

La presentación previa del laudo. Duelo entre el vanguardismo y el ventajismo

Gabriel De Jesús Goncalves*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 81-97

Resumen: La presentación del laudo es una figura exclusiva en Venezuela del Reglamento CEDCA que tiene como objetivo la presentación, por parte de los árbitros, del borrador del laudo a las partes y al Director Ejecutivo del CEDCA para que éstos tengan oportunidad de formular observaciones de forma y fondo, respetando la decisión de los árbitros. Su aplicación plantea retos y genera riesgos, materializados recientemente a raíz de las acciones judiciales intentadas por una de las partes de un arbitraje administrado por el CEDCA luego de la audiencia de presentación del laudo. Las ventajas de la presentación del laudo superan los riesgos de su aplicación. Esa premisa sustenta el contenido del artículo.

Palabras Claves: Presentación, previa, laudo.

Scrutiny of Draft of the Award Duel between avant-garde and advantage

Abstract: *The Scrutiny of the award is an exclusive figure in Venezuela of the CEDCA Rules of Arbitration, whose objective is the presentation, by the arbitrators, of an award's draft to the parties and to the Executive Director of CEDCA so that they have the opportunity to make observations to the draft. The advantages of the scrutiny of the award outweigh the risks of its application. This premise supports the content of the article. Its application poses challenges and generates risks, which have recently materialized as a result of actions initiated by one of the parties to an arbitration administered by CEDCA after the hearing for the scrutiny of the award.*

Keywords: *Review, draft, award.*

Autor invitado

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en derecho procesal, Universidad Central de Venezuela. Socio en Baker McKenzie.

La presentación previa del laudo. Duelo entre el vanguardismo y el ventajismo

Gabriel De Jesús Goncalves*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 81-97

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La presentación previa del laudo. Antecedentes. 2. ¿Para qué sirve la presentación previa del laudo? 3. Acuerdo de parte sobre presentación del laudo. Diferencia con la presentación previa del Reglamento ICC. 4. Uso indebido de la presentación previa del laudo. 4.1 El Avocamiento. 4.2 Primer Amparo. 4.3 Segundo Amparo. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

“El Arbitraje será aquello que los abogados quieran que sea”. Por desconocimiento, no puedo atribuir el crédito que merece al autor de esta frase. La escuché por primera vez en boca del Dr. Eugenio Hernández-Bretón, quien me aclaró que no era de su autoría y seguramente estará dispuesto a revelar la identidad de su creador a quien así se lo solicite. Pero, como suele ocurrir, las buenas ideas trascienden a sus creadores porque lo importante es la impronta que dejan en sus destinatarios.

La constitucionalización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias sin duda fue un triunfo celebrado por la comunidad jurídica, que poco menos de dos años antes ya había festejado la promulgación de la tan esperada Ley de Arbitraje Comercial. Sin embargo, todos anticipábamos justificadamente que, aún después de obtener rango constitucional, el arbitraje seguiría luchando contra quienes se resistían al cambio de paradigma que significaba obviar, aunque fuese por vía de excepción, la potestad autónoma del Estado para administrar justicia. Estaba muy claro que tomaría años desechar la idea de que el arbitraje era una herramienta para “robar” juicios a los tribunales ordinarios y restar autoridad a los jueces, y así fue. Las sentencias de esos tribunales, incluyendo las del Tribunal Supremo de Justicia, zigzagueaban permanentemente entre ambas aceras de la calle: conseguir cualquier excusa para negarle aplicación a las cláusulas arbitrales o reconocerle al arbitraje plena vigencia como medio de resolución de controversias autónomo de la jurisdicción ordinaria.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en derecho procesal, Universidad Central de Venezuela. Socio en Baker McKenzie.

Afortunadamente la balanza fue, lenta pero consistentemente, inclinándose hacia el flanco correcto y cada vez eran menos frecuentes las sentencias que tercamente se negaban a lo inevitable. El alivio fue una sensación cada vez más generalizada en la medida en que crecía la convicción de que un arbitraje podría ser tramitado adecuadamente sin la injerencia de personas no elegidas por las partes para resolver su controversia, aún a pesar del indebido uso que se le daba al incomprendido y muy manipulado recurso de nulidad.

En este contexto, la figura de la presentación previa del laudo era vista por muchos como una amenaza latente para el mantenimiento permanente de la buena conducta judicial frente al arbitraje. La simple posibilidad de que las partes (sobre todo la parte que no resultaría favorecida) pudieran conocer el contenido del laudo antes de su pronunciamiento, depósito y notificación generaba el riesgo evidente de convertir una opción de vanguardia en un botón de autodestrucción.

La presentación previa del laudo es una figura que, confiando en el apego estricto de las partes a los principios que gobiernan el arbitraje, busca garantizar, en la mayor medida posible, que el laudo definitivo sea un reflejo lo más perfecto posible de la realidad de lo que ocurrió en la relación jurídica existente entre las partes y en el transcurso del procedimiento arbitral, beneficiando la perspectiva de que sea la decisión más justa que las partes hayan podido obtener para resolver sus diferencias. Pero en un ecosistema judicial en el que el respeto hacia el arbitraje es tan frágil, no es marginal el peligro que supone el hecho de que las partes sepan el resultado final de su disputa antes de que la disputa sea resuelta. Analizar todas estas certezas y posibilidades es el objetivo que aquí se pretende lograr.

