerdo de arbitraje (...).
- Cuestionamiento del contrato como un todo, bien sea bajo una causal que afecta todo el contrato —ej.: que el acuerdo fue fraudulentamente inducido—, o bajo una causal en la que la ilegalidad de una de las provisiones del contrato genera la invalidez de todo el contrato (Vargas Silva, 2015).

Con estos casos, el principio de separabilidad se extralimitó más allá de su primera aplicación y también deja por sentado la diferencia entre argumentar la invalidez de la cláusula arbitral y, por otro lado, la invalidez del contrato, pues pareciera que en el caso *Buckeye*, únicamente cuando existe cuestionamiento directo a la cláusula, la Corte deja sentado que corresponde a ellos la resolución al respecto, mas no así, aquellos casos que deben ser considerados afuera de la justicia ordinaria, relacionados a eventos en los que la cláusula se ve comprometida de manera indirecta, pues el argumento toral del caso es el contrato y no el acuerdo arbitral.

que dado que los préstamos a intereses de usura se encuentran prohibidos, el problema involucraba temas de orden público y, por lo tanto, no sería correcto dar cumplimiento a una cláusula arbitral y con ello darle vida a un potencial contrato revestido de ilegalidad. La Corte Suprema de la Florida se valió de la tradicional distinción entre las alegaciones que tornan el contrato anulable, en oposición con aquellas que generan su nulidad desde el primer momento. Sin embargo, la Corte Suprema de Estados Unidos revocó esta decisión reiterando la regla en *Prima Paint*, con independencia de si el desafío generaba la anulabilidad o la nulidad del contrato.

El argumento en ambos sistemas jurídicos, visto desde la perspectiva de los casos citados, es similar. Es decir, la idea no es blindar o hacer inmune la cláusula arbitral, pues como todo instrumento jurídico tiene requisitos de validez, como lo es la aceptación voluntaria, expresa y constatable de la intención de someter el conflicto al arbitraje, lo que es fundamental y no pasable por alto. Es, en definitiva, el primer requisito para garantizar la operatividad del principio de separabilidad.

En otras palabras, no puede ser considerado por la vía arbitral una cláusula que sea nula o imposible, según sea el caso. La separabilidad vista hoy en día persigue el fin de garantizar que la voluntad expresa y previa de las partes en someterse al arbitraje sea eficaz y efectiva ante discusiones sobre la validez del contrato, mas no así la de la cláusula arbitral en sí misma. Si partimos del supuesto que la cláusula arbitral es, en definitiva, un contrato contenido dentro de otro, es válida la intención de conseguir un regulamiento independiente, pero que otorgue garantías de ser atacado ante posibles nulidades o imposibilidades de ejecución material. La idea no es brindar tratos especiales, sin motivo alguno, a la cláusula arbitral, sino garantizar la voluntad de las partes en resolver su conflicto vía arbitral, pese a poder presentarse debates sobre la validez del contrato.

La jurisprudencia internacional dio cabida al reflexionar jurídico sobre la utilidad o el contrasentido del principio de separabilidad. Pero, la realidad ha sido que en el foro internacional en lo que a legislaciones se refiere, se ha dado entrada a la tendencia pro-arbitraje en reconocer el principio de separabilidad, como se ha dejado explicado en títulos previos a este apartado. Si concebimos al principio de separabilidad como el protector de la cláusula arbitral, podríamos afirmar que solo no es una razón de su existencia, sino también es

protector de la autonomía de la voluntad de las partes y que de ella depende y responde antes que proteger en sí mismo a la cláusula arbitral.

No puede existir aplicación del principio de separabilidad sin la verificación previa de la voluntad expresa, inequívoca y sin vicios del consentimiento sobre la decisión de someter a arbitraje las disputas que surjan, pues no se protege a la cláusula arbitral *per se*, sino a la voluntad de las partes, para que esta exista a pesar de la nulidad o suerte del contrato principal. Es decir que en primer orden es garantizar que la decisión de resolver la controversia en arbitraje, tomada por las partes —y que es manifestada en forma de cláusula arbitral o compromiso arbitral— no se vea afectada por la suerte del contrato principal.

La idea es clara, si la cláusula arbitral es nula, esta es considerada inexistente, inaplicable, inoperante e imposible jurídicamente. De tal manera que el principio de separabilidad protege la voluntad de las partes, pero no así la inmortalidad de la cláusula arbitral. Esta afirmación podríamos respaldarla con lo que es considerado objeto de arbitralidad. En la legislación nicaragüense, en el artículo 23 de la Ley de Mediación y Arbitraje, se expresa las materias que podrán ser objeto de arbitraje e indica la condicionante de la arbitralidad de que el acuerdo arbitral debe ser válido conforme a la ley. Asimismo, por ejemplo, no es susceptible de someter a arbitraje las cuestiones que hayan recaído decisión judicial firme, salvo aspectos derivados de su ejecución. Así como tampoco podrán ser sometidos a arbitraje, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición o cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos y en aquellos casos relacionados a derechos de Personas y

Familia o donde el Ministerio Público tenga parte en el proceso. Todo se extiende también a la imposibilidad de arbitrar procesos de carácter penal.

Supongamos, bajo la hipótesis de un caso en el que se encuentren estas circunstancias, cuyo debate no recae sobre la validez del contrato en que es contenida la cláusula arbitral, sino sobre la materia que la cláusula arbitral ha regulado y que esta está inmersa en las prohibiciones legales de arbitralidad legal. En ningún supuesto legal, se facultaría la aplicación del principio de separabilidad por ser una cláusula que fue conformada en el marco de lo prohibido legalmente. Es decir, la voluntad de las partes en este caso se extralimitó a la facultad que la ley le ha otorgado. En otras palabras, las partes han pretendido consensuar un aspecto al que la ley no le otorga libre disponibilidad. La voluntad, pues, debe ser jurídica, es decir, coincidente con la ley.

Por otro lado, la separabilidad tal a como la vemos el día de hoy, no busca justificar paralelo a la ley, al arbitraje, sino que busca garantizar la voluntad legalmente constituida. Al respecto, la misma legislación nicaragüense, en su artículo 28 de la Ley de Mediación y Arbitraje en su parte infine indica claramente que los tribunales podrán seguir conociendo de las causas que le sean sometidas, a pesar de tener un acuerdo previo de sometimiento a arbitraje, cuando el argumento verse o se demuestre que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. No hay manera de aplicar la separabilidad.

En este sentido, los casos icónicos ya referidos con anterioridad dieron pautas reflexivas para que desde instrumentos internacionales fuese acogido el principio de separabilidad como lo concebimos. Y las legislaciones internas que lo aplican aún conservan

esa aclaración o salvedad de garantizar la validez de la cláusula ante vicisitudes del contrato principal, mas no así la suerte misma de la cláusula ante problemas de ella misma, sobre su propia validez.

