

Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

Nro. 4

2023



ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE
ARBITRAJE





Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

Nro. 4 - 2023

Caracas - Venezuela
2024

ANUARIO VENEZOLANO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL

© Asociación Venezolana de Arbitraje.

RIF: J-40256726-0

Reservados todos los derechos.

Depósito Legal N°: DC2020000853

ISSN: En trámite.

El Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional es una publicación de la Asociación Venezolana de Arbitraje editada en Caracas – Venezuela, de carácter científico, arbitrada, abierta, de frecuencia anual, especializada en medios alternativos de resolución de controversias con énfasis en arbitraje, que cuenta con una versión electrónica de acceso abierto y gratuito, y con una edición impresa de tapa blanda, cuya comercialización genera fondos que son invertidos para garantizar la mejora continua del Anuario.

La Asociación Venezolana de Arbitraje no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados en la obra. El contenido de cada artículo es responsabilidad única y exclusiva de su autor.

Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 4 - Año 2023

Publicación de la convocatoria: 10/7/2023.

Recepción de artículos: del 10/7/2023 al 31/10/2023.

Todos los trabajos fueron evaluados mediante arbitraje por pares, doble y ciego

Publicación del Anuario: Marzo, 2024.

Editores: Asociación Venezolana de Arbitraje. RIF: J-40256726-0

Web site: www.avarbitraje.com

E-mail: contacto@avarbitraje.com

Instagram / Twitter / Facebook: @AvArbitraje

Diseño y diagramación:

www.megaeditorial.com / info@megaeditorial.com

Caracas, Venezuela.



Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

Nro. 4 - 2023

Caracas - Venezuela
2024



Consejo Directivo AVA 2023-2025

Presidente: *José Alberto Ramírez*

Vicepresidente de Asuntos Internacionales: *Pedro Rengel Nuñez*

Vicepresidente de Asuntos Nacionales: *Adolfo Hobaica*

Vicepresidente de Asuntos Académicos: *Mario Bariona G.*

Director Ejecutivo: *Ana Karina Calderín Rodríguez*

Tesorero: *Alejandro I. Ramírez Padrón*

Vocal por las Asociaciones Extranjeras: *José Antonio Elíaz*

Vocal por los profesores de MARC: *Diego Thomás Castagnino*

Vocal por las instituciones o centros de arbitraje: *María Alejandra González Yanes*

Vocal por las instituciones o centros de arbitraje: *Euribel Canino*

Vocal por los Sectores Vinculados: *Wilfredo José Monsalve García*

Vocal por los Usuarios: *Ramón Escovar Alvarado*

Coordinador del Capítulo Internacional: *Ricardo Santiago Chirinos Trigueros*

Vocal por los Estudiantes: *Leisbeth Berrios*

Consejo Editorial del Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional 2023-2025

Director-Editor: *José Antonio Elíaz*

Subdirector: *Diego Castagnino*

Secretario: *Edgar Berroterán*

Consejo Asesor Académico: *Carlos Sarmiento Sosa (Presidente del Consejo Asesor Académico), Alvaro Badell, Irene Loreto, Adolfo Hobaica, Fernando Sanquírico, Carmine Pascuzzo y Magdalena Maninat*

Coordinadores: *Rafael Olivar, Jorge Henriquez, Araelizabeth Guerrero y Fernando León Poleo*

Índice

Presentación y agradecimientos	7
--------------------------------	---

ARTÍCULOS - AUTORES INVITADOS

La conexión inevitable entre el arbitraje y el poder judicial Adolfo Hobaica VENEZUELA	13
Visión jurisprudencial sobre el arbitraje y demás medios de autocomposición procesal a la luz de la jurisprudencia del TSJ del año 2022/2023 Álvaro Badell Madrid VENEZUELA	33
Una aproximación a la teoría jurídica del arbitraje desde una concepción liberal Diego Tomás Castagnino VENEZUELA	57
¡Independencia arbitral! Contra el imperio hegemónico de la justicia ordinaria Rodrigo Farías Díaz y Fernando Sanquírigo Pittevil VENEZUELA	75
La mediación y sus tendencias en múltiples ámbitos Fred Aarons VENEZUELA	91
La regulación del monto de los alquileres comerciales y el arbitraje Irma Isabel Lovera De Sola VENEZUELA	111
Percepciones y realidades del procedimiento arbitral en la práctica latinoamericana José Gregorio Torrealba R. VENEZUELA	129
¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental? Victor Hugo Guerra H. VENEZUELA	145

Anti-suit injunctions en el sistema cautelar arbitral venezolano: ¿realidad o quimera? Wilfredo Monsalve García VENEZUELA	161
ARTÍCULOS - AUTORES PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA	
Cautelar anticipada judicial en arbitraje independiente con autoridad nominadora designada José Armando Sosa Ochoa VENEZUELA	191
Competencias de arbitraje: Importancia en la adquisición de habilidades profesionales Edgar Berroterán VENEZUELA	211
El arbitraje de marcas según el Derecho español (Ejemplo a seguir por el derecho marcario venezolano) Joaquín Gonçalves do Espirito Santo ESPAÑA	221
Implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los centros de arbitraje venezolanos María Gabriela Goncalves De Sousa VENEZUELA	243
The trend of delocalization in arbitration Cindy Di Felice VENEZUELA	261
El Fenómeno de la Constitucionalización del Arbitraje: Un examen sobre sus efectos Sebastian J. Zabaleta y Raul A. Ruiz Aguirre VENEZUELA	277
TBIs y Arbitraje de Inversión como Mecanismos de Control del Estado de Derecho Jean Louis Natera Duque VENEZUELA	313
Crónica de la Cuarta Semana del Arbitraje de Caracas José Alberto Ramírez León VENEZUELA	327
.....	
Normas y Criterios Editoriales	331

Presentación y agradecimientos

Estimados lectores y colaboradores,

Es con gran satisfacción que presentamos la cuarta edición del Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. En esta ocasión, nos enorgullece destacar la valiosa contribución de diversos expertos en la materia que han enriquecido esta publicación con sus conocimientos y perspectivas.

Tal y como lo establece el Código de Ética y las Normas y Criterios Editoriales del Anuario, se publicó la convocatoria el día 10 de julio de 2023, estableciendo hasta el 31 de agosto de 2023, el plazo para la recepción de artículos. Sin embargo, dicho plazo fue prorrogado hasta el 31 de octubre de 2023.

Posteriormente, se inició con el proceso de revisión de cada uno de los trabajos recibidos mediante arbitraje por pares, doble y ciego.

Queremos expresar nuestro agradecimiento a los autores invitados que generosamente compartieron sus visiones, análisis y experiencias en el ámbito del arbitraje. Su participación ha permitido abordar temas de relevancia y actualidad, brindando a nuestros lectores una visión integral de los desafíos y oportunidades en este campo.

Extendemos nuestro reconocimiento a los autores que respondieron a nuestra convocatoria abierta. La diversidad de enfoques y temas presentados demuestra la riqueza y amplitud de la comunidad arbitral. Agradecemos su dedicación y compromiso con la excelencia académica.

Esta edición también destaca la inclusión de una crónica especial sobre la "cuarta Semana del Arbitraje de Caracas", escrita por el presidente de la Asociación, José Alberto Ramírez León, quien ofrece una narrativa detallada de los eventos, discusiones y logros alcanzados durante este destacado encuentro que se llevó a cabo entre los días 26 y 30 de junio de 2023.

En este sentido, el presente Anuario quedó conformado por los siguientes trabajos:

Autores invitados:

- Adolfo Hobaica : "La conexión inevitable entre el arbitraje y el poder judicial".
- Álvaro Badell Madrid: "Visión jurisprudencial sobre el arbitraje y demás medios de autocomposición procesal a la luz de la jurisprudencia del TSJ del año 2022/2023".
- Diego Castagnino: "Una aproximación a la teoría jurídica del arbitraje desde una concepción liberal".