La reciente materialización del temor que muchos expresaban respecto al uso indebido de la presentación previa del lapso es la razón que fundamenta este trabajo, que no pretende erigirse en un manual de conducta profesional ni en un listado de mandamientos éticos. Su única finalidad es analizar las ventajas de una figura propia del arbitraje y, al mismo tiempo, las posibilidades de que esa figura sea usada en formas que puedan afectar la estabilidad del arbitraje. O, al menos, de lo que los abogados queremos que sea el arbitraje.

1. La presentación previa del laudo. Antecedentes.

La figura de la presentación previa del laudo apareció en Venezuela en el primer Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA, dictado en el año 2000. En su primera versión, el Reglamento CEDCA reguló la presentación previa del laudo en su artículo 24 en términos muy similares a los contenidos en el artículo 41 de la versión actual. Debemos entonces ponderar el hecho de que la presentación previa del laudo existió en Venezuela, en los arbitrajes administrados por el CEDCA (únicos en los que se aplica esta figura en Venezuela) desde hace 20 años sin que hubiesen ocasionado mayores sobresaltos en los procedimientos en los que ha sido aplicada.

Esta primera versión del Reglamento CEDCA estuvo inspirada principalmente en el Reglamento ICC vigente para la fecha¹, lo cual explica la incorporación de la figura de la presentación previa del laudo, exclusiva del Reglamento ICC, específicamente en el artículo 34 de su versión actual. La exposición de motivos de esta primera versión del Reglamento CEDCA señala como referencias no sólo al Reglamento ICC, sino también al Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje y a la Ley Modelo UNCITRAL. Sin embargo, ni el Reglamento AAA ni la Ley Modelo UNCITRAL prevén la figura de la presentación del laudo. Como la gran mayoría de los Reglamentos de Arbitraje conocidos (incluyendo el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, nuestro otro Centro de Arbitraje bandera) se limitan a permitir a las partes que formulen observaciones luego de la publicación y notificación del laudo por vía de solicitudes de aclaratorias o figuras similares que, a criterio de los árbitros, pudieran generar una modificación del laudo ya dictado.

Es necesario resaltar que la exposición de motivos del Reglamento CEDCA 2000 hace referencia a una fuente de inspiración específica para la incorporación de la presentación del laudo en el procedimiento que regula: un sistema alemán conocido como *Stuttgarter Modell*. Se atribuye el nacimiento de este modelo a un experimento judicial realizado en el año 1967 por la Vigésima Sala Civil del Tribunal Regional de Stuttgart, que consistía en convocar a las partes a una audiencia previa al pronunciamiento de la sentencia para que el Juez les informara las razones por las cuales aceptaría o no la demanda o recurso, concediendo luego a las partes la oportunidad de expresar su opinión respecto a la exposición del Juez para tratar de reafirmarlo en su posición o convencerlo de reconsiderarla. Luego de oír a las partes en esa audiencia, el Juez emitiría su fallo en la oportunidad correspondiente y allí las partes sabrían si mantenía su posición inicial o la modificaba luego de oírlas en la mencionada audiencia previa a la sentencia².

Sin embargo, no parece la intención de la figura de la presentación del laudo conceder a las partes una oportunidad para convencer a los árbitros de cambiar de opinión respecto de la forma en que creen debe ser resuelta la controversia. Al menos no en la forma en que están redactados los artículos 41 del Reglamento CEDCA y 34 del Reglamento ICC. Basta recordar que ambas normas utilizan la frase “respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral” para fundamentar esa conclusión

Así regula el Reglamento CEDCA la figura de la presentación del laudo:

¹ “El primer proyecto presentado por el Dr. Mezgravis estaba basado, casi en su totalidad, en el Reglamento de Arbitraje entonces vigente del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”. Revista MARC, segunda edición 2019, página 9.

² Traducción libre de artículo publicado en <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783112319079-008/html>

“Artículo 41. Presentación previa del Laudo

41.1. Antes de que el Laudo sea depositado y salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral deberá presentarlo a la consideración de éstas y del Director Ejecutivo del CEDCA quienes, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrán, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción del Laudo, hacer observaciones sobre puntos de forma o relacionados con el fondo de la controversia. Los escritos de observaciones de las partes deberán ser enviados por correo electrónico al Director Ejecutivo del CEDCA, quién se encargará de enviarlos al Tribunal Arbitral y a las partes, para que éstas, a su vez, puedan expresar oralmente sus comentarios en una audiencia que fije el Tribunal Arbitral.

41.2. Vencido el plazo a que se refiere el numeral anterior sin que las partes o el Director Ejecutivo del CEDCA hubieren hecho observaciones, el Laudo se considerará como definitivo y será de obligatorio cumplimiento.

41.3. Si las partes o el Director Ejecutivo del CEDCA hubieren hecho observaciones con motivo de la presentación previa, y si el Tribunal Arbitral las considera procedentes, éste publicará un Laudo definitivo con las aclaratorias, ampliaciones o correcciones que juzgue convenientes, dentro de un plazo que no excederá de los cinco (5) días hábiles a partir de la audiencia a que se refiere el artículo 41.1 de este Reglamento.

41.4. El conocimiento previo del Laudo conforme a lo previsto en este artículo, no constituirá causa de recusación de los árbitros.”