5.3. Argumentos fundados en principios colaboradores de la separabilidad a favor de su extralimitación continua

5.3.1. Pro arbitralis y su vínculo con la separabilidad

Además de jurisprudencia internacional que ha demostrado el desarrollo aplicativo e interpretativo del principio de separabilidad, los principios colaboradores de la separabilidad le dan impulso a la mejora y perfeccionamiento constante del mismo. No podría hablarse actualmente de considerar la cláusula arbitral independiente al contrato que la contiene, sin una permisibilidad abierta al reconocimiento del arbitraje en pro de su eficacia y efectividad. A ello, se le comparte los cimientos del principio pro arbitralis o proarbitraje, para que las interpretaciones y juicios que giren en torno a decidir sobre qué dirección tomar procuren el beneficio de la cláusula arbitral y del proceso arbitral.

Sería contraproducente judicializar innecesariamente un proceso arbitral, cuyas características evitan los formalismos excesivos de la judicialización de los asuntos. Por ello, el principio proarbitraje también faculta a evitar la judicialización innecesaria del proceso, para que su cauce de método «alterno» de resolución de controversias siga con normalidad. En este sentido, la validez de utilizar el principio de separabilidad al considerar que pueden ser

aplicadas dos normativas diferentes al caso —una normativa a la cláusula arbitral y otra normativa al contrato que lo contiene— es favorecer al mismo tiempo a la figura arbitral, es decir, es una acción proarbitraje. El arbitraje requiere de un reconocimiento legal y este va a partir de reconocerlo como una institución jurídica con regulaciones propias. Esta visualización de la identidad del arbitraje es gracias al principio proarbitraje, es decir, todo lo que beneficie al arbitraje, sin que contradiga la ley.

Si consideramos que las reglas de modificación del contrato no afectan y no determinan la forma de modificación de la cláusula arbitral, es reconocer la figura del arbitraje como una institución jurídica completamente diferente a la figura del contrato que la contiene. Y por tal razón, le damos un beneficio de extralimitación al principio de separabilidad, no solo de permitir considerar al tribunal arbitral si el contrato es válido, y que la cláusula arbitral subsista a pesar de la nulidad del contrato, sino también para considerar que la cláusula arbitral puede ser modificada por voluntad expresa de las partes, indistintamente de las reglas de modificación que son fijadas para las demás cláusulas del contrato. De ahí se entiende, una vez más, que la separabilidad busca garantizar siempre que la voluntad de las partes se aplique, pues son ellas las que le dan forma a la cláusula arbitral. La cláusula arbitral, por lo tanto, puede ser modificada las veces que las partes deseen, bajo las reglas propias de modificación del acuerdo arbitral. Con el simple requisito de evidenciar la voluntad expresa de las partes. Es decir, beneficiar las modificaciones propias que tiene el acuerdo arbitral es trabajar en pro de ello, esto es, pro arbitralis.

5.3.2. De la buena fe y la autonomía de la voluntad de las partes y su vínculo con el principio de separabilidad

Por otro lado, una vez modificado el acuerdo arbitral bajo las reglas propias de esta materia, teniendo en consideración que el contrato tiene reglas propias de modificación para cualquier estipulación de ella, no puede alegarse la nulidad de esa modificación al acuerdo arbitral, por no ser de acuerdo con lo estipulado en el contrato principal. La consideración en este supuesto es reconocer que las partes son libres y autónomas en decidir cómo modificar la cláusula arbitral, y que el requisito mínimo es dejar evidencia de su voluntad de someter el conflicto al proceso arbitral y que una vez realizada esta modificación no se puede, por coherencia, ir en contra de un acto que ellos mismos han validado. Esto nos lleva a considerar otro argumento a favor de la extralimitación del principio de separabilidad, al apoyarse de la buena fe en materia arbitral y en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes.

Es decir, la cláusula o el compromiso arbitral solo han de modificarse si las partes así lo han convenido. El punto de partida siempre ha de ser la manifestación y expresión de voluntad inequívoca de someter el conflicto al arbitraje. Y una vez concertado cualquier cambio en ello, no puede negarse ninguna parte contratante, al reconocimiento de dicha cláusula modificada, por haber sido un acto propio realizado por ellas. Este vínculo de la buena fe con la separabilidad de la cláusula arbitral, en darle sentido a la extralimitación propuesta, brinda seguridad jurídica ante situaciones o argumentos que tiendan a negar lo aceptado previamente por los contratantes.

En otras palabras, la intención de las partes siempre ha de garantizarse y esta empieza en la consideración separable de la cláusula arbitral con respecto al contrato que la contiene. Y que las modificaciones que esta reciba son producto de la aceptación previa y consensuada de las partes intervinientes. No hay, pues, una situación contradictoria en modificar de una forma al contrato y con otra forma la cláusula arbitral. Todo queda en el marco de la libre autonomía de la voluntad de las partes y en su derecho subjetivo de decidir modificar o no la cláusula arbitral.

De esta manera, tenemos argumentos válidos que permiten que el principio de separabilidad sea extralimitado, a su interpretación inicial, de garantizar la validez de la cláusula arbitral, a pesar de cualquier suerte que tenga el contrato con respecto a su validez, pues existen argumentos necesarios que nos permiten considerar ampliar el sentido de este principio, vinculándolo con otros principios de la materia arbitral. En todo caso, si las modificaciones realizadas a la cláusula arbitral se encuentran en el marco de la ley, tiene cabida la extralimitación mencionada, pero si los cambios sufridos le revisten de nulidad, la aplicación del principio de separabilidad no tendría sentido.

El principio de separabilidad depende, necesariamente, de la evidencia verificable de la voluntad de las partes en la intención de resolver conflictos vía arbitral. Especialmente, en aquellos conflictos que surgen con relación al contrato principal. Pues, si el argumento del conflicto gira en torno a la validez de la cláusula arbitral o del compromiso arbitral, se crea la posibilidad jurídica de que no pueda ser actividad la vía arbitral, por ser un acuerdo inexistente, al estar lejos de la cobija de la ley. No cabe la consideración de aplicar los

principios antes mencionados, pues no existe jurídicamente el instrumento que los de vida, por ser nulo, ineficaz o de imposible ejecución.

Conclusiones

1. Primera conclusión

Desde la perspectiva de los aspectos generales del arbitraje y su relación con los métodos alternos de resolución de controversias, puede afirmarse que, desde la generalidad evolutiva de los métodos de resolución alternos de conflictos, se verifica su expansión histórica y geográfica, a pesar del credo, sexo o condición social y política de los individuos. La necesidad de resolver conflictos de una manera rápida, eficaz y efectiva los llevó a reconocer que, por sus propios medios o auxiliados de un tercero, puede ser posible la resolución de sus conflictos, desde un punto de vista de madurez psicológica e intelectual, es decir, ya sea entre sí, o con asistencia de un tercero como administrador del diálogo o bien con un tercero que decida quien tiene o no mejor derecho que le asista.