- Fernando Sanquírigo Pittevil y Rodrigo Farías Díaz: “¡Independencia arbitral! Contra el imperio hegemónico de la justicia ordinaria”.
- Fred Aarons: “La mediación y sus tendencias en múltiples ámbitos”.
- Irma Isabel Lovera De Sola: “La Regulación del Monto de los Alquileres Comerciales y el Arbitraje”.
- José Alberto Ramírez León: “Crónica de la cuarta semana del arbitraje de Caracas”.
- José Gregorio Torrealba R.: “Percepciones y realidades del procedimiento arbitral en la práctica Latinoamericana”.
- Victor Hugo Guerra H.: “¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?”.
- Wilfredo Monsalve García: “*Anti-suit injunctions* en el sistema cautelar arbitral venezolano: ¿realidad o quimera?”.

Autores participantes de la convocatoria:

- José Armando Sosa Ochoa: “Cautelar anticipada judicial en arbitraje independiente con autoridad nominadora designada”.
- Edgar Berroterán: “Competencias de arbitraje: Importancia en la adquisición de habilidades profesionales”.
- Joaquim Gonçalves Do Espirito Santo: “El arbitraje de marcas según el derecho español”.
- María Gabriela Goncalves De Sousa: “Implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los centros de arbitraje”.
- Cindy Di Felice: “The trend of delocalization in arbitration”.
- Sebastian Zabaleta y Raul Ruiz: “El Fenómeno de la Constitucionalización del Arbitraje: Un examen sobre sus efectos”.
- Jean Louis Natera Duque: “TBIs y Arbitraje de Inversión como Mecanismos de Control del Estado de Derecho”.

A lo largo de este Anuario, buscamos proporcionar a nuestros lectores un recurso informativo y reflexivo que fomente el intercambio de ideas y promueva el crecimiento continuo en el campo del arbitraje, a la vez que, contribuya con la doctrina local e internacional en medios alternos de resolución de conflictos.

Queremos expresar nuestro agradecimiento a todos los colaboradores, autores, árbitros revisores y miembros de la Asociación por su dedicación y contribuciones que han hecho posible la realización de esta publicación. Especial agradecimiento al equipo de diseñadores y diagramadores de MEGA Editorial, liderado por el abogado y diseñador gráfico, Juan Marcano.

Esperamos que disfruten de la lectura de esta edición tanto como nosotros disfrutamos su creación.

Caracas, marzo de 2024.

Por el Consejo Directivo de la AVA,

José Alberto Ramírez León
Presidente de la AVA

Por el Consejo Editorial del Anuario Venezolano
de Arbitraje Nacional e Internacional,

José Antonio Eláz
Director-Editor

Diego Castagnino
Subdirector

ARTÍCULOS
Autores invitados

La conexión inevitable entre el arbitraje y el poder judicial

Adolfo Hobaica*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 13-31

Resumen: La obligatoria relación en algunos casos que existe entre la institución del arbitraje comercial con el poder judicial. La imperiosa necesidad de que las instituciones que promueven y administran el arbitraje tengan una relación fluida con los órganos que conforman la jurisdicción ordinaria para que los mecanismos de solución de controversias funcionen de manera armónica y ofrezcan a los justiciables soluciones seguras y transparentes.

Palabras clave: Arbitraje, Jurisdicción, Tutela Judicial Efectiva.

The inevitable connection between arbitration and the judiciary

Abstract: *The mandatory relationship in some cases that exists between the institution of commercial arbitration with the judicial power. The imperative need for the institutions that promote and administer arbitration to have a fluid relationship with the bodies that make up the ordinary jurisdiction so that the dispute resolution mechanisms function in a harmonious manner so that they offer safe and transparent solutions to individuals.*

Keywords: *Arbitration, Jurisdiction, Effective Judicial Protection.*

Autor invitado.

* Abogado en ejercicio. Universidad Santa María (USM) Caracas - Venezuela (1976); Diplôme Supérieure de l'Université de Droit, d'Economie et Sciences Sociales de Paris (1980) Paris II Finances Publiques; Especializado en Derecho Procesal Civil y Mercantil; Integrante de la lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC), del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Caracas (CEDCA), y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA). Presidente de Honor del Capítulo Venezolano del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje (CEIA); miembro fundador y Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

La conexión inevitable entre el arbitraje y el poder judicial

Adolfo Hobaica*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 13-31

Reforzar las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción arbitral, es el camino para lograr que el arbitraje disponga de mayor autonomía e independencia.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. El arbitraje y su relación con la jurisdicción ordinaria en Venezuela y el mundo. 2. La obligatoria relación entre ambas jurisdicciones. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La relación que existe entre la institución del arbitraje comercial y el poder judicial en algunos casos me mueve a abordar en este Anuario N°4 de la Asociación Venezolana de Arbitraje de cuya directiva formo parte, algunas reflexiones sobre este tema fundamental para el arbitraje.

Las instituciones que promueven y administran el arbitraje, están obligadas a tener una relación franca y cercana con los integrantes de la jurisdicción ordinaria, para que los mecanismos de solución de controversias funcionen de manera armónica y ofrezcan a los justiciables soluciones seguras y transparentes.

Este punto ha sido tratado por la doctrina de manera copiosa, sin embargo, existe una matriz de opinión que se ha ido generalizando durante años en la comunidad arbitral, que consiste en aseverar que el arbitraje como medio de resolver controversias, es absolutamente independiente.

Esa aseveración no es correcta por cuanto si bien es cierto que normalmente el fondo de la controversia compete incuestionablemente a los árbitros¹, el tribunal arbitral

* Abogado en ejercicio. Universidad Santa María (USM) Caracas - Venezuela (1976); Diplôme Supérieure de l'Université de Droit, d'Economie et Sciences Sociales de Paris (1980) Paris II Finances Publiques; Especializado en Derecho Procesal Civil y Mercantil; Integrante de la lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC), del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Caracas (CEDCA), y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (CCA). Presidente de Honor del Capítulo Venezolano del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje (CEIA); miembro fundador y Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

¹ "...la pretensión de nulidad de un laudo arbitral se trata de una acción excepcional que sólo puede proceder en los supuestos contenidos en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, orientada a enervar la validez del mismo, ya que su procedencia sólo es posible por motivos taxativos, lo que comporta la imposibilidad de afirmar que tal recurso se constituya en una 'apelación' sobre el mérito del fondo"... Esta manifestación de la Sala Constitucional evidencia que el recurso de nulidad no es

en algunos casos podrá requerir auxilio del poder judicial cuando no tenga facultad para hacer cumplir algunas providencias.²

Del mismo modo, las partes pueden acudir a la jurisdicción ordinaria, si en el proceso se encontraran presentes algunas de las causales previstas en la Ley para que se declare judicialmente la nulidad del laudo o para solicitar su ejecución si fuere el caso.³

Estas intervenciones judiciales en los procedimientos arbitrales no son extrañas a él en el mundo entero, están previstas en la Ley Modelo⁴ y usualmente en los ordenamientos jurídicos de los países donde se contempla el arbitraje comercial como medio alternativo de resolución de controversias.

Es muy posible que estas intervenciones de la jurisdicción ordinaria en el procedimiento arbitral sean vistas erradamente como evitables, debido a que en gran parte de su desarrollo goza de basta autonomía para la realización de sus actos y por ende no requeriría intervención judicial.

Esa relación contractual funciona privada e independiente siempre y cuando, los actos de su procedimiento puedan realizarse sin necesidad de la intervención de la autoridad judicial o sin que alguna de las partes acuda en su búsqueda por algún motivo fundado en la Ley.⁵

El arbitraje comercial como medio de arreglo de disputas entre particulares es un mecanismo que es utilizado desde la antigüedad (siglo IV a.C.), es posible inclusive que existiera aun antes de que la justicia fuese impartida por un funcionario dependiente del estado.⁶

una apelación que pretende que la decisión de fondo de la controversia sea revisada por la autoridad judicial, lo cual concuerda con el principio general que rige el arbitraje en otras jurisdicciones. SCTSJ Sent. 30-11-11 Van Raalte <http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=.../decisiones/scon/noviembre/1773-301111-2011-11-0381.html&palabras=arbitraje%20van%20raalte>

Es importante destacar que en algunas jurisdicciones como la del Perú con un importante desarrollo en arbitraje, está prevista la revisión del fondo de la controversia a través del recurso de apelación ante la jurisdicción ordinaria o ante una segunda instancia arbitral, la cual puede revisar el mérito de la decisión de los árbitros. Artículo 60 de la Ley General de Arbitraje. "Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo."

² Artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. - Artículo 17-H de la Ley Modelo UNCITRAL.