Es llamativo que se haya elegido la modalidad de audiencia oral para que las partes expresen sus observaciones al borrador de laudo presentado por los árbitros. Es inevitable la tentación de pensar que la parte no favorecida en dicho borrador utilice esa audiencia para tratar de convencer a los árbitros del error que cometen al no concederle la razón. Sin embargo, insistimos en que esa aspiración no pareciera asidero en el artículo 42 del Reglamento CEDCA.

En efecto, la mencionada disposición señala que la aceptación por parte de los árbitros de las observaciones que formulen las partes o el Director Ejecutivo del CEDCA al borrador del laudo presentado sólo podría generar “aclaratorias, ampliaciones o correcciones” que los árbitros juzguen convenientes hacer al borrador. La interpretación del artículo sugiere que los árbitros no deben modificar el dispositivo del laudo como consecuencia de las observaciones hechas al borrador presentado.

Por tal motivo, es lógico suponer que la elección de la modalidad de audiencia oral para formular a los árbitros observaciones al borrador de laudo presentado busca hacer más dinámico el intercambio de opiniones, razonamientos y explicaciones necesarias para cumplir los objetivos de esta figura, a los cuales se hará referencia en el subcapítulo siguiente.

La previsión incluida en el artículo 41.4 es indudablemente oportuna e importante, tomando en cuenta las especiales características de la presentación previa del laudo en el Reglamento CEDCA. El Reglamento ICC sólo establece, como veremos más adelante, una presentación del laudo a la Corte Internacional de Arbitraje, no a las partes. En consecuencia, es lógico que el Reglamento ICC no haya considerado necesario hacer advertencias en cuanto a la posibilidad de recusar a los árbitros por efecto de la presentación del laudo. Haber decidido que las partes también merecían conocer el

contenido del laudo antes de su publicación, como lo hizo el CEDCA, ameritaba descartar la posibilidad de que tal prerrogativa fuese usada como excusa para recusar a los árbitros y evitar de esa manera la publicación y depósito de un laudo que el recusante ya sabría que le es desfavorable.

2. ¿Para qué sirve la presentación previa del laudo?

El hecho de que la presentación previa del laudo no sea una actuación común en los Reglamentos de Arbitraje conocidos, al menos no en los términos planteados en el Reglamento CEDCA, genera legítimas dudas en cuanto a su utilidad o, al menos, a su conveniencia. Sin embargo, debe concluirse que la forma en que la presentación del laudo está regulada en el Reglamento CEDCA ofrece dos ventajas: una obvia y una implícita.

La ventaja obvia es la de permitir una depuración del laudo antes de su depósito y notificación a las partes. El factor humano incide incluso en la obra del árbitro más preparado y diligente, por lo que fallas y pifias son no solo comprensibles, sino también previsibles. Conceder a las partes y a la Dirección Ejecutiva del CEDCA la posibilidad de advertir a los árbitros de cualquier error u omisión que tenga el borrador que prepararon no sólo garantiza la emisión de un laudo absolutamente coherente con lo ocurrido durante el procedimiento (asegurando la efectiva tutela jurisdiccional y blindando el laudo frente a un eventual recurso de nulidad) sino que permite agilizar el procedimiento reduciendo la posibilidad de solicitudes posteriores de aclaratoria, correcciones o interpretaciones que puedan ameritar incluso un laudo adicional.

La ventaja implícita es la de fomentar un arreglo entre las partes, tardío, pero no extemporáneo. A ambas partes conviene esta posibilidad: al futuro vencedor le atraerá la idea de recibir lo más temprano posible lo otorgado por el laudo sin esperar los trámites y costos de eventuales procedimientos de ejecución o recursos de nulidad. Por su parte, para el futuro vencido es una oportunidad de negociar condiciones más ventajosas para cumplirle al vencedor (disminución del monto condenado, pago en partes o cuotas, dación en pago, etc.). Este acuerdo también permitiría pactar lo relativo a las costas del arbitraje.

Nada impide que las partes puedan transar la controversia arbitral luego de la presentación previa del laudo. Al contrario, el artículo 44 del Reglamento CEDCA permite la transacción "durante las actuaciones arbitrales" y no hay duda de que la presentación del laudo es una actuación arbitral. En consecuencia, la presentación del laudo puede abrir la puerta para que el laudo definitivo del procedimiento no sea el presentado previamente a las partes sino uno que refleje los acuerdos alcanzados por las partes luego de esa presentación.

Es ilustrativa en este sentido la exposición de motivos de la primera versión del Reglamento CEDCA, que se refiere en estos términos a la presentación del laudo:

“...antes del pronunciamiento del laudo y a los fines de corregir o evitar cualquier error, los árbitros deben presentar a las partes el proyecto de laudo para que éstas, en acto oral, discutan las observaciones que consideren pertinentes o inclusive celebren una transacción antes de la publicación del laudo. Este mecanismo que pretende una sentencia más justa, tiene alguna similitud con el procedimiento cada vez más popular en Alemania, denominado *Stuttgarter Modell*, el cual logra decisiones que las partes comprenden y más frecuentemente aceptan sin necesidad de recurrir contra ellas.”