Esto es, desde todas sus perspectivas, justicia universal de recibir cada uno lo que le pertenece, pero con el detalle de que esta justicia ha emanado directamente desde las partes y no del órgano estatal designado para ello.

Los métodos alternos de resolución de conflictos han recibido varios nombres, desde MASC, MRAC, MARC, MASD, entre otros. Cualquiera que sea su designación, su conceptualización funcional es la misma, esto es, resolver conflictos paralelos a la vía tradicional de justicia estatal. La aplicación de los MRAC no es el desplazamiento de la justicia impartida por el Estado, sino la dinamización de las relaciones humanas, que tienden y deben ser reconocidas y reguladas por el Estado mismo. De ahí, que los MRAC tengan

presencia en el ámbito judicial y en el ámbito privado. De hecho, tener dos mecanismos de resolución de conflictos abiertos da mayor pauta a que las partes elijan libremente la forma de resolver sus disputas, siempre y cuando ese mecanismo elegido corresponda y vaya en coherencia con la intención social de garantizar la libre disponibilidad de los sujetos, en aquellas materias donde puede resolverse entre sí o por medio de un órgano jurisdiccional. Los MRAC no son mecanismos de bloqueo o burocráticos de acceso a la justicia tradicional, sino un espaldarazo al sistema de administración de justicia, que procura evitar llegar a las vías judiciales en aquellos casos en que el conflicto por su naturaleza y desenvolvimiento puede ser resuelto por medio de un mecanismo privado, que es protegido y reconocido por el Estado, entendiéndose cualquiera de los MRAC.

En otras palabras, los métodos alternos de solución de controversias, se desenvuelven en ámbitos resolutivos de derecho, conocidos como sistemas o métodos de resolución de disputas, ya sean autocompositivas o heterocompositivas. Cualquier método seleccionado, o cauce jurídico de resolución de disputas, procura ser un instrumento para dirimir controversias, ya sea entre partes asistidas por terceros sin capacidad de decisión, como lo es el caso en mediación, conciliación y negociación, o bien resolver conflictos auxiliados por un individuo neutral, con capacidad de decidir quién tiene o no la razón o a quién le asiste mejor el derecho, como lo es el caso del arbitraje y la vía judicial.

Todos estos métodos tienen su razón de ser y se especializan para distintos conflictos. Desde momentos en que las condiciones de poder de las partes son idénticas, hasta momentos en que requieren un balance jurídico de protección frente a individuos con mayor fuerza en la negociación, ya sea por mecanismos de presión, por construcciones sociales, o bien por

diferencias pecuniarias. Lo anterior se extiende también a la voluntad que tenga un individuo de contribuir a la solución del problema. Es importante analizar en toda su expresión el conflicto que se ocupa, para identificar el mecanismo adecuado para su resolución.

En este sentido, el arbitraje, por ser la materia que nos ocupa en el presente trabajo, como método heterocompositivo, se ha desenvuelto en sociedad aprovechando una de las dinámicas sociales más importantes del mundo globalizado, como lo es la actividad económica. En otras palabras, este método se ve mayoritariamente utilizado en el ámbito del comercio para agilizar decisiones que, en la vía jurisdiccional, tomarían meses o años resolver. El arbitraje, pues, es el método por excelencia de las vías heterocompositivas, que no se desenvuelven en cauce estatal del que hacen uso los individuos involucrados en actos económicos, con posibilidad de costear este proceso.

El arbitraje no es más que la necesidad de flexibilización de las relaciones económicas para recibir resoluciones prontas de las situaciones que implican conflictos de intereses económicos, de cuya esfera el derecho les reconoce libre disponibilidad a los individuos para hacer uso de ella. Al mismo tiempo, se ha extendido en aquellas relaciones contractuales en que particulares brindan servicios o labores en contrataciones públicas del Estado.

Así entonces, el arbitraje es un mecanismo ágil, efectivo, especializado y formal que, al ser un método RAC por excelencia, se vislumbra como un instrumento de pragmatismo procesal que requiere toda sociedad, para garantizar que las partes pueden hacer uso de esta vía a fin de evitar lo engorroso de la vía judicial. Se puede al mismo tiempo elegir las calidades, condiciones y facultades del tribunal arbitral, para que decida según los acuerdos de

las partes, ya sea conforme a derecho o a su libre saber y entender como amigable componedor. En otras palabras, el arbitraje presenta las características básicas de utilidad de método RAC para tener garantizada una existencia mientras la sociedad así lo requiera. Por mencionar algunas razones a saber:

- Su agilidad, en cuanto a cumplimiento de términos y plazos ciertos. También en cuanto a la agilidad de decisión de los tribunales arbitrales.
- Efectividad y eficacia, por cuanto las partes pueden hacer uso de este método inmediatamente, después de considerar el nacimiento de un potencial conflicto.
- Especialidad en el sentido de poder contar con un tercero con capacidad de brindar un juicio especializado y competente, al que le ha sido sometido a consideración.
- Obligatoriedad de su cumplimiento con respaldo estatal: Por estar ampliamente reconocido internacionalmente este método alternativo de resolución de controversias, se han diseñado instrumentos internacionales que han sido reconocidos y ratificados por países, que en su propio seno han creado normas jurídicas homólogas o que permitan la aplicabilidad de las decisiones arbitrales, en su ordenamiento jurídico, con el carácter de cosa juzgada y ser ejecutadas como toda sentencia que preste mérito, como si fuese dictada por autoridad judicial estatal competente.
- La privacidad y confidencialidad, que permite mantener los conflictos entre individuos en el seno de la confianza, sin que terceros se enteren de sus diferencias

que le han llevado a un litigio, protegiendo así el nombre o prestigio de las partes involucradas.

- Ritualidad legal que le impregna de solemnidad jurídica.

Por tal razón es que ha sido visto como un método bondadoso y como invención necesaria de la sociedad, para con ella misma. Es decir, instituciones jurídicas emanadas por el individuo, para él mismo. Estamos frente a la respuesta de necesidades económicas, que facilitan el destrabe de actos y situaciones que se desenvuelven en actividades comerciales, que podrían tardar meses o años, para adquirir una respuesta por parte del Estado, incluyendo los mecanismos de apelación y casación, según sea el caso. Sin embargo, en el arbitraje, las partes se liberan de la formalidad excesiva del proceso judicial, sin perder las garantías de protección de las partes en la resolución del conflicto. En otras palabras, tenemos un proceso condensado, especializado, privado y confidencial de resolución de conflictos; un proceso al gusto de las partes.