³ Artículos 44 y 49 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. Artículos 35 y siguientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras Nueva York 10 de junio de 1958.

⁴ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

⁵ Esta es precisamente la condición que hace que el arbitraje no pueda gozar integralmente de una independencia que lo distancie totalmente del poder judicial.

⁶ José Eloy Anzola El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Reseña Histórica del Arbitraje Comercial en Venezuela. Pág. 19.

Platón y Aristóteles se referían a la justicia impartida por las partes como la solución más pura para resolver las controversias.

Venezuela históricamente tampoco escapa de la tradición arbitral, según nos refiere igualmente Anzola en su trabajo Historia del Arbitraje Comercial en Venezuela,⁷ durante la colonia se presentaron varios juicios de relevancia donde se resolvieron las controversias a través de arbitraje.

1. El Arbitraje y su relación con la Jurisdicción Ordinaria en Venezuela y el mundo

El arbitraje en Venezuela tiene competencias similares a las del poder judicial, aunque no forma parte del mismo está integrado al Sistema de Justicia de la República por mandato de la constitución⁸, y puede requerir del auxilio judicial para la ejecución de algunos actos.⁹

Prácticamente con algunas excepciones el arbitraje goza de independencia relativa, por cuanto su autonomía absoluta dependerá de la naturaleza de algunos actos que deban realizarse en el proceso y de que las partes no cuestionen la validez del laudo mediante el recurso de nulidad.¹⁰

Los laudos arbitrales nacen ejecutoriados normalmente de conformidad con la Ley aplicable, su ejecución no se suspende, aunque se interponga contra ellos el recurso de nulidad, salvo que se garanticen los daños que su suspensión pudiese ocasionársele a la parte beneficiaria del laudo.¹¹

Esta condición de los laudos es común en gran parte de los países aun cuando contra ellos se hubiese intentado el recurso de nulidad,¹² inclusive fuera del territorio donde fueron dictados y aun si hubiesen sido anulados en el país de la sede.¹³

⁷ José Eloy Anzola El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Reseña Histórica del Arbitraje Comercial en Venezuela. Págs. 37 y siguientes.
<https://hierroarbitration.com/wp-content/uploads/2020/12/El-Arbitraje-en-Venezuela-con-Jesus-Remon-Prologo-compressed.pdf>

⁸ Artículo 258 de la República Bolivariana de Venezuela.

⁹ Artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. A título de ejemplo el artículo 28 del Reglamento de la CCI/ICC, establece en su ordinal 2 la posibilidad de que exista intervención judicial cuando se trate de medidas cautelares antes de instaurado el proceso arbitral o aun después. Igualmente es importante acotar que siendo Francia entre otros un país pro-arbitraje, el artículo 1.492 del Código de Procedimiento Civil Francés contempla el recurso de nulidad de los laudos domésticos y el 1.504 de los laudos internacionales

¹⁰ Álvaro López de Argumedo Piñero Katharine Menéndez de la Cuesta Lamas La Intervención Judicial en el Arbitraje: Análisis de Jurisprudencia Española reciente. Revista N°8 del Club Español del Arbitraje junio 2010. Pág.53
https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/pdfs/sumarios/sumario_sar_8.pdf

¹¹ Artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

¹² Artículo 45 de la Ley de Arbitraje Española, artículo 110 de la Ley de Arbitraje Colombiana, entre otras.

¹³ Fernando Mantilla-Serrano, Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 15-40 (2009).
<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13850>

Es una característica particular de la legislación venezolana, la necesidad de que se constituya una garantía para que el recurso de nulidad sea considerado por el Juez que lo conozca, así no se pida la suspensión de los efectos del laudo.¹⁴

Esta particularidad es comentada por la doctrina nacional.¹⁵

En algunos de los países inspirados en la Ley Modelo¹⁶, la interposición del recurso de nulidad puede dar lugar para que los árbitros revisen su decisión y subsanen algún motivo que pudiese acarrear la anulación del laudo objetado por alguna de las partes.¹⁷

Se trata de un paréntesis que se abre en la oportunidad cuando se propone el recurso de nulidad para evitar la intervención judicial plena, una especie de esfuerzo adicional para tratar de mantener el laudo fuera del ámbito de la jurisdicción ordinaria.

En Venezuela no existe esa modalidad, sin embargo, en el Reglamento del CEDCA¹⁸ se establece que previamente al depósito del laudo, el Tribunal Arbitral deberá presentarlo a la consideración de las partes y del director ejecutivo.

Esta presentación previa del laudo podría asimilarse parcialmente al mecanismo señalado por la Ley Modelo, en cuanto a que los árbitros puedan revisar su laudo después de haberlo concluido, pero antes de que se abra la posibilidad de impugnarlo como lo prevé la ICC/CCI.¹⁹

La finalidad de esta previsión reglamentaria es para que las partes o la Dirección Ejecutiva de buena fe, puedan hacer observaciones de forma o de fondo sobre el contenido del laudo, naturalmente respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral.

Este mecanismo de presentación previa del laudo no se encuentra previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC).²⁰

¹⁴ Artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. En este sentido es importante apuntar que la norma mencionada se refiere a que la falta de constitución de esa garantía es causal para que el recurso sea declarado sin lugar, expresión que no es procesalmente correcta cuando el legislador ha debido utilizar la palabra admisibilidad, sin embargo, el legislador prefirió utilizar la expresión "Si no se presta la caución o no se sustenta el recurso, el tribunal lo declarará sin lugar", es decir, asimiló la falta de caución a la falta de sustentación del recurso.

¹⁵ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial. Pág.541. José Gregorio Torrealba La Impugnación del Laudo Arbitral Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N°160 (enero – junio 2020) Págs. 908 y siguientes. Pedro Rengel Nuñez Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Universidad Monteávila Pág. 1.399. Adolfo Hobaica Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Universidad Monteávila Pág. 1.365. https://www.cierc.com/_files/ugd/d2f4e0_38d0421a9d304d8fab1a74b4e6bb5ab9.pdf?index=true

¹⁶ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/ml-arb-s.pdf>

¹⁷ Artículo 34 numeral 4) de la Ley Modelo (Uncitral); Artículo 101 Ley de Arbitraje Comercial Argentina; Artículo 34 Ley de Arbitraje sobre Arbitraje Internacional Chilena; Artículo 61 Ley de Mediación y Arbitraje Nicaragüense.

¹⁸ Artículo 51 Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)

¹⁹ El Artículo 34 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC), prevé este mecanismo, pero esa presentación se le hace exclusivamente a la Corte de Arbitraje, sin que las partes conozcan el contenido del laudo.

²⁰ Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC).

Por contraste, el reciente Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo (CACCM) si prevé este mecanismo, pero exclusivamente ante Comité Ejecutivo.²¹

Con toda seguridad, la presentación previa del laudo solamente al Comité Ejecutivo como lo contempla el Reglamento de la CACCM, fue para evitar que lo decidido por el tribunal arbitral, diese lugar a una acción judicial prematura para evitar el depósito del laudo.²²

Es indiscutible que esta figura extra juicio requiere de una madurez y de una formación pro-arbitraje de importancia, donde el respeto por la institución y la debida consideración del tribunal arbitral juega un rol preponderante, es allí donde se mide la condición del abogado.

No es fácil decidir si su implementación es nociva para el arbitraje, indiscutiblemente, su existencia permite resolver si es utilizada con cordura, puntos que de solventarse podrían evitar el recurso de nulidad del laudo (intervención judicial) y dar pie a otros mecanismos conciliatorios.²³

Como venimos exponiendo la estrecha relación que existe entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria debido a su propia estructura, en la mayoría de los países del mundo es ineludible, y la supremacía de esta última sobre él es incuestionable.²⁴

Esa preminencia de la jurisdicción ordinaria en algunas áreas procedimentales previstas en la Ley como es natural le genera una limitación y, por ende, al estar sometido al auxilio y control judicial en algunos espacios se le imposibilita su autonomía e independencia plena.

Este auxilio y control referido, se fundamenta en la superioridad que ejerce la jurisdicción ordinaria para darle apoyo a los árbitros en la ejecución de sus decisiones; solventar violaciones a la Ley; sanear el procedimiento o anular el laudo, sostener lo contrario es contra natura.

²¹ Artículo 102 del Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo (CACCM).