Aún cuando, como ya ha sido expresado, la presentación del laudo en la forma en que está establecido en el Reglamento CEDCA no parece coincidir exactamente con los objetivos del *Stuttgarter Modell*, lo expuesto en la exposición de motivos de dicho Reglamento confirma que la intención del CEDCA al incorporar esta figura es la de perfeccionar en la mayor medida posible el laudo definitivo para reducir las posibilidades de impugnarlo.

La presentación del proyecto de laudo para su examen previo prevista en el Reglamento ICC pareciera tener una finalidad distinta. A ello se hará referencia en el subcapítulo siguiente.

3. Acuerdo de partes sobre presentación del laudo. Diferencia con la presentación previa del Reglamento ICC

El artículo 41 del Reglamento CEDCA permite que las partes acuerden excluir de su arbitraje a la presentación previa del laudo. Esta previsión determina la diferencia primordial entre la figura de la presentación del laudo reglada por el Reglamento CEDCA del requisito de examen previo del proyecto de laudo establecido en el Reglamento ICC.

El artículo 34 del Reglamento ICC establece la obligación de los árbitros de presentar a la Corte Internacional de Arbitraje el proyecto de laudo para su examen y aprobación, algo que debe ocurrir antes de que el laudo sea dictado, notificado y depositado. De hecho, una vez declarado el cierre de la instrucción, los árbitros están obligados a informar a la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje la fecha en que presentarán el proyecto del laudo para su examen y aprobación (artículo 27(b) del Reglamento ICC).

La redacción de ambas normas mencionadas no deja lugar a dudas: la presentación previa del laudo a la Corte Internacional de Arbitraje es una obligación ineludible para los árbitros y no relajable por las partes. Y también es evidente que dicha presentación debe hacerse sólo a la Corte Internacional de Arbitraje, no a las partes. Estas son las dos diferencias que existen entre la presentación del laudo regulada por el Reglamento CEDCA y la presentación del laudo del Reglamento ICC.

Y esas diferencias nos permiten concluir que los objetivos que persigue la presentación del laudo en el Reglamento ICC no coinciden con los objetivos que pretende el Reglamento CEDCA con dicha presentación previa, a los cuales se hizo referencia anteriormente. Es evidente que en el Reglamento ICC la presentación del laudo es una

herramienta de control utilizada por la Corte Internacional de Arbitraje. Tan cierta es esta afirmación que la Corte Internacional de Arbitraje podrá reducir el monto de los honorarios de los Árbitros en caso de que excedan el plazo previsto para presentar el proyecto del laudo³. La proporción de esa reducción dependerá del tiempo de retraso en la presentación del proyecto.

Es cierto que el Reglamento ICC deja en claro que las observaciones que haga la Corte Internacional de Arbitraje, aunque puedan referirse a puntos relacionados con el fondo de la controversia, deberán respetar “la libertad de decisión del tribunal arbitral”. En esto coincide el Reglamento CEDCA, que también permite al Director Ejecutivo del CEDCA y a las partes hacer observaciones “relacionadas con el fondo de la controversia”. Pero la Corte Internacional de Arbitraje se arroga la facultad de “aprobar” el laudo como condición necesaria para su promulgación, facultad que el Reglamento CEDCA no le confiere al Centro que administra el arbitraje.

En efecto, la redacción del artículo 41.3 del Reglamento CEDCA permite interpretar que los árbitros tienen la opción de desechar, si no las considera procedentes, las observaciones que haga el Director Ejecutivo del CEDCA (y las partes) al borrador del laudo que le fue presentado y aún así el laudo podrá ser dictado, depositado y notificado a las partes. No existe la condición de aprobación por parte del CEDCA, condición que claramente se exige en los procedimientos bajo reglas ICC para que el laudo pueda ser dictado.

Ahora bien, la parte final del artículo 34 del Reglamento ICC parece atenuar esta aprobación al limitarla a los temas de forma del laudo. Por argumento en contrario, podría sostenerse entonces que la no concordancia de los árbitros con las observaciones de fondo que la Corte Internacional de Arbitraje haga al proyecto no facultarían a la Corte para negar la aprobación del laudo. Pero siguiendo el mismo razonamiento lógico, debe concluirse también que las observaciones de forma que la Corte haga al proyecto sí son vinculantes para los árbitros y mientras no sean acatadas por éstos, el laudo no será aprobado.

En todo caso, es significativo el hecho de que el Reglamento ICC no haya previsto la presentación del laudo a las partes y la haya limitado a la Corte Internacional de Arbitraje, mostrando quizás de esta forma la Corte Internacional de Arbitraje su opinión contraria a la conveniencia de permitir a las partes conocer el contenido del laudo antes de ser dictado. El CEDCA sí lo consideró apropiado, pero, mostrando justa prudencia, lo sometió a la voluntad de las partes: la presentación previa del laudo a las partes y al Director Ejecutivo del CEDCA podrá ser obviada si las partes así lo acuerdan.

³ Librería Digital de la ICC. “NOTA A LAS PARTES Y AL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LA CONDUCCIÓN DEL ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL REGLAMENTO”. Nota 94. https://library.iccwbo.org/content/dr/PRACTICE_NOTES/SNEC_0018_ES.htm?1=Practice+Notes&l2=

En consecuencia, las partes podrán acordar en la cláusula arbitral que el laudo no sea previamente presentado antes de su depósito y notificación. De hecho, nada impide que el acuerdo para suprimir la presentación del laudo pueda alcanzarse luego de firmada la cláusula arbitral, en el mismo transcurso del procedimiento de arbitraje e, incluso, luego del cierre de la instrucción. Creemos, sin embargo, que suprimir la presentación del laudo no es una facultad de los árbitros: el artículo 41 del Reglamento CEDCA sólo reconoce tal decisión a las partes.