2. Segunda conclusión

En el marco del análisis del fundamento jurídico y de la manifestación de procedencia de los principios de autonomía de la voluntad de las partes, pro arbitraje y buena fe, se verifica la necesidad y facilidad de vinculación de los mismos, con respecto al principio de separabilidad, lo cual crea un dinamismo jurídico que genera pautas para definir y afirmar que la extralimitación del principio de separabilidad es gracias a la relación armónica con los demás principios que giran en torno al arbitraje. No basta, pues, el estudio individual de los

principios de mayor utilidad como lo es la autonomía de la voluntad de las partes, si no se desarrolla o analiza su fundamento jurídico para comprender la facilidad de aplicación con los demás principios del arbitraje.

Gracias a la libertad de autonomía de las partes, es que se desenvuelve el arbitraje bajo reglas consensuadas y claras, que invitan a aplicarlas exclusivamente, lejos de hacer uso de normas generales de carácter procesal, aplicables al proceso jurisdiccional. El arbitraje, pues, en el marco de su autonomía, requiere —necesariamente— la aplicabilidad constante de los principios, para operativizar y garantizar su fluidez jurídica. Por otro lado, el carácter proarbitraje que debe imperar en las interpretaciones es necesario, pues garantiza el carácter especial del arbitraje, que lo impregna de formalidad y ritualidad jurídica a fin de dotarlo de una identidad única, frente a otros métodos alternos de resolución de controversias y frente a la vía judicial.

El fundamento y procedibilidad de aplicabilidad de los principios de buena fe, proarbitraje y autonomía de la voluntad de las partes, con respecto al principio de separabilidad, se basa en el reconocimiento de los individuos de tomar sus propias decisiones para resolver los conflictos, a fin de que esta determinación sea respetada, tanto por terceros, así como por ellas mismas, con el objeto de que el arbitraje sea siempre el método de resolución de controversias válido para ellas.

Esta vinculación es clara y es útil. Sin ella, la separabilidad no podría ser extralimitada de su sentido primigenio, pues requiere de condiciones especiales que abran las puertas a la posibilidad de ampliar su alcance. Entiéndase, un ambiente jurídico que beneficie al arbitraje,

que garantice el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, y que brinde respaldo a que las decisiones tomadas por los contratantes no podrán ser revocadas unilateral y arbitrariamente, faltando a la buena fe. Es decir, acciones que vayan en contra de las obras propias que constituyen al arbitraje y que garanticen la separabilidad de la cláusula arbitral, con respecto al contrato que la contiene.

3. Tercera conclusión

Desde la perspectiva del alcance jurídico del principio de separabilidad de la cláusula arbitral en la interpretación y modificación de los contratos, el principio de separabilidad de la cláusula arbitral, desde un enfoque histórico, ha significado el reconocimiento y privilegio de la voluntad de las partes, en el mundo del derecho, ante vicisitudes que el contrato pueda presentar, por cuestiones de nulidad o validez de este. De ahí que, bajo interpretaciones de necesidad jurídica para mantener válida la intención primigenia de las partes de resolver el conflicto vía arbitral, es que se entiende que la suerte del contrato principal no afecta la validez de la cláusula arbitral. De este modo, el tribunal arbitral que sea constituido podrá mantener su competencia para resolver los conflictos, lo que fue desde el inicio, la voluntad de las partes contratantes.

De igual modo, hoy por hoy, fundado en criterios de modernismo y refrescamiento jurídico, posee la permisibilidad de extender su alcance a un supuesto en que el debate no gire en torno a la validez del contrato, sino a la forma en que fue modificada la cláusula arbitral, con respecto a las directrices que establece el contrato que la contiene. En este sentido, al plantearnos la pregunta toral del problema de: ¿Las cláusulas que establecen reglas

modificatorias de los contratos determinan la forma en que se debe modificar la cláusula arbitral? Podemos afirmar, en definitiva, que no existe una razón jurídica que vincule directamente las reglas de modificación del contrato con las reglas de modificación de la cláusula arbitral. El motivo es por su naturaleza, finalidad y efectos completamente diferente entre el contrato principal y la cláusula arbitral.

Estamos ante instrumentos jurídicos que regulan relaciones jurídicas distintas. Es decir, el contrato regula las prestaciones, derechos y obligaciones que nacen de una necesidad que las partes persiguen satisfacer; en cambio, la cláusula arbitral regula la forma en que los sujetos quieren dirimir la controversia. Considerar esta afirmación obliga, necesariamente, hablar de mundos completamente diferentes, con independencia jurídica entre sí. De tal manera que la cláusula de arbitraje se considera separable al contrato y no solo para efectos de perdurar ante «malas suertes del contrato principal» y «garantizar competencia al tribunal para resolver sobre la validez del contrato», sino también, para las reglas de modificación autónomas al contrato que la contiene.

Sin embargo, este alcance «extralimitado» del principio de separabilidad de la cláusula arbitral es gracias a su vínculo armónico con otros principios del sistema de arbitraje, entiéndase el principio proarbitraje, buena fe y autonomía de la voluntad de las partes, que le crean un camino pavimentado y nivelado a la aplicación de este enfoque. De hecho, desde perspectiva analítica de la evolución histórica de este principio, puede ver su punto de apoyo con los demás principios ya citados.

Es decir que no puede haber extralimitación al alcance del principio de separabilidad, si no es apoyado en los principios que sustenten la autonomía de la voluntad de las partes, para reconocer su libre disponibilidad en asuntos que le correspondan regular, por permisibilidad de ley. Por otro lado, esta extralimitación implica una interpretación amplia del principio de separabilidad, al reconocer que cualquier modificación que sufra la cláusula arbitral, sólo puede ser producto de la voluntad concertada de los sujetos contratantes, y que acciones posteriores de una parte que nieguen el acuerdo previo es caer en acciones de mala fe. Por tal razón, las modificaciones que se realicen a la cláusula arbitral, obviando reglas propias de modificación del contrato, ya sea por estipulaciones propias del mismo, no vulneran la ley, pues, son realizadas en el marco de la buena fe y del carácter separable de la cláusula arbitral con respecto al contrato que lo contiene.

La buena fe tiene una labor necesaria, pues, garantiza la certeza jurídica, la confianza del derecho. Evita acciones contradictorias de las partes que tiendan a desconocer al arbitraje, que primigeniamente, de forma consensuada, habían pactado. Por ejemplo, las modificaciones que realicen a la cláusula de arbitraje se basan en la buena fe de las partes, en mantener su intención pura de evitar volver tequioso o engorroso e incluso inaplicable el proceso arbitral. Desde esta perspectiva garantista de la puesta en práctica del arbitraje también se vislumbra el beneficio y reconocimiento del arbitraje en sí mismo. Es decir, estamos ante la vinculación con el principio proarbitraje; con lo que damos principal atención e impulso jurídico a esta figura, para evitar la judicialización innecesaria de disputas que puedan ser resueltas en la vía arbitral.