²² Avocamiento SCTSJ Sent. 30-04-21 Alimentos Polar
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>

²³ En este punto cabe destacar que el conocimiento que tengan los centros de arbitraje del contenido del laudo antes de su depósito permite la utilización de figuras como las Ofertas Selladas, mecanismo que ha sido creado para fomentar y persuadir las transacciones a nivel internacional cuya utilización está siendo promovida por la ICC/CCI. En su nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con su reglamento, se explica este novedoso procedimiento poco utilizado hasta ahora. Capítulo XX. Literal C Asistencia en la conducción del arbitraje, números 198 a 202. Adolfo Hobaica La Oferta Sellada. Revista de medios alternativos de resolución de conflictos (MARC) mayo 2023. XII Jornadas Anibal Dominici en homenaje a Eugenio Hernández Bretón, Una Cultura Arbitral para Venezuela.
https://issuu.com/cedca/docs/marc_1_2023

²⁴ Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Prologo Jan Paulsson La Simbiosis entre Jueces y Árbitros Un Paso Adelante en América Latina. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5120-arbitraje-comercial-internacional-reconocimiento-y-ejecucion-de-sentencias-y-laudos-arbitrales-extranjeros>

Como se dijo este control jurisdiccional no es extraño, además de ser de orden público en la mayoría de las jurisdicciones, es visto como un remedio contra algunos errores que pueden ser cometidos por los tribunales arbitrales en la solución de las controversias.

La renuncia al recurso de nulidad no está permitida, atípicamente en algunos de estados de Europa su renuncia es factible cuando es expresa, pero no es lo usual, en otros estados solo se permite la renuncia a los no nacionales del país de la sede.²⁵

Podemos afirmar que el control judicial a través del recurso de nulidad a nivel global es la regla y su renuncia la excepción.

2. La obligatoria relación entre ambas jurisdicciones

En el caso de Iberoamérica la existencia del recurso de nulidad en los ordenamientos jurídicos que regulan el arbitraje comercial de cada estado está prevista sin excepción alguna.²⁶

La intervención de las constituciones políticas de los estados en los arbitrajes – domésticos e internacionales – que contemplan los recursos de amparo para solucionar asuntos que se relacionan con la infracción a la tutela jurisdiccional efectiva, es innegable.

Este control jurisdiccional de acuerdo con las estadísticas levantadas en Iberoamérica está presente en cierta medida directa o indirectamente en todas las jurisdicciones.²⁷

Es claro que estos mecanismos constitucionales, son considerados por la comunidad jurídica en arbitraje como medios irregulares de control jurisdiccional, debido a que las causales taxativas previstas para proponer el recurso de nulidad abarcarían este tipo de infracciones.

²⁵ Alejandro Ramírez Padrón Los Recursos de Nulidad interpuestos contra Laudos Arbitrales Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación – JUNIO 2022 – N° 1 Pág. 214

²⁶ Es claro que cuando se trata de arbitrajes de inversión la intervención judicial en algunos casos podría estar completamente restringida, debido a que se trata de asuntos sometidos a tratados bilaterales de inversión donde las partes excluyen completamente la intervención judicial y se someten a lo que se decida en un centro de solución de disputas, como sería el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En otros casos de arbitrajes *ad-hoc* las puertas de la jurisdicción ordinaria podrían estar abiertas para atacar el laudo por la vía de la nulidad. En el reciente acuerdo celebrado entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de fecha 3 de febrero de 2023 se establece una solución mixta, en primer lugar, se contempla intervención judicial o un arbitraje *ad-hoc* de la CNUDMI a elección del inversor (Artículo 12). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6951/download>

²⁷ Las Interferencias de las Constituciones Políticas de los países de Iberoamérica en el desarrollo del Arbitraje Internacional Estudio del Capítulo Iberoamericano del Instituto de Derecho de los Negocios de la CCI. <https://2go.iccwbo.org/las-interferencias-de-las-constituciones-politicas-de-los-paises-iberoamerica-en-el-desarrollo-del-arbitraje-internacional.html>

Resulta entonces vital que exista una estrecha relación entre la institución arbitral y los órganos de justicia estatal que están llamados a complementar el sistema, para que estos mecanismos no suplan aquellos previstos por la Ley para enmendar cualquier infracción ocurrida en el proceso arbitral.

De ser así se garantizaría el arbitraje como un medio seguro y si en su procedimiento se necesitase un auxilio judicial por cualquier causa o su resultado fuese atacado de conformidad con la Ley, su incursión en la jurisdicción ordinaria sería adecuada y cabalmente resuelta.²⁸

En este sentido la AVA²⁹ dentro de las actividades que realiza, resolvió en el seno de su directiva la creación de una Comisión de Enlace con el Poder Judicial, con la finalidad de facilitar y reforzar los nexos que deben existir entre ambas jurisdicciones.

El fundamento de esta iniciativa se encuentra en el fortalecimiento de la institución arbitral y de la corriente pro-arbitraje que se evidencia en los fallos dictados por el TSJ,³⁰ cuando ha sido llamado para examinar decisiones sobre arbitrajes en curso o ya concluidos.³¹

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido claramente en un sentido la independencia del arbitraje, como medio alternativo de resolución de conflictos independiente del poder judicial y que el único recurso que puede interponerse contra el laudo es el de nulidad.³²

No obstante, por otra parte, ha admitido en algunos casos la procedencia de amparos constitucionales contra decisiones dictadas por Tribunales arbitrales en materia de medidas cautelares, sustanciación e inclusive contra algunos laudos arbitrales definitivos.³³

²⁸ Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Roque Caivano. "El arbitraje es una justicia privada, pero que actúa a la par del sistema judicial. La relación entre ambas no debe ser de competencia sino de complementación"
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5120/9.pdf>

²⁹ Asociación Venezolana de Arbitraje

³⁰ Tribunal Supremo de Justicia Venezolano

³¹ SCTSJ Sent. 30-11-11 Van Raalte
<http://historico.tsj.gob.ve/sr/Default3.aspx?url=../decisiones/scon/noviembre/1773-301111-2011-11-0381.html&palabras=arbitraje%20van%20raalte>

³² SCTSJ Sent. 3-11-10 Astivenca
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>

³³ Amparo Cautelar SCTSJ Sent. 1-11-22 Carroferita
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/320484-0882-11122-2022-21-0217.html>;
Amparo Cautelar SCTSJ Sent. 14-08-23 Restaurant Hereford Grill
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/328446-1239-14823-2023-23-0685.HTML>;
Amparo contra Laudo SCTSJ Sent. 14-05-21 Desarrollos Mercayag C.A.
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/312139-0179-14521-2021-16-0390.HTML>;
Amparo contra providencia arbitral inadmisibile SCTSJ Sent. 15-12-22 GRUPO GECC, C.A.
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322083-1191-151222-2022-22-0699.html>

Estas decisiones de la Sala Constitucional tienen su fundamento en que, según ella, los laudos han sido dictados en contravención a su doctrina, la cual es la máxima interpretación de la Constitución de la República.

Por otra parte, la SCTSJ ha conferido a los árbitros la facultad de desaplicar normas legales por la vía del control difuso cuando estas coliden con la constitución, equiparando a los árbitros con los jueces.³⁴

Esta facultad conferida a los árbitros no es exclusiva de nuestro país³⁵

Recientemente la SCTSJ ordenó la apertura de oficio de la nulidad por inconstitucionalidad del artículo 41, literal “j” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.³⁶

Es lógico que estas decisiones se vean por la comunidad arbitral como injerentistas, por cuanto la Ley de Arbitraje Comercial señala que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.³⁷

Esta atribución conferida a los árbitros denota claramente un reconocimiento importante frente a la labor decisoria que se realiza en el arbitraje, obviamente con la respectiva obligación de consulta ante la SCTSJ.³⁸

Estos medios de control jurisdiccional salvo el Recurso de Nulidad son excepcionales y al ser permitidos por nuestro ordenamiento jurídico deben ser ejercidos y vistos con extrema cautela.