La sugerencia implícita que hace el Reglamento CEDCA a las partes es sensata: si consideran que el conocimiento previo del contenido del laudo va a generar más problemas que ventajas, mejor acuerden descartar esa posibilidad e instruir a los árbitros que, luego del cierre de la instrucción, publiquen y notifiquen el laudo sin presentarlo previamente. Esta sugerencia debe ser cuidadosamente valorada por las partes y sus apoderados antes de iniciar el procedimiento arbitral o en cualquier momento en que se encienda alguna alarma relacionada con la presentación previa del laudo.

4. Uso indebido de la presentación previa del laudo

Los malos presagios sobre el uso inadecuado de la presentación del laudo en arbitrajes administrados por el CEDCA parecían, luego de tantos años, ser infundados. Desafortunadamente se convirtieron en realidad con ocasión al procedimiento de arbitraje seguido por Modexel Consultores e Servicios, S.A., contra Alimentos Polar Comercial, C.A., sustanciado bajo el expediente N° 145-18 del CEDCA. Los hechos a los que se hará referencia a continuación se convirtieron en públicos, desatendiendo la confidencialidad del arbitraje, en virtud de las acciones judiciales ejercidas por una de las partes que originaron la formación de expedientes de acceso público en tribunales de jurisdicción ordinaria.

En dicho procedimiento el Tribunal Arbitral presentó a las partes y al Director Ejecutivo del CEDCA el borrador del laudo en audiencia celebrada el 9 de enero de 2020. Dicho borrador reveló un dispositivo que declaraba con lugar la pretensión de indemnización de daños sometida a arbitraje. A partir de ese momento la demandada Alimentos Polar Comercial, C.A., consideró que el ejercicio de acciones judiciales no previstas ni en el Reglamento CEDCA, ni en la Ley de Arbitraje Comercial, ni en texto legal alguno que regule al arbitraje en Venezuela, serían opciones válidas para impugnar lo decidido por los árbitros aún antes de que el laudo fuera publicado. Incluso antes de agotar la vía ordinaria del recurso de nulidad. Tres fueron los recursos judiciales ejercidos en distintas fechas y a los que se hará referencia a continuación.

4.1. El Avocamiento

El 10 de febrero de 2020 Alimentos Polar Comercial, C.A., presentó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia una solicitud de avocamiento. En términos generales, el solicitante alegó que el borrador del laudo presentado por el Tribunal

Arbitral a las partes y al Director Ejecutivo del CEDCA contenía violaciones de orden público generadas por “excesos que habrían llevado a la desnaturalización del Tribunal Arbitral”. Con fundamento en esa circunstancia, se solicitó a la Sala Constitucional, mediante la figura del avocamiento, asumir el conocimiento de la controversia ventilada en el arbitraje. Esta fue, pues, una solicitud expresa de desconocimiento del principio Competencia-Competencia.

Resulta particularmente llamativo el alegato que se hace en la solicitud de avocamiento, específicamente en su página 13, en cuanto a que la solicitud de avocamiento debería ser declarado procedente en virtud de que “según la vetusta normativa procesal el único mecanismo adjetivo con que se cuenta lo constituye el así llamado recurso de nulidad con unas “taxativas” y “limitativas” causales (una vez esté publicado el laudo definitivo). Como se sabe, prácticamente se trata de un recurso de carácter excepcional, pero además que el juez ordinario que conocería de la eventual nulidad del laudo no puede entrar al fondo del asunto, limitándose solo a declarar nulo o no el laudo (...) exponiendo a nuestra representada a seguir afectada a las consecuencias excesivas del eventual laudo”.

Dicho de otra forma, el solicitante reconoce que su intención era atacar los razonamientos jurídicos aplicados por los árbitros en el borrador del laudo mediante un recurso de impugnación que permitiera a un tribunal ordinario revisar el mérito de lo decidido y revocarlo o dejarlo sin efecto. Entendiendo que tal objetivo no lo lograría con el recurso de nulidad (o con ningún otro recurso propio del arbitraje ya que, pues bueno, la intención del arbitraje es excluir la posibilidad de que la controversia sea revisada o decidida por los tribunales ordinarios) acudió a la vía del avocamiento con la esperanza de invalidar aquella voluntad que inicialmente había manifestado en el compromiso arbitral.

Que los fundamentos del avocamiento se refieren exclusivamente al desacuerdo del solicitante con el criterio jurídico de los árbitros lo demuestra la propia narración de vicios contenida en la solicitud: quejas sobre la valoración de las pruebas, descontento con la interpretación de algunas normas jurídicas y con la omisión de aplicación de otras, incredulidad ante el hecho de que los árbitros no advirtieran que la causa del incendio que fundamentó la pretensión indemnizatoria es atribuible a la demandante y no al demandado, reclamo ante la forma en que los árbitros establecieron el pago de las costas, etc. De esta forma nos percatamos que la solicitud de avocamiento se fundamenta en la insatisfacción que sintió el solicitante con el criterio jurídico de aquellos mismos árbitros que había considerado idóneos para aplicar sus criterios jurídicos a la controversia.