Al extralimitar el principio de separabilidad de la manera propuesta, haciendo uso del respaldo del principio proarbitraje, se garantiza que la vía resolutoria del conflicto siempre sea arbitraje y no la vía judicial. En otras palabras, nos garantizamos que sea el árbitro quien siga manteniendo la competencia, a pesar de que la cláusula principal haya sido modificada al margen de las estipulaciones creadas en el contrato. Su razón ya ha sido explicada, y es que estamos ante dos instrumentos diferentes que regulan aspectos jurídicos distintos.

Con los argumentos y análisis desarrollados en este trabajo, podemos afirmar que el principio de separabilidad no es únicamente para considerar que la cláusula arbitral es autónoma o separable del contrato, para poder resolver crisis contractuales y garantizar que el tribunal arbitral sea el que conozca y resuelva nulidades del contrato en sí, sino también que este principio puede ser extralimitado de su interpretación inicial, brindando así un mayor alcance, aplicable en la interpretación y modificación de los contratos, al brindar un soporte de garantía en que la separabilidad de la cláusula arbitral determina también una independencia entre las reglas de modificación del contrato, establecidas en cláusulas especiales, respecto de las reglas aplicables a la modificación de la cláusula arbitral. En otras palabras, modificar la cláusula de arbitraje, lejos de lo establecido en las reglas de modificación del contrato, no le hace perder validez y, por lo tanto, no existe crisis de existencia o de invalidez del arbitraje.

Recomendaciones

Elevar el debate jurídico en foros académicos nacionales, sobre el desenvolvimiento del arbitraje y las metodologías utilizadas para aplicar los principios

Los principios son únicos y sus orígenes han respondido a determinadas realidades históricas, que naturalmente podrán cambiar. El origen de estos ha sido inspirativo para resolver vacíos que la ley no había podido llenar y que por medio de la jurisprudencia se ha dado impulso para la formalización de estos por medio de leyes posteriores.

La discusión de estas metodologías de aplicación servirá para analizar y validar la forma en que hasta el día de hoy se ha pensado el alcance de los principios de arbitraje, entre ellos el de separabilidad. Permitirá el refrescamiento de criterios y unificar los mismos a fin de garantizar certeza jurídica, sin obviar ideas que revolucionen la visión actual de los mismos.

No es más que regular precedentes que potencialicen y hagan evolucionar y revolucionar el principio de separabilidad. Puesto que el análisis pétreo de un pilar que ayuda a tomar decisiones, haría correr el riesgo de crear camisas de fuerzas ilógicas, que no estén acorde a las realidades del momento. La idea no es banalizar o vulgarizar la aplicación e interpretación del principio, al antojo de los intereses económicos, sino crear un mecanismo de refrescamiento jurídico acorde a la realidad social y económica del momento de la sociedad y no según realidades económicas de las partes.

No debe tenerse timidez jurídica en la aplicación de los principios de una forma dinámica que permita administrar justicia según los hechos y momentos históricos del momento. Natural es el cambio, más aún cuando es para el crecimiento de una institución cuyo funcionamiento va de la mano con el mundo globalizado, en donde las relaciones comerciales y humanas se complejizan, evolucionan, pero al mismo tiempo se ordenan en un marco jurídico que tiende a facilitar los procesos de comunicación y vínculo entre las sociedades.

Hablar de debatir estas temáticas, corresponde en primera instancia a las instituciones educativas de carácter superior, en específico a las Escuelas de Derecho, que representan el centro del debate universal en el mundo jurídico. En este sentido, el intercambio constante con el Poder Judicial del Estado, en lo que se refiere a realimentar las nuevas tendencias modernas del derecho, se vuelve una necesidad y una forma más de dinamizar el escenario jurídico de aplicación de los principios. En el caso que nos ocupa, del principio de separabilidad.

Hablar de un método de aplicación implica estudiar los casos concretos para identificar caminos o cauces jurídicos que amplíen, lógicamente, el sentido del principio de separabilidad. Es decir, si hoy en día se entiende la separabilidad de la cláusula arbitral en el sentido que al día de hoy hemos desarrollado, es porque se han identificado pasos a seguir en el análisis de los casos y estos han permitido tener una guía base para ampliar el sentido original de la separabilidad de la cláusula arbitral.

Si bien es cierto, el arbitraje es la administración privada de la justicia, también es una verdad que los árbitros de derecho requieren fundamentar sus laudos apegados a derecho. Sin

ello el sentido de justicia en Derecho se alejaría de la necesidad de las partes. De ahí que el sentido de justicia en términos universales requiere el estudio del caso, no únicamente desde la perspectiva positivista del derecho, sino también de la perspectiva integradora, que nos permita desarrollar o ampliar el criterio jurídico de las normas. Es decir, ampliar el sentido original de los principios. De esta manera, se crean los criterios que podrán ser discutidos en el foro académico para armar propuestas válidas y no antojadizas o momentáneas de árbitros de derecho. La idea es crear un respaldo o el visto bueno de la extralimitación del principio de separabilidad de la cláusula arbitral.

Es así que el debate jurídico sobre la temática permitirá, sobre rieles claros, la extralimitación del principio de separabilidad en los términos hoy propuestos en el presente trabajo.

La separabilidad debe ser vista como una unidad, cambiante, tendiente a perfeccionarse

Pero la evolución no es el fin en sí mismo, sino la resolución de una realidad que ha manifestado un vacío jurídico de interpretación y aplicación de una norma. La extralimitación del principio de separabilidad es válida en los contextos que así lo requieran. En este sentido, cambiar la visión conservadora sobre el principio de separabilidad cambia el horizonte e inspira interpretaciones novedosas, basadas en un método, en un paso a paso.

La visión de ver el principio como una unidad, no es en pro de su aislamiento, sino en beneficio y reconocimiento de su creación, trayectoria y evolución. Ciertamente es que, forma parte de toda una institución jurídica denominada arbitraje, pero también es válido pensar que hasta

los frutos de un árbol tienen su propia identidad que en su seno guardan la semilla que ha de germinar en un futuro resultado. En nuestro caso, el fruto de la separabilidad. Un fruto que se nutre del árbol que lo crea y se adapta según las condiciones de su entorno, sin perder su propia identidad y vínculo con quien lo creó, es decir, el árbol del arbitraje.

Pero esta visión será reconocida en la medida en que el debate jurídico le otorgue la importancia que requiere. Se dice que lo que no es nombrado no existe. En este sentido, argumentar sobre la extralimitación es una necesidad que requiere de posicionamiento sobre el foro académico y judicial. Ambos son dos sustentos que generarán confianza aplicativa para los árbitros que tímidamente apliquen un solo enfoque de separabilidad y no así su extralimitación.