Es importante tener en cuenta y comprender que, al dársele acceso a estos medios extraordinarios fundados en infracciones de naturaleza constitucional, existe la posibilidad de que en algunos casos sean declarados con lugar en el arbitraje, no solo lo vemos en Venezuela, sino en Iberoamérica.³⁹

³⁴ SCTSJ Sent. 18-10-2018

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

³⁵ El control difuso en sede arbitral Reynaldo Bustamante Alarcon Revista de Derecho Volúmen 7 N°10 Lima 2019 pp. 93-115. [file:///Users/adolfohobaica/Downloads/1101-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2128-3-10-20190815%20\(2\).pdf](file:///Users/adolfohobaica/Downloads/1101-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2128-3-10-20190815%20(2).pdf)

³⁶ SCTSJ Sent. 9-10-2023

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/328981-1391-91023-2023-17-0126.HTML>

³⁷ Artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

³⁸ SCTSJ Sent. N°1.400 8 de Agosto de 2001

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1400-080801-00-0973%20.HTM>

³⁹ Santiago Talero Rueda Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional. Anuario de Derecho Privado 3 Universidad de los Andes Facultad de Derecho.

<https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/anuario3/01-AD3-Talero-30ago2021.pdf>

Jesús Remón Peñalver Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas Revista para el Análisis del Derecho (Indret 3/2007).

<https://indret.com/sobre-la-anulacion-del-laudo-el-marco-general-y-algunos-problemas/>

Este es un tema de discusión permanente, algunos autores consideran que la inclusión del arbitraje en las constituciones políticas de los estados ha contribuido a su constitucionalización y legítima este compendio de acciones de amparo que violan el principio de la autonomía de la voluntad.⁴⁰

No compartimos completamente esta afirmación, debido a que estas acciones de tutela constitucional en su mayoría proceden cuando se viole sin distinción de personas algún derecho fundamental, de manera que estando previsto o no el arbitraje en la Carta Magna lo haría procedente.⁴¹

Estas acciones no previstas en las leyes de arbitraje contravienen el espíritu, propósito y razón de la inclusión del compromiso arbitral, no obstante, hemos visto situaciones inéditas que no encuentran su solución en esas previsiones, sino en postulados constitucionales.

Estas tendencias evidencian, según el criterio de la Sala Constitucional que las causales previstas por la LAC⁴² no abrazarían íntegramente todos los supuestos necesarios para garantizar una tutela jurisdiccional efectiva, dando lugar a una acción constitucional.⁴³

Los abogados en su mayoría, en ejercicio del derecho de defensa de sus patrocinados utilizan figuras jurídicas que podrían ser vistas como abusivas de ese derecho, e inclusive autorizando a la jurisdicción ordinaria de ejercer su supremacía en casos que no la tiene.

En materia de arbitraje comercial internacional este tipo de acciones fundamentadas en principios constitucionales es criticada por la doctrina sobre la base de que el comercio internacional no está sometido sino a la voluntad de la partes.⁴⁴

⁴⁰ Jesús Remón Peñalver Exposición magistral en el evento realizado por el Capítulo Venezolano del CEIA. Logros y perspectivas / Constitución y Arbitraje en la III semana del Arbitraje de Caracas de la AVA el 20 de julio de 2022. https://www.youtube.com/watch?v=C--tVD_TyO8 (A partir del minuto 65)
LIA Latín American International Arbitration, anunció el 22-10-2023 la celebración de la 1ra conferencia del LIA para el miércoles 24 de abril de 2024 en Lima. El tema será: Procedencia o no de la acción de amparo contra el Arbitraje. Como vemos el tema ocupa a la comunidad arbitral internacional.

⁴¹ Artículo 2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

⁴² Artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

⁴³ "Precisado lo anterior, cabe indicar que en el caso concreto, nos encontramos frente a la impugnación de un laudo arbitral, dictado en presunto quebrantamiento a la doctrina y jurisprudencia de esta Sala atiente a la renuncia tácita a las cláusulas arbitrales, donde según los señalamientos de la parte accionante, al momento de ser resuelto el asunto ante la jurisdicción ordinaria no hubo oposición de falta de jurisdicción del Poder Judicial y donde además se habría violentado la cosa juzgada; todo lo cual hace patente que lo denunciado no se ajusta a las causales taxativas establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial –previamente enunciadas– para interponer como vía ordinaria contra el fallo cuestionado el recurso de nulidad de previsto en dicha Ley; situación ésta que hace necesaria la conclusión que es la activación la acción de amparo constitucional el mecanismo idóneo de impugnación para preservar los derechos y principios constitucionales denunciados como infringidos, en razón de lo cual el presente amparo resulta admisible. Y así se decide." Amparo contra Laudo SCTSJ Sent. 14-05-21 Desarrollos Mercayag C.A. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/312139-0179-14521-2021-16-0390.HTML>

⁴⁴ La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008. Alfredo De Jesús O. <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/de-jesus-la-autonomc3ada-del-arbitraje-comercial-internacional-a-la-hora-de-la-constitucionalizacic3b3n.pdf>

Ciertamente el comercio internacional quiere gozar de libertad plena, pero esa libertad es plena en la medida que los protagonistas de esa actividad respeten esos acuerdos y no acudan a otros mecanismos no previstos por ellos en sus cláusulas arbitrales o prohibidos por la Ley.

Estos problemas los vemos en todas las jurisdicciones hasta en las más desarrolladas, inclusive en arbitrajes de inversión con defensas *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*, para arrastrar si no son declaradas con lugar al área judicial, el proceso en búsqueda de su nulidad.

Por su parte, la propia Convención de Nueva York señala que es causa de denegación de la ejecución del laudo, que el procedimiento arbitral no se haya ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.⁴⁵

Es claro que esta disposición de la Convención de Nueva York deja la puerta abierta para que los jueces extranjeros resuelvan si se le da el pase al laudo extranjero para que sea reconocido dentro de su territorio.

En las jurisdicciones más avanzadas del mundo se presentan inconvenientes con órdenes judiciales anti-demanda – *anti-suit injunction* – que son interpuestas para impedir el desarrollo de arbitrajes futuros o en curso, o para que no puedan ser reconocidos o ejecutados.⁴⁶

En la mayoría de los casos esas tentativas no prosperan debido al arraigo y al respeto a la cultura arbitral que se tiene en esas jurisdicciones, no obstante, esa conducta no cesa de estar presente en cualquier jurisdicción.

Estas incidencias son criticadas por Gary Born,⁴⁷ quien considera que las medidas cautelares anti arbitraje son una interferencia indebida en los procedimientos arbitrales.

⁴⁵ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

"Artículo V 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:... d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje;..."

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

⁴⁶ Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States University of Missouri School of Law Scholarship Repository S.I Strong 2018. Pág. 172.
<https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/711/>

⁴⁷ The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitral Proceedings, 30 U. Pa. J. Int'l L. 999, 1025 (2009). Citado en la Revista de Derecho Internacional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia. Anti-arbitration injunctions: the endless fight for jurisdiction.
<https://aria.law.columbia.edu/anti-arbitration-injunctions-the-endless-tussle-for-jurisdiction/>

Recientemente se han publicado artículos precisamente sobre órdenes judiciales para hacer cumplir acuerdos arbitrales en sede extranjera, donde se han presentado incidencias judiciales con resultados positivos, que demuestran la importancia que tiene la relación del arbitraje con la jurisdicción ordinaria.⁴⁸

Como podemos observar es en extremo difícil excluir completamente de las jurisdicciones ordinarias los problemas del debido proceso que se hayan suscitado en el desarrollo del procedimiento arbitral o que puedan vislumbrarse.

No cabe la menor duda que son las partes las llamadas a ponerle freno a esta situación, sin embargo, la práctica nos demuestra que en algunos supuestos es prácticamente imposible.

Obviamente esta circunstancia perturba el desenvolvimiento del arbitraje comercial en las regiones donde la procedencia de estos recursos es laxa, básicamente en lo que concierne al arbitraje internacional, lo cual inexorablemente distancia las inversiones y desprestigia a las jurisdicciones que son más permisivas.

En todo caso el arbitraje tiene que adaptarse a la jurisprudencia que establezcan los Tribunales Supremos que sin excepción son los llamados a regular las intervenciones no concebidas, que en algunos de los casos entorpecen su funcionamiento, su reconocimiento y su ejecución.

Ante esta realidad hay que buscar los medios necesarios para que esos mecanismos extraordinarios sean apreciados en su justa dimensión y en la mayoría de los casos neutralizados, para evitar abusos de quienes los utilizan inescrupulosamente.