El 20 de febrero de 2020 la Sala Constitucional admitió la solicitud de avocamiento, ordenando la suspensión de actos procedimentales y de ejecución en el arbitraje y la remisión del expediente, por parte del CEDCA, a la Sala Constitucional. Dicha decisión obedece a que es necesario para la Sala “revisar todo lo acontecido en el expediente

145-18” para dictar un pronunciamiento definitivo respecto del avocamiento solicitado. Esta decisión no fue otra cosa que la simple aplicación de lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, desde esta fecha el procedimiento arbitral quedó en suspenso hasta tanto la Sala Constitucional dictara la sentencia definitiva sobre el avocamiento solicitado.

Con base exclusivamente en las normas que rigen la figura del avocamiento, esta solicitud estaba condenada al fracaso. Más allá del desprecio que esta solicitud mostraba hacia los elementos esenciales del arbitraje, lo cierto es que claramente no se configuraban los supuestos de ley para su procedencia.

Una lectura concordada de los artículos 106 y 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia evidencia que el avocamiento es un remedio que puede aplicar el Tribunal Supremo de Justicia a una situación de desorden procesal o de “escandalosas” violaciones a la ley generadas por la forma en que un tribunal de instancia esté sustanciando una causa judicial. Para resolver el problema y garantizar que los derechos de las partes involucradas no se vean afectados por la indebida actuación del Juez de instancia que conoce su controversia, el Tribunal Supremo de Justicia, a través de la Sala afín a la materia del juicio, tiene la potestad de arrebatar al Tribunal causante del caos procesal el expediente del juicio y decidir si se lo asigna a otro Tribunal de instancia o se arroga ella misma el conocimiento de la causa.

Para que tal decisión sea tomada, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia exige las siguientes condiciones de procedencia: (i) cuando se constaten graves desórdenes procesales o escandalosas violaciones de ley que perjudiquen la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática, (ii) cuando esos desórdenes o violaciones hayan sido cometidos por un tribunal de instancia de la República, (iii) cuando contra esos desórdenes el solicitante haya reclamado sin éxito ante el tribunal de instancia en contra de esos desórdenes o violaciones a través de los medios ordinarios, y (iv) cuando el avocamiento se solicite a la Sala con competencia afín a la materia que se discute en la controversia.

Pues bien, las denuncias hechas por el solicitante al requerir el avocamiento no constituyen ni graves desórdenes procesales ni escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico. Mucho menos perjudican la imagen del Poder Judicial, ya que el tribunal arbitral no forma parte de dicho Poder. Huelga decir que una causa judicial donde se discute la indemnización de daños entre dos personas jurídicas privadas tampoco atenta contra la paz pública ni la institucionalidad democrática. Las denuncias hechas en la solicitud de avocamiento se limitan a cuestionar el criterio jurídico de los árbitros expresado en el borrador del laudo. Árbitros que, por cierto, no conforman un tribunal de instancia de la República, por lo que tampoco se cumple el segundo requisito del avocamiento.

Asimismo, el solicitante no reclamó ante el tribunal arbitral los supuestos desórdenes y violaciones que alega en su solicitud mediante el uso de los medios ordinarios (de hecho, reconoce no haberlo hecho y explica las razones que, a su juicio, justifican esa omisión). Finalmente, la Sala a la cual se le solicitó el avocamiento (Sala Constitucional) no es competente para conocer demandas de indemnización de daños y perjuicios, por lo que es evidente que no podría avocarse al conocimiento de la controversia ventilada en el arbitraje. No cumplía, por tanto, la solicitud de avocamiento con ninguna de las condiciones de procedencia establecidas en la ley.

Afortunadamente, luego del sobresalto inicial generado por la admisión de la solicitud de avocamiento, la Sala Constitucional concluyó, mediante sentencia de fecha 30 de abril de 2021, que dicho avocamiento era improcedente, ordenando la devolución del expediente al CEDCA para la continuación del procedimiento de arbitraje⁴. En el mismo sentido de las sentencias dictadas en los últimos años que reivindicar al arbitraje como medio de resolución de controversias, la Sala expresó en esta sentencia que el tribunal arbitral no es un tribunal de inferior jerarquía ni subordinado al Poder Judicial, reconociendo las diferencias existentes entre la jurisdicción alternativa arbitral y la jurisdicción ordinaria. Por esta razón, no resulta procedente que el Tribunal Supremo de Justicia se avoque al conocimiento de una controversia sometida a arbitraje.

Afirma también la Sala en su sentencia que un borrador del laudo no puede concretar violaciones de orden constitucional, que habría que esperar en todo caso a que los árbitros decidieran si acogen o no las observaciones manifestadas por las partes para, luego de dictado el laudo definitivo, hacer uso de los medios de impugnación adecuados contra dicho laudo. De esta forma, la Sala Constitucional ratifica que los recursos propios de procedimientos judiciales (como el avocamiento) no son admisibles en el arbitraje.

4.2. Primer Amparo

Luego de desechado el avocamiento solicitado y reactivado el procedimiento ante el CEDCA, la demandada recusó a los tres árbitros que presentaron el borrador del laudo, alegando que los árbitros habrían emitido críticas públicas contra la solicitud de avocamiento lo cual, a juicio de la demandada, comprometería su imparcialidad para decidir el arbitraje.