Publicidad de los resultados interpretativos sobre enfoques brindados a la separabilidad en casos concretos

Para cumplir con las recomendaciones anteriores, se requiere un tercer auxilio, que es vinculado a la publicidad de los enfoques aplicativos de la separabilidad. Sin embargo, esta recomendación tiene un límite. El principio de confidencialidad y privacidad del proceso arbitral envuelve herméticamente las actuaciones ante el público. Solamente las partes y la autoridad judicial en los casos expresamente permitidos por ley pueden acceder al expediente arbitral. En este sentido, cualquier información que salga sin el consentimiento expreso de los involucrados es ilegal e incluso según el caso, podría acarrear la nulidad del proceso.

No obstante, los árbitros en su compromiso con el derecho como ciencia pueden transmitir el enfoque utilizado sobre la interpretación y aplicación de los principios que sirvieron de sustento para resolver la litis. El principio de separabilidad puede ser extralimitado en su aplicación e interpretación y el método utilizado puede ser expuesto en el foro académico.

Conocer las realidades jurídicas y contextos en que se aplica el principio de separabilidad, por parte de los árbitros, brinda pautas para análisis rigurosos auxiliados de la realidad. La academia se basa de la realidad misma, y el contexto en que es extralimitado el principio brinda validez y eficacia al principio de separabilidad de la cláusula arbitral.

La idea es crear la cultura de la redacción y dejar respaldo formal e histórico del método y análisis utilizado, según el caso concreto. En este sentido, se brinda el reconocimiento al dinamismo del principio de separabilidad de la cláusula arbitral. Por ejemplo, con el enfoque dado en este trabajo doctoral.

REFERENCIAS

Revistas consultadas

Betti, E. (1966). Teoría general de las obligaciones, *Revista de Derecho Privado*, (1).

Caivano, R. (2015). El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad Nacional de La Plata (13), 13-39.

Recuperado de: <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/2357>.

(2018). El arbitraje. Nociones introductorias. *Revista Electrónica de Derecho Comercial*.1-8. Recuperado de: <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>.

Cremades, B. (2011). *Consolidación de la autonomía de la voluntad en España*. Recuperado de: <https://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>

Delgado, J., Palomo, D., y Delgado, G. (2017). Autotutela, solución adecuada del conflicto y reposición: Revisión y propuesta. *Revista de Derecho (Coquimbo)*. Universidad Católica del Norte, 24 (2). Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532017000200265.

Díaz, S., Rothschild, J., y Ruanova, M. (2007). El acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR. *Revista de Derecho de la Universidad de*

Montevideo. Universidad de Montevideo, 17-24. Recuperado de:
<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Diaz-Rothschild-Ruanoa-El-Acuerdo-de-Arbitraje-Comercial-Internacional-del-Mercosur.pdf>.

Estevés, J. (1956). Sobre el concepto de la naturaleza jurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, (4). 159-182. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/139175>.

Gelsi, A. (1998). Acerca de la teoría del acto propio. *Revista Jurídica Estudiantil*. XYZ Editores, 3 (5), 9. p. 18.

Hernández, K., y Guerra, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*. Universidad de Cienfuegos, 27-46. Recuperado de:
<http://www.eumed.net/rev/rejie/06/hfgc.pdf>.

Labandera, P. (2002). La teoría de los actos propios y su aplicación en el derecho aduanero. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Universidad de Montevideo, 1 (2), 93-101. Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/10/DERECHO-2.pdf>.

Márquez, M. (2006). Familia y conflicto en Aguascalientes. *Investigación y Ciencia*. 14 (35), 61-67. Recuperado de: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67403508>> ISSN 1665-4412

- Neira, E. (2007). El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana. *Iuris Dictio. Revista de Derecho*. Universidad de San Francisco de Quito, 7 (11), 62-69. Recuperado de: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/674/968>.
- Parodi, G. (2005). El caso Yacyretá (o como retroceder ochenta años). *Revista de Derecho Comparado*. (11), 192. Recuperado de: <https://www.rubinza.com.ar/libros/doctrina-arbitraje/3107/?textobu=#inicio>
- Pereira, S. (2003). La autonomía de la cláusula arbitral y competencia del tribunal arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno Uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*. Universidad de Montevideo, 81-92. Recuperado de: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Pereira-Campos-Autonomia-de-la-Cláusula-Arbitral-y-competencia-del-Tribunal-Arbitral-para-resolver-sobre-su-competencia-en-el-arbitraje-interno-uruguayo.pdf>.
- Samuel, A. (2000). Separability of arbitration clauses. Some awkward questions about the law on contracts, conflict of laws and the Administration of Justice. *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, 9, 1-16. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwj5-Meg0cbiAhVQeKwKHUiWA4sQFjAAegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.biicl.org%2Ffiles%2F4243_separabi_updated.doc&usg=AOvVaw2FGYhbqRUkM_xaAOZyk6A_

Sánchez, A. (2013). La actuación de los jueces estatales como árbitros privados: Un problema de orden público. *Revista Internacional del Trabajo Social y Ciencias Sociales*, 5, 137-151. Recuperado de: <http://revistas.uned.es/index.php/comunitania/article/view/7144/6820>.

Sequeira, B. (2014). Reflexiones sobre factores que inciden en la negociación. *Cultura de paz*. Universidad Politécnica de Nicaragua, 20 (64), 17-20. Recuperado de: <moz-extension://27a744b7-e620-4947-b276-a1eb5b321a03/data/guide/index.html>.

Sequeira, B. (2016). La mediación penal en Nicaragua. *Cuaderno Jurídico y Político*. Universidad Politécnica de Nicaragua, 1 (2), 75-89. Recuperado de: <http://repositorio.upoli.edu.ni/209/1/321-1066-1-PB.pdf>.

Vargas, Á. (2015). La doctrina de la separabilidad: de los errores y afirmaciones más comunes hacia las verdaderas raíces de una regla de derecho internacional. *Revista Internacional de Arbitraje*. (22), 97-140. Recuperado de: http://legal.legis.com.co/document.legis/la-doctrina-de-la-separabilidad-de-los-errores-y?documento=rarbitraje&contexto=rarbitraje_50f528fa8e1f49f8bcd28ca93446f866&vista=STD-PC#bflaa81d59d26394388929c526de609fc22nf9.

Villalba, J. y Moscoso, R. (2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje. Prolegómenos. *Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, 141-170. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiPrb_838biAhXjwVkkKHd7mCg8QFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2F

www.redalyc.org%2Fpdf%2F876%2F87602210.pdf&usg=AOvVaw0-yrIRh3eJiZy5y4DhYUwX

Virgós, M. (2006). El convenio arbitral en el arbitraje internacional. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 14, 13-28. Recuperado de: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/convenio-arbitral-arbitraje-internacional-326672>.