Para gran parte de la comunidad arbitral, es difícil admitir estos eventos, pero es inevitable concluir que el control jurisdiccional bien ejercido, es una garantía eficaz para reforzar la seguridad del arbitraje como un medio para la solución de controversias amparado por nuestra Carta Magna.

La Doctrina pro-arbitraje es proclive a la exclusión absoluta del arbitraje de la jurisdicción ordinaria, se invoca fundamentalmente la locución latina *pacta sunt servanda* y los inconvenientes que la intervención representa para el comercio internacional que es regulado por la *lex mercatoria*.

⁴⁸ Anti-suit injunction to enforce a foreign-seat arbitration agreement 6 September, 2023
<https://essexcourt.com/anti-suit-injunction-to-enforce-a-foreign-seat-arbitration-agreement/>
[Trilogy of decisions shows english courts' approach to granting anti-suit injunctions in support of foreign-seated arbitrations](https://www.britainandchambers.com/news/2023/10/17/trilogy-of-decisions-shows-english-courts-approach-to-granting-anti-suit-injunctions-in-support-of-foreign-seated-arbitrations)
17 October, 2023
<https://hsfnotes.com/litigation/tag/anti-suit-injunctions/>

Se entiende esa postura; la intervención judicial contraviene la naturaleza del sistema, lo establecido por las partes, e inclusive lo señalado por la Ley,⁴⁹ pero en la práctica vemos que no deja de ser muy difícil lograrlo, pues las partes buscan permanentemente la intervención judicial.

Este tipo de acciones reiteramos son ajenas a la solución de fondo, van referidas a la infracción de la tutela jurisdiccional efectiva,⁵⁰ para sancionar una lesión al debido proceso o al derecho a la defensa durante la secuela del mismo o en el laudo definitivo.

Indiscutiblemente las causales previstas para proponer el recurso de nulidad protegen esos derechos, sin embargo, se ha argumentado que cuando se produce alguna lesión durante el proceso, no se puede esperar hasta cuando se dicte el laudo definitivo por cuanto sus consecuencias podrían ser irreparables.

Se observa que estos recursos de amparo han proliferado, dando de alguna forma en apariencia marcha atrás a la corriente jurisprudencial que venía desarrollándose donde los recursos de nulidad eran la constante y en la mayoría de los casos fueron declarados sin lugar.⁵¹

En nuestra opinión sin menospreciar las decisiones dictadas por el TSJ – pocas hasta ahora – que han declarado con lugar amparos constitucionales, pensamos que esta tendencia obedece en muchos casos a la ficción de la infracción de la tutela jurisdiccional efectiva alegada para fundamentar esa acción constitucional.⁵²

Es evidente que su pretensión es entorpecer el desarrollo del arbitraje en curso o la inconformidad con el resultado obtenido, cuestión que debería en esos casos de inadmisibilidad o de improcedencia manifiesta, ser sancionada por el órgano jurisdiccional en los términos previstos por la Ley.⁵³

No podemos ignorar que siendo el amparo constitucional excepcional como ha sido calificado por la Sala Constitucional, rara vez se les califica como temerarios cuando son declarados inadmisibles o sin lugar, calificación que de hacerse pondría coto a la interposición graciosa de los mismos.

⁴⁹ La convención de arbitraje: Por el avance de la justicia estatal frente al arbitraje comercial Pedro Saghy http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/129/ucv_2007_129_211-220.pdf

⁵⁰ SCTSJ 24-8-04 Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia, Juan José Delgado y Ramón Escovar Alvarado <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1832-240804-04-1134.HTM>

⁵¹ Pedro Rengel Nuñez Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela. Ediciones Travieso Evans 2021. <https://arbitrajecce.org/wp-content/uploads/2021/06/pedro-rengel-nun%CC%83ez-jurisprudencia-sobre-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-venezuela-ediciones-travieso-evans.pdf>

⁵² Adolfo Hobaica La ficción de la Infracción de la Tutela Judicial Efectiva en el Arbitraje Anuario N° 1 de la Asociación Venezolana de Arbitraje pp. 225-247. <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A11-pp-225-247.pdf>

⁵³ Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales. Artículo 28: Cuando fuese negado el amparo, el Tribunal se pronunciará sobre la temeridad de la acción interpuesta y podrá imponer sanción hasta de diez (10) días de arresto al quejoso cuando aquella fuese manifiesta.

Estas decisiones de reciente data se distancian de las dictadas durante la década 2009 – 2019 donde en la mayoría de los casos se trataba de recursos de nulidad interpuestos contra laudos arbitrales, los cuales fueron declarados sin lugar.⁵⁴

Sin embargo, a partir del año 2020 han prosperado amparos constitucionales contra providencias cautelares, contra actuaciones de los árbitros en arbitrajes en curso y contra laudos definitivos, con lo cual se consolida una corriente jurisprudencial para la procedencia de estos recursos excepcionales.

En nuestro ordenamiento jurídico existe otra institución que es exclusiva para controlar desordenes en los procesos judiciales, cuya aplicación ha tratado de ahormarse y extenderse a asuntos que no están tipificados y que desbordan las atribuciones conferidas al TSJ por su Ley Orgánica.

Esta tentativa no ha sido acogida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la definitiva, sin embargo ha entorpecido y retrasado considerablemente el normal desenvolvimiento del proceso arbitral y la ejecución del laudo.⁵⁵

Hasta ahora esta intervención judicial no abraza la solución dada al fondo de la controversia, que como sabemos salvo muy raras excepciones es de la competencia exclusiva de los árbitros, de darse se estaría dando definitivamente al traste con el arbitraje.⁵⁶

Debemos reconocer que los centros de arbitraje nacionales tienen un funcionamiento de alta calificación, de manera que de contar con un poder judicial que comprenda íntegramente la institución arbitral, nuestro país podría convertirse en una de las sedes más importantes de la región.

Podemos afirmar que la función de la Comisión de Enlace creada por la AVA, pretende académicamente profundizar en el tratamiento judicial que se le da al arbitraje en todas las áreas que debe conocer el poder judicial, bien por la vía ordinaria o extraordinaria.

Nos referimos exclusivamente a las faltas de jurisdicción; a la colaboración procedimental (Pruebas, medidas cautelares, etc.) que le son atribuidas por la Ley; a los Recursos de Nulidad; a la Ejecución de los Laudos que involucran a la jurisdicción ordinaria por mandato expreso de la Ley.

⁵⁴ Pedro Rengel Nuñez Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela. Ediciones Travieso Evans 2021. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/06/pedro-rengel-nun%CC%83ez-jurisprudencia-sobre-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-venezuela-ediciones-travieso-evans.pdf>

⁵⁵ Avocamiento SCTSJ Sent. 30-04-21 Alimentos Polar <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>
Avocamiento SCCTSJ Sent. 26-10-23 Carroferata <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/329614-000651-261023-2023-23-461.HTML>

⁵⁶ Santiago Talero Rueda, Reflexiones sobre la Revisión Judicial de Fondo de los Laudos Arbitrales, Common Law Procedure Act (Inglaterra, 1854) o el Manifest Disregard of Law (Estados Unidos de Norteamérica) Lima Arbitration N° 3 - 2008 / 2009.

Por otra parte, merece especial atención los Amparos Constitucionales y la Revisión Constitucional que son instituciones cuya aplicación en arbitraje es en extremo excepcional, por cuanto como lo reconoce nuestro más Alto Tribunal "la potestad del árbitro es únicamente decisoria".⁵⁷

CONCLUSIONES

La relación que existe entre la institución del arbitraje comercial con el poder judicial en unas áreas es obligatoria, por lo tanto, es imperiosa la necesidad de que las instituciones que promueven y administran el arbitraje tengan una relación fluida y permanente con los órganos que lo conforman, para que los mecanismos de solución de controversias funcionen de manera armónica y ofrezcan a los justiciables soluciones seguras y transparentes.

Sostener a estas alturas que la jurisdicción ordinaria puede mantenerse ajena a lo que sucede en el arbitraje y viceversa, es una utopía, hay que analizar con extremo cuidado cuando las partes estimulan la intervención judicial creando situaciones *sui generis* o inéditas que son ficticias para forzar su concurso en asuntos en los cuales no está previsto.