Valga recordar en este punto que el artículo 41.4 del Reglamento CEDCA dispone que no serán aceptadas recusaciones contra los árbitros por causas relacionadas con la presentación previa del laudo. Tomando en cuenta que el avocamiento surgió como consecuencia de la presentación previa del laudo y que la demandada fundamentó sus

⁴ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>

recusaciones en supuestas conductas vinculadas con dicho avocamiento, luce inevitable concluir que en este caso aplica la prohibición del mencionado artículo 41.4.

En cualquier caso, no parece coherente pretender recusar a los árbitros luego de conocer cómo van a decidir en el procedimiento, mucho menos si las razones aducidas para fundamentar la recusación ocurrieron luego de que los árbitros presentaran su laudo a las partes.

Como era de esperarse, el Directorio del CEDCA desechó la recusación mediante providencia de fecha 24 de junio de 2021, por lo que los árbitros dictaron el laudo definitivo el 29 de junio de 2021. Pues bien, el 6 de julio de 2021 la demandada intentó un amparo constitucional contra el Directorio del CEDCA y contra los árbitros solicitando la nulidad de la decisión que desechó la recusación de los árbitros y la nulidad del laudo dictado por los árbitros.

En su amparo, la demandada alega la violación de su derecho a ser juzgado por su juez natural, cuestionando la idoneidad de los árbitros para ser considerados con tal carácter. En otras palabras, la demandada afirmó que no son idóneos ni pueden ser considerados sus jueces naturales aquellas personas que previamente había elegido como los más preparados para resolver su controversia.

El conocimiento de este amparo correspondió al Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que el 22 de julio de 2021 dictó sentencia definitiva declarándolo inadmisibile⁵. Esta sentencia reivindica los principios generales de reconocimiento del arbitraje como mecanismo constitucional de resolución de controversias no sometido al tutelaje del Poder Judicial, por lo que concluye expresando que la demandada debe hacer uso del recurso establecido en la ley para impugnar el laudo si así lo considera necesario. Es destacable la referencia que la sentencia hace al principio de mínima intervención judicial en el arbitraje.

4.3. Segundo Amparo

Luego de conocida la sentencia que desechó su primer amparo, Alimentos Polar Comercial, C.A., consideró que aún tenía motivos para solicitar una protección constitucional y continuar atacando el arbitraje en el que estaba participando. Por ello, el 29 de julio de 2021 intentó un segundo amparo contra el laudo dictado el 29 de julio de 2021 y contra la decisión del tribunal arbitral de ordenar una experticia complementaria del fallo. La demandada afirma que la actuación del tribunal arbitral cesó con la emisión del laudo en la fecha mencionada y que todo lo que deba ocurrir

⁵ [http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/JULIO/2143-22-AP71-O-2021-000017-0039-2021\(DEF\).HTML](http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/JULIO/2143-22-AP71-O-2021-000017-0039-2021(DEF).HTML)

Si bien este segundo amparo no constituye una acción directa contra la presentación previa del laudo sino un recurso intentado con base en diferentes violaciones constitucionales supuestamente ocurridas luego del rechazo del avocamiento y del primer amparo, omitir mencionarlo en este trabajo constituiría una falla en el análisis integral del caso.

El conocimiento de este segundo amparo correspondió al Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas cuyo Juez, valga decir, había dictado previamente al menos una sentencia en la que expuso criterios abiertamente críticos contra el Reglamento CEDCA y contra el propio CEDCA y sus autoridades, cuestionando incluso su funcionamiento⁶. Esta circunstancia, en opinión de quien suscribe, comprometía la competencia subjetiva del Juez para conocer este nuevo amparo contra el CEDCA y ha debido ser invocado como motivo de inhibición.

Este segundo amparo fue declarado con lugar mediante sentencia de fecha 13 de agosto de 2021⁷, más adelante se hará referencia a lo ordenado en el dispositivo. Vale la pena mencionar algunas de las afirmaciones contenidas en la sentencia y que ya presagiaban el desenlace comentado. La primera de ellas es la siguiente: “los árbitros debieron haber concluido sus funciones arbitrales en el momento en que fue dictado el laudo de fecha 29 de junio de 2021, con lo que conforme esta tesis desde esa fecha en adelante iniciaría la etapa de ejecución del laudo, funciones reservadas al poder judicial” y más adelante complementa esta idea aseverando que “el Tribunal Arbitral al tramitar lo referente a la experticia acordada en el mismo Laudo Arbitral, efectúa actos de ejecución de su fallo de fecha 29 de junio de 2021 y así se declara”. Es decir, en criterio del juez del amparo un tribunal arbitral no puede tramitar una experticia complementaria del fallo ordenada en el laudo definitivo porque dicha experticia sería, en su opinión, un acto de ejecución del laudo arbitral que está reservado a la jurisdicción ordinaria.

Semejante afirmación contraría todos los elementos que definen a la figura e la experticia complementaria del fallo. El propio artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, reiteradamente citado en la sentencia de este amparo, establece que la experticia complementaria del fallo “se tendrá como complemento del fallo”. ¿Cómo podría sostenerse lógicamente que los árbitros no puedan tramitar un acto que necesariamente va a complementar y formar parte del laudo que les corresponde dictar? ¿Cómo puede catalogarse como un acto de ejecución del laudo aquel que es definido como un acto que complementa y forma parte del laudo? El simple nombre de esta experticia basta para cuestionar este criterio del tribunal del amparo.