Webgrafía

Álvarez, G. (2019). Departamento de Derecho Internacional OEA. *Resoluciones Asamblea General*. Recuperado de: <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjustil.htm>

Anguis, B. (2019). Empatía, mucho más que ponerse en el lugar del otro. *Psicología y Mente*. Recuperado de: <https://psicologiaymente.com/psicologia/empatia>.

Asociación Europea de Arbitraje (2015). El principio Kompetenz Kompetenz. *Todo sobre arbitraje*. Recuperado de: <https://todosobrearbitraje.wordpress.com/2014/07/25/el-principio-de-kompetenz-kompetenz/>.

Beda, V. y Jerónimo (s.f.). De la naturaleza de las cosas y de los tiempos de Beda. Cartas de San Jerónimo y de Pseudo-Jerónimo. Dibujos alegóricos con comentario y glosas. *Biblioteca Digital Mundial*. Recuperado de: <https://www.wdl.org/es/item/14709>.

Bible Gateway (2019). Lucas 12: 59-59, *Bible Gateway*. Recuperado de: <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Lucas+12%3A58-59&version=NVI>

Borda, A. (2008). La Teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina Argentina. *Scribd*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/116685225/Borda-A-Teoria-Actos-Propios>.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2015). CNUDMI. Recuperado de: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

Departamento de Derecho Internacional. Organización de Estados Americanos (2015). Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. *Departamento de Derecho Internacional OEA*. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPI_doc_arbitrajecomercial_sumario.htm.

Gaillard, E. (2007). *La Jurisprudence de La Cour de Cassation en Matière D' Arbitrage International*. *Revue de l'Arbitrage Comité Français de l'Arbitrage*. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwiBnpP1otPiAhUDwFkKHZh0Bv8QFjABegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.courdecassation.fr%2FIMG%2Ffile%2Fpdf_2007%2F13-03-2007%2F13-03-2007_gaillard.pdf&usg=AOvVaw3shmwgO2S_zzG1sigTwnDI

Fábregas J. y Olivar, A. (2002). La voz de los padres en la liturgia de las horas. Beda el Venerable, *ebooks*. Recuperado de: https://books.google.com.ni/books?id=JYGmHEXpnnYC&pg=PA54&lpg=PA54&dq=De+la+naturaleza+de+las+cosas%C2%BB+y+%C2%ABDe+los+tiempos%C2%BB,+de+Beda&source=bl&ots=hwg2Wo8YdW&sig=mHykWncXyFKFOILGk44mcZXzY&hl=es&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=De%20la%20naturaleza%20de%20las%20cosas%C2%BB%20y%20%C2%ABDe%20los%20tiempos%C2%BB%2C%20de%20Beda&f=false visitado 12 de abril de 2016.

Franciskovic, B. (2018). Alcances subjetivos del convenio arbitral. Recuperado de: www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/SP/article/download/951/761.

International Council For Commercial Arbitration (1978). Alemania: Landgericht Hamburg (Italian company versus German (F.R.) firm. Hamburg. *III YearBook commercial arbitration*. Kluwer Law International, III. Recuperado de: https://www.arbitration-icca.org/media/3/76413883456894/yb_1978_toc.pdf. (1979). Japón: Kokusan Kinzoku Kogyo K.K. versus Guard Life Corp., 29 Minshu 1601. *IV yearbook Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. Recuperado de: https://www.arbitration-icca.org/media/3/60768384492445/yb_1979_toc.pdf. (1982) Italia: Corte d' apello di Venezia caso: Carapelli versus Ditta Otello Mantovani. Venezia. *VII Yearbook Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. Recuperado de: https://www.arbitration-icca.org/media/3/28041485394266/yb_1982_toc.pdf.

(1993). Italia: Corte d' appello di Bologna (Spa Coveme versus Compagnie Francaise des isolant S.A) Bologna. *XVIII Yearbook commercial arbitration*. Kluwer law international. Recuperado de: https://www.arbitration-icca.org/media/3/23364025002903/yb_1993_toc.pdf.

Sánchez, S. (2018). Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales: Una aproximación comparada. Recuperado de: <http://ihladi.net/wp-content/uploads/2018/02/Cl%C3%A1usula-compromisorias-en-los-contratos-internacionales-Una-aproximaci%C3%B3n-comparada.pdf>.

(S.f). El Arbitraje. *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado de: biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/894/2.pdf.

Verdera, R. (2009). El convenio arbitral. Recuperado de: https://books.google.com.ni/books/about/El_convenio_arbitral.html?id=zjnUZwEACAAJ&source=kp_book_description&redir_esc=y.

Sentencias y resoluciones consultadas

Colombia, Sala Plena, Corte Constitucional (20 de mayo de 1997). *Sentencia C-242/97*. Recuperado de http://www.creg.gov.co/html/Ncompila/htdocs/Documentos/Gas Natural/docs/sc242_97.htm.

Estados Unidos, Suprema Corte (20 de febrero de 2006). *Sentencia Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*. Traducción libre. Recuperado de: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/546/440/>
(16 de marzo de 1967). *Sentencia No. 343*. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/395/>

Francia, Sala Civil, Tribunal de Casación (7 de mayo de 1963). *Sentencia Établissements R. Gosset c. Sté Carapelli*. Traducción libre.
(4 de abril de 2002). *Sentencia S.A Barbot SM / Société Bouygues Bâtiments y otros*. Traducción libre.
(9 de abril de 2002). *Sentencia Toulousy/SNC Philam*. Traducción libre.

Puerto Rico, Tribunal Supremo (31 de Julio de 2008). *Sentencia Banco Popular de Puerto Rico Vs Sucn. Talavera TSPR 132 -174 DPR*. Recuperado de: <https://www.popjuris.com/biblioteca/banco-popular-de-puerto-rico-v-talavera-2008-tspr-132/>
(1976). *Sentencia International General Electric, Puerto Rico, Inc. Vs Concrete Builders*. Recuperado de: <https://www.popjuris.com/biblioteca/int-general-electric-v-concrete-builders-104-dpr-871-1976/>
Laudo Preliminar (Dalmia Dairy Industries Ltd. / National Bank of Pakistan). N.º 1512 (CCI 17 de 12 de 1967). Recuperado de: <https://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=147756>

Legislación consultada

Nicaragua, Asamblea Nacional Constituyente (2014). *Constitución Política de la República de Nicaragua*.

Nicaragua, Asamblea Nacional:

(2015). Ley n.º 902, *Código Procesal Civil de la República de Nicaragua*.

(2005). Ley n.º 540, *Ley de Mediación y Arbitraje de la República de Nicaragua*.

(1998). Ley n.º 260, *Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua*.

(1933). *Ley General sobre Cámaras de Comercio de la República de Nicaragua*

(1914). *Código de Comercio de la República de Nicaragua*.

(1906). *Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua*.

(1904). *Código Civil de la República de Nicaragua*.