El auxilio judicial es extremadamente importante, por cuanto cuando es requerido por los tribunales arbitrales, normalmente no tiene la celeridad debida, lo vemos con la práctica de medidas cautelares y de evacuación de pruebas, las cuales se han venido obstaculizando por trámites que dilatan sin razón justificada su adecuado tramite.

En este sentido, la Comisión de Enlace de la AVA, pretende lograr un acercamiento que ya se ha iniciado con el Tribunal Supremo de Justicia y la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con la finalidad de promover seminarios, conversatorios, charlas, entrevistas con profesionales especializados, magistrados y jueces, donde se traten estos temas de gran importancia y se planteen algunos casos que deben ser vistos con atención.

Ella está ejecutando un plan de orientación académica en el área de estadística, evolución de la institución arbitral nacional e internacional y jurisprudencial; auxilio judicial en materia probatoria y de medidas cautelares; análisis profundo de las causales del recurso de nulidad y el tema de las garantías previstas en la Ley para la interposición del recurso de nulidad y la ejecución de los laudos.

⁵⁷ "La potestad del árbitro es únicamente decisoria y sólo se extiende a la posibilidad de acordar medidas cautelares, en este caso, pero su ejecución compete en forma exclusiva a los órganos del Poder Judicial señalados en la ley. De lo contrario, carecería de sentido la norma en cuestión, pues si el órgano arbitral fuese capaz de ejecutar la petición cautelar acordada, no necesitaría la asistencia de un Juzgado de Primera Instancia competente." SCTSJ Sent. 22-05-05 Construcciones Industriales Martorana, C.A. (Coinmarca).
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/572-220405-02-2491.HTM>

Seguramente este trabajo se convertirá a la postre en un importante aporte de la Asociación Venezolana de Arbitraje a la comunidad judicial en beneficio del arbitraje, donde se evidenciará a nivel académico cuales son las bondades de cada institución, los correctivos y mejoras que hay que hacer para su correcto funcionamiento.

Las opiniones de las comunidades de profesionales agrupados en Asociaciones,⁵⁸ así como la doctrina en esta materia y las decisiones de los tribunales, son fundamentales para lograr la desaplicación de mecanismos nocivos para las instituciones en todo sentido, y principalmente para evidenciar y darle publicidad a aquellos recursos y conductas manifiestamente improcedentes, que lo único que hacen en la mayoría de los casos es entorpecer el desenvolvimiento del mecanismo para la solución expedita de los conflictos, con el consecuente desprestigio de sus creadores.

Es entonces fundamental, el fortalecimiento de las relaciones institucionales para que estén alineadas con los propósitos del legislador y con el funcionamiento de cada una de ellas, por cuanto sus roles son afines y necesarios.

Incursionar en este escenario sin duda también es entrar en el tema deontológico, cuyas reglas siempre han sido estudiadas a la luz del comportamiento de los individuos en los procesos en los cuales interviene, son conceptos éticos y morales cuyo análisis y calificación a veces no son fáciles de determinar.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
Código de Procedimiento Civil.
Código de Procedimiento Civil Francés
Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano.
SCTSJ 24-8-04 Bernardo Weininger
SCTSJ Sent. 22-04-05 Construcciones Industriales Martorana, C.A.
SCTSJ Sent. 3-11-10 Astivenca
SCTSJ Sent. 30-11-11 Van Raalte
SCTSJ Sent. 30-04-21 Alimentos Polar
SCTSJ Sent. 14-05-21 Desarrollos Mercayag C.A.
SCTSJ Sent. 1-11-22 Carroferita

⁵⁸ Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA); Club Español e Iberoamericano del Arbitraje (CEIA); Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB); Asociación Europea de Arbitraje; Asociación Americana de Arbitraje (AAA); The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), entre otras.

-
- SCTSJ Sent. 15-12-22 Grupo GECC C.A
- SCTSJ Sent. 14-08-23 Restaurant Hereford Grill
- SCCTSJ Sent. 26-10-23 Carrofertá
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano.
- Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales.
- Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
Nueva York 10 de junio de 1958.
- Ley de Arbitraje Comercial Argentina.
- Ley de Arbitraje Española.
- Ley de Arbitraje No131 de Panamá.
- Ley de Arbitraje sobre Arbitraje Internacional Chilena.
- Ley de Mediación y Arbitraje Nicaragüense.
- Ley General de Arbitraje del Perú.
- El Arbitraje en Venezuela Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial.
- José Gregorio Torrealba La Impugnación del Laudo Arbitral Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales N°160 (Enero – Junio 2020)
- Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela Pedro Rengel Nuñez.
Ediciones Travieso Evans 2021.
- Los Recursos de Nulidad interpuestos contra Laudos Arbitrales Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación – JUNIO 2022 – N° 1 Alejandro Ramírez Padrón.
- Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Universidad Monteávila Artículo 43.
Adolfo Hobaica.
- La ficción de la Infracción de la Tutela Judicial Efectiva en el Arbitraje Anuario N° 1 de la Asociación Venezolana de Arbitraje Adolfo Hobaica.
- La Oferta Sellada Revista de medios alternativos de resolución de conflictos (MARC) mayo 2023 Adolfo Hobaica
- La Intervención Judicial en el Arbitraje: Análisis de Jurisprudencia Española reciente. Revista N°8 del Club Español del Arbitraje junio 2010. Álvaro López de Argumedo Piñeiro Katharine Menéndez de la Cuesta Lamas
- Facultad de Derecho Tutela contra laudos arbitrales: hacia una solución en el arbitraje local e internacional. Anuario de Derecho Privado 3 Universidad de los Andes Santiago Talero Rueda.

- La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008. Alfredo De Jesús O.
- Reflexiones sobre la Revisión Judicial de Fondo de los Laudos Arbitrales, Common Law Procedure Act (Inglaterra, 1854) o el Manifest Disregard of Law (Estados Unidos de Norteamérica) Lima Arbitration N° 3 - 2008 / 2009. Santiago Talero Rueda.
- Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas Revista para el Análisis del Derecho (InDret 3/2007) Jesús Remón Peñalver.
- Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Jan Paulsson La Simbiosis entre Jueces y Árbitros.
- Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El Rol del Poder Judicial en el Arbitraje Comercial Internacional Roque Caivano.
- Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 15-40 (2009). Fernando Mantilla-Serrano.
- Álvaro López de Argumedo Piñeiro Katharine Menéndez de la Cuesta Lamas La Intervención Judicial en el Arbitraje: Análisis de Jurisprudencia Española reciente. Revista N°8 del Club Español del Arbitraje junio 2010.
- Reynaldo Bustamante Alarcon El control difuso en sede arbitral Revista de Derecho Volúmen 7 N°10 Lima 2019 pp. 93-115.
- Las Interferencias de las Constituciones Políticas de los países de Iberoamérica en el desarrollo del Arbitraje Internacional Estudio del Capítulo Iberoamericano del Instituto de Derecho de los Negocios de la CCI.
- Reglamento y Reglas del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)
- Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Colombia relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de fecha 3 de febrero de 2023.
- Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI/ICC)
- Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)
- Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC)
- Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo (CACCM)

Visión jurisprudencial sobre el arbitraje y demás medios de autocomposición procesal a la luz de la jurisprudencia del TSJ del año 2022/2023

Álvaro Badell Madrid*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 33-56

Resumen: En los últimos dos años, el Tribunal Supremo de Justicia ha dictado una serie de decisiones que han aportado criterios muy interesantes en materia arbitral, puesto que varios de ellos han ratificado la tendencia a favorecer el arbitraje, pero por el otro lado, hay sentencias que poseen argumentos contradictorios. En este resumen, aportaremos un breve análisis sobre dichos fallos y su incidencia en el arbitraje comercial.

Palabras clave: Arbitraje comercial. Constitucionalidad de los medios alternos de resolución de conflictos. Cláusula arbitral.

Jurisprudential vision on arbitration and other means of procedural self-composition in light of the jurisprudence of the TSJ of the year 2022/2023

Abstract: *In the last two years, the Supreme Court of Justice of Venezuela has issued a series of decisions that have provided very interesting guidelines in arbitration matters, since several of them have ratified the tendency to promote and support arbitration, but on the other hand, there are rulings that have contradictory arguments. In this summary, we will provide a brief examination of these rulings and their impact on commercial arbitration.*

Keywords: *Commercial arbitration. Constitutionality of alternative dispute resolution. Arbitration clause.*

Autor invitado.