⁶ <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/MAYO/2144-4-AP71-R-2021-000008-.HTML>

⁷ <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/AGOSTO/2144-13-AP71-R-2021-0000018-.HTML>

Con fundamento en que la tramitación de la experticia complementaria del fallo es un acto de ejecución del laudo que no podían realizar los árbitros y que debía ser tramitado por un tribunal ordinario, este segundo amparo fue declarado con lugar y, en consecuencia, se ordenó a los árbitros abstenerse de tramitar la experticia complementaria ordenada en el laudo definitivo.

Además, el tribunal del amparo ordenó a los árbitros notificar a las partes del laudo dictado el 29 de junio de 2021 con la expresa mención de que, a partir de dicha notificación, comenzaría a correr el plazo para la interposición del recurso de nulidad contra el laudo. Lapso que, según fue alegado por la demandante en el arbitraje, ya habría vencido sin que la demandada hubiese ejercido el recurso.

CONCLUSIONES

La figura de la presentación previa del laudo, tal como ha estado regulada en todos los Reglamentos CEDCA hasta la fecha, representa una incorporación innovadora y de vanguardia. Quizás, en demasía.

Es un aporte interesante que reivindica al extremo la esencia del arbitraje: las partes confían tanto en el criterio e imparcialidad de los árbitros que eligieron para resolver su controversia que se permiten la licencia de conocer de antemano la decisión que tomarán para, o bien decidirse a finalmente acordar una solución al conflicto sin esperar el laudo definitivo, o bien tratar de corregir algún error particular en el que crean que han podido incurrir los árbitros para de esa forma blindar el laudo.

El reto se planteaba claramente: evitar el uso ventajista de la presentación previa del laudo. Bajo ningún concepto conocer la decisión de los árbitros antes de la publicación del laudo podría motivar a las partes a intentar atacar el procedimiento con acciones que pretendieran, precisamente, evitar que dicha decisión se formalizara mediante la publicación del laudo.

Incluso en aquellos casos en los que la parte que apareciera no favorecida en el borrador presentado por los árbitros creyera que dicho borrador evidenciara la configuración de alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, debe esperar el momento en que la ley le permita ejercer dicho recurso y no tratar de denunciar esas causales mediante acciones ejercidas antes de la publicación del laudo.

No me abstraigo de la obligación que tenemos los abogados de defender los intereses de nuestros clientes. Faltaba más. Pero tampoco olvido que dicha obligación, como invariablemente repetían mis profesores de la carrera, es de medios, no de resultado. La obligación de aplicar diligencia, cuidado y pericia a una labor tiene sus límites en la legitimidad de los medios que se aplican, realidad que adquiere mayor dimensión

en los casos en que la resolución del problema que afecta al cliente depende de un procedimiento cuya administración, reglas, límites y autoridades fueron libremente elegidas y establecidas por el propio cliente y sus abogados.

Dicho de otra manera: si la controversia fue resuelta usando el procedimiento y reglas que las partes eligieron y por aquellas personas que las partes consideraron idóneas para resolverla, negarse a aceptar el resultado luce poco razonable, aun cuando el resultado no satisfaga nuestras aspiraciones. Porque en este caso sólo pudo pasar una de dos cosas: o elegí mal a los árbitros y/o a las reglas aplicadas al procedimiento, o mi interpretación jurídica del conflicto no es la acertada. El sistema nada tuvo que ver con el resultado.

BIBLIOGRAFÍA

- Juzgado Séptimo Superior en lo Civil, Mercantil, Transito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. CARROFERTA MEDIA GROUP C.A. vs. TRIBUNAL ARBITRAL DE URGENCIA, integrado por el Arbitro, ciudadano CARMINE A. PASCUZZO S. AMPARO CONSTITUCIONAL. Sentencia del 04 de mayo del 2021. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/MAYO/2144-4-AP71-R-2021-000008-.HTML>
- Juzgado Séptimo Superior en lo Civil, Mercantil, Transito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. ALIMENTOS POLAR COMERCIAL, C.A. vs. GUILLERMO GORRÍN, PEDRO RENGEL y VLADIMIR FALCÓN. AMPARO CONSTITUCIONAL. Sentencia del 13 de agosto del 2021. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/AGOSTO/2144-13-AP71-R-2021-0000018-.HTML>
- Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. ALIMENTOS POLAR COMERCIAL, C.A. vs. DIRECTORIO DEL CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (CEDCA). AMPARO CONSTITUCIONAL. Sentencia del 22 de julio del 2021. Disponible en: [http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/JULIO/2143-22-AP71-O-2021-000017-0039-2021\(DEF\).HTML](http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/JULIO/2143-22-AP71-O-2021-000017-0039-2021(DEF).HTML)
- Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial Nro. 36.430 del 7 de abril de 1998.
- Ley modelo de arbitraje comercial internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL, 1985, con enmiendas aprobadas en 2006.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. ICC. 1° de marzo de 2017.
- Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. 1° de febrero de 2013.
- Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Caracas, 2013.
- Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. MARC, segunda edición 2019. Disponible en: https://issuu.com/cedca/docs/marc_iiedicion_f
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. ALIMENTOS POLAR COMERCIAL, C.A. Solicitud de avocamiento. Sentencia del 30 de abril de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>