Instrumentos internacionales

Organización de las Naciones Unidas (1985). *Ley modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con enmiendas aprobadas en 2006*.

(1961). *Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional*

(1958). *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*.

Libros

Ancel, J. (1994). *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Travaux du Comité français de DIP 1991-1992*. Pedone.

Andrade, D. (2015). *Aplicación del principio favor arbitralis en las cláusulas patológicas*. Universidad del Azuay.

Ariffin, P. (2011). *Prácticas Tradicionales Maya de Resolución de Conflictos en los Territorios K'iche, Tzutujil y Kaqchikel*. Guatemala: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit.

Aristóteles, *Analítica posterior*, L. I, c. 2, 71b.

Aristóteles, *Física*, L. II, c. 3, 195.^a

Arnaldez, J. y Yves, D. (2008). *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995 / Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1991-1995*. Kluwer Law International.

Artuch, E. (1998). *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Eurolex.

Barrera, R. (2005). *Resolución de conflictos en pueblos mayas de Guatemala*. Secretaría de la Paz.

Berro, F. (1989). *La relevancia jurídica de la conducta anterior (Teoría de los actos propios)*.

Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández.

Borda, A. (1987). *La teoría de los actos propios*. Depalma.

Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. 2.^a ed. Kluwer Law International.

Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales según la nueva ley de Enjuiciamiento*. Edición Gaspar y Roig.

Carmona, C. (2004). *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2.^a ed.

Publicaciones Atlas.

Castan, J. (1953). *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Reus.

Castillo Guido, O. (2014). *Introducción al estudio del Derecho*. PAVSA.

Cerón, J. (2007). *El arbitraje Laboral*. Temis.

Chillon, J. y Merino, J. (1991). *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*.

Editorial Civitas.

Chiovenda, J. (1977). *Principios de derecho procesal civil*. Reus.

Cordón, F. (1990). *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Civitas.

Coviello, N. (1949). *Doctrina General del Derecho Civil*. Hispano-Americano.

Craig-Park, P. (2000). *International Chamber of Commerce Arbitration*.

Dávalos, R. (2017). *Quo vadis arbitraje. En Estudios sobre arbitraje en Cuba*. Ediciones ONBC.

(1961). *Diccionario de Derecho Privado, tomo I*. Editorial Labor.

Diez-Picazo, L. (1963). *La doctrina de los actos propios*. Bosch. (1979). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tecnos. (2014). *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Civitas.

Ducci, C. (2005). *Derecho Civil. Parte General*. Jurídica.

Egas, A. (2010). *Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral insuficiente: Interpretación y alternativas*. Universidad San Francisco de Quito.

Fernández, J. (2006). *El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino*. Editorial Jurídica de Chile.

Fernández, J. y Artuch, E. (2011). *Validez y eficacia del convenio arbitral internacional*. En Soto Coaguila (s.f.) *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio Arbitral Tomo I*. Grupo Editorial Ibáñez.

Furno, (s.f.) *Appunti in tema de arbitramento e di arbitrato*. En Serra M. (1969). *Estudios de Derecho procesal*. Editorial Ariel.

García Maynez, E. (1991). *Introducción al Estudio del Derecho*. Porrúa.

Girand, K., y Koch, S. (2001). *Resolución de conflictos en las escuelas*. Ediciones Granica S.A.

Gonzáini, O. (1992) *Derecho Procesal Civil, Teoría General del Derecho Procesal (volumen I)*. Edición Ediar.

González de Cossio, F. (2008). *Arbitraje*. Editorial Porrúa.

Gonzalo, M. (2011). *Métodos alternativos de solución de conflictos: Una justicia más progresista y universalizada*. En (S.f.). *Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de justicia*. Dykinson, S.I. Melendez Valdés.

Griffith, V. (1950). *Outlines of the Law, a comprehensive summary of the major subject of american law*. Bobbs-Merrill Company.

Griguera, H. (1992). *Choice of law problems in international commercial arbitration*. J.C.B. Mohr.

Guasp, J (1956). *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Editorial Bosch.

Heidegger, M (s.f.) *Einführung in die Metaphysik*. Angela Ackermann Pilári, trad. Edisa Editorial.

Hirshman, L. (1985). The second arbitration trilogy: The federalization of arbitration Law. *Vanderbilt Law Review*. University Law School (United States), (71).

Iglesias, J. (1987). *Derecho Romano*. Ariel.

Informe de Ponencia para Primer Debate (Tercer Debate) del Proyecto de Ley 176 de 2011 Cámara - 018 de 2011 Senado «Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones». Síntesis del proyecto. Bogotá D.C, 27 de marzo de 2012.

Jara, M. (2013). *Decisiones de la justicia Estatal Ecuatoriana sobre Arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis*. Ecuador: Boletín Informativo Spondylus.

Jaramillo, C. (2012). *La doctrina de los actos propios en el ámbito contractual*. Editorial La Ley.

Kelley, S. (1998). *Teoría del Derecho Procesal*. Porrúa.

Laborda, E. (2015). *El sistema arbitral de consumo. Universidad Nacional de Educación a distancia. Departamento de Derecho Civil. Facultad de Derecho.*

Llamas, E. (2004). *Buena fe y cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en tratado de la buena fe*. Editorial La Ley.

López, M. (2013). *La doctrina de los actos propios*. B de F.

Monroy M. (s.f.). *Arbitraje Comercial*. Temis.

Marengo, E. (2012). *Práctica del arbitraje comercial en Nicaragua*. Funides.

Mazeaud, D. (2004). *Solidarisme contractuel et réalisation du contrat en Le Solidarisme contractuel - Mythe ou réalité*. Económica.

Muñoz, S. (2010). *El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidades de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*.

Nemen, M. (2010). *La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a la buena fe en materia contractual*. Universidad Externado de Colombia.

- Reuben, R. (2003). *First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions*.
- Reales, S. (2013). *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*.
- Rueda S. (2008). *Arbitraje Comercial Internacional*. Temis.
- Santos, R. (2002). *Seis lecciones sobre arbitraje privado (interno e internacional)*. Asociación de Escribas del Uruguay, AEU.
- Serra, M. (1969). *Estudios de derecho procesal*. Ariel.
- Silva, E. (2005). *Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-kompetenz*. En *El contrato de Arbitraje*. Legis Editores S. A. y Universidad del Rosario.
- Steele, J. (2012). *El procedimiento arbitral de consumo como mecanismo efectivo en la solución de conflictos entre consumidores y empresarios, en México y España*. Universidad de Murcia. Departamento de Sociología y Política Social.
- Stone, M. y Rubenstein, W. (2000). *Principios de Resolución de Alternativa de Conflictos: Resúmenes expuestos y comentados*. Universidad de Florida.
- Villey, M. (1962). *Leçons D'histoire de la Philosophie du Droit*. Daloz.