* Universidad Católica Andrés Bello. Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Mercantil (*Summa Cum Laude*). Doctor en Derecho (*Summa Cum Laude*). Profesor de Derecho Procesal Civil. Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Árbitro y Mediador. Asociación Venezolana de Arbitraje. Presidente Honorario. Socio fundador de Badell & Grau, Despacho de Abogados.

Visión jurisprudencial sobre el arbitraje y demás medios de autocomposición procesal a la luz de la jurisprudencia del TSJ del año 2022/2023

Álvaro Badell Madrid*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 33-56

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. I. Ratificación del criterio sobre el efecto de la constitucionalización del arbitraje (SC N° 107/09.03.2023; SC N° 842/26.06.2023; SC N° 842/26.06.2023). II. Ratificación de validez de control difuso en materia de arbitraje comercial (SC N° 971/27.07.2023). III. Nulidad de cláusula de arbitraje comercial en materia de arrendamiento comercial (SCC N° 142/10.04.2023). IV. Ratificación de criterios sobre la renuncia tácita del arbitraje (SCC N° 271/26.05.2023). V. Avocamiento de la Sala de Casación Civil de un recurso de nulidad de laudo (SCC N° 651/26.10.2023). VI. Poder Judicial y falta de jurisdicción (SPA Nros. 15/10.02.2022; 330/28.07.2022; 610/26.10.2022; 258/13.04.2023). VII. Patología de la cláusula arbitral (SPA N° 938/19.10.2023).
CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje en Venezuela, ciertamente ingresó en una nueva etapa a partir de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial (LAC), el 7 de abril de 1998¹. Venezuela adoptaba entonces a través de dicha ley, la Ley Modelo UNCITRAL —CNUDMI—² sobre arbitraje comercial internacional de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

La Ley Modelo UNCITRAL se dictó teniendo como ratio legis brindar apoyo a los estados miembros a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional. dicho texto normativo regula todas las etapas del procedimiento

* Universidad Católica Andrés Bello. Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Mercantil (*Summa Cum Laude*). Doctor en Derecho (*Summa Cum Laude*). Profesor de Derecho Procesal Civil. Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Árbitro y Mediador. Asociación Venezolana de Arbitraje. Presidente Honorario. Socio fundador de Badell & Grau, Despacho de Abogados.

¹ Publicado en la Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

² Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, aprobada el 21 de junio de 1985, con la ratificación aprobada en la 112ª sesión plenaria del 11 de diciembre de 1985, la cual tuvo las Enmiendas aprobadas el 7 de junio de 2006, con la ratificación aprobada en la 64ª sesión del 4 de diciembre de 2006.

arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, la composición y competencia del tribunal arbitral el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.

Dicha ley, refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.

Fue así como Venezuela positivizaba a partir de abril de 1998, la primera Ley de Arbitraje Comercial que apalancó sin dudas lo que constituiría a la postre, la cultura arbitral en Venezuela.

Posteriormente, en 1999 se aprueba un nuevo texto constitucional en Venezuela³, en el cual, de manera definitiva y clara, se reconoce en sus artículos 253⁴ y 258⁵, a los medios alternos de resolución de controversias, como integrantes del sistema de justicia.

No obstante, la vigencia de la nueva Ley de Arbitraje Comercial y la proclama constitucional sobre el reconocimiento del arbitraje y demás medios de resolución de controversias por consenso, como integrantes del sistema de justicia, ha sido necesario precisar jurisprudencialmente algunas instituciones propias o vinculadas con la actividad arbitral, como, por ejemplo:

- i. La relación de coordinación y auxilio que debe existir entre jueces y árbitros en ejecución de sus funciones.
- ii. La debida interpretación sobre los medios de impugnación contra los laudos arbitrales, destacando que únicamente se admite el recurso de nulidad contra el laudo por las expresas causales determinadas en el artículo 44 de la LAC⁶.

³ Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa por errores materiales del ente emisor en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 del 24 de marzo de 2000, con Enmienda número 1, publicada en la Gaceta Oficial número 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

⁴ «**Artículo 253.** La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. / Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. / El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio».

⁵ «**Artículo 258.** La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. / La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos».

⁶ «**Artículo 44.** La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar: / a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje; b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos; c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley; d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo; e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido».

- iii. Lo relativo a la interpretación de las cláusulas compromisorias en caso de existir patologías en las mismas, cuando se menciona la jurisdicción arbitral conjuntamente con la judicial para resolver las eventuales controversias.
- iv. Las potestades de los árbitros ante la solicitud de medidas cautelares, incluso en caso de que los reglamentos de los centros de arbitraje no dispongan de disposiciones expresas en la materia.
- v. La posibilidad legal cierta de los árbitros de desaplicar normas de derecho sustantivo o adjetivo por colidir con principios y garantías constitucionales, entre otras materias.

De manera que, en estos 25 años de vigencia de la LAC, la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal ha contribuido, sin duda alguna, a cimentar las bases de la cultura arbitral que este medio de justicia por consenso requiere.

En particular haré referencia –en este modesto trabajo– a las sentencias más importantes que durante los años 2022-2023 han sido publicadas por nuestro más alto tribunal en sus distintas Salas.

I. Ratificación del criterio sobre el efecto de la constitucionalización del arbitraje y que, en la redacción de la cláusula arbitral, incide el constitucional principio de autonomía de la voluntad (SC N° 107/09.03.2023; SC N° 842/26.06.2023)

Dos importantes decisiones sobre este tema se han producido en el último año: las sentencias número 107/09.03.2023⁷ y 842/26.06.2023⁸, ambas de la Sala Constitucional, ratificaron el criterio importante acerca del carácter constitucional del arbitraje, como medio alternativo de resolución de conflictos.

Esta ratificación tiene dos consecuencias:

con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral; f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público».

⁷ Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/323275-0107-9323-2023-21-0692.HTML>. Consultada en fecha 27 de noviembre de 2023.

⁸ Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/326498-0842-26623-2023-23-0068.HTML>. Consultada en fecha 27 de noviembre de 2023.

- i. Mantiene incólume el criterio fijado por la Sala Constitucional en las sentencias 186/14.02.2001⁹, 192/28.02.2008¹⁰ y 1.541/17.10.2008¹¹, acerca del efecto que, sobre el ordenamiento jurídico venezolano ha tenido la constitucionalización de los medios alternos de resolución de conflictos, con especial referencia al arbitraje comercial, dado que la consecuencia directa de ese hecho es reconocerlo como un medio integrante del sistema de justicia¹², que amerita la necesaria colaboración del Poder Judicial¹³; y
- ii. Sirve de fundamento para el tratamiento del caso concreto.

Es por ello que, de seguidas, pasamos a analizar las consecuencias de dicha ratificación en los fallos en cuestión.

Sala: Sala Constitucional.

Sentencia: 107 de fecha 09 de marzo de 2023.

Partes: Elías Atencio Pérez.

Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson.

Motivo: Revisión constitucional contra una sentencia de la Sala Político-Administrativa por regulación de jurisdicción.

Máxima: La Sala Constitucional conoció en revisión un caso donde el solicitante manifestó su inconformidad con la decisión de la Sala Político-Administrativa que declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial. No encontrando la Sala ninguna violación a la Constitución o al precedente, declaró sin lugar la revisión, no sin antes **recalcar la naturaleza constitucional del arbitraje, la garantía de que los medios alternos de resolución de conflictos son parte del sistema de justicia y no alternos a éste, y que el arbitraje es un acuerdo que dimana del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.**

⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 186 del 14 de febrero de 2001, Exp. N° 00-1438, caso: *Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García*, con ponencia de Antonio García García. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/186-140201-00-1438%20>. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

¹⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 192 del 28 de febrero de 2008, Exp. N° 04-1134, caso: *Bernardo Weininger*, con ponencia de Pedro Rafael Rondón Haaz. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134>. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

¹¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 1.541 del 17 de octubre de 2008, Exp. N° 08-0763, caso: *Hildegard Rondón de Sansó*, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763>. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

¹² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 855 del 5 de abril de 2006, Exp. N° 01-00, caso: *Elettronica Industrial S.P.A.*, con ponencia de Levis Ignacio Zerpa. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/abril/00855-050406-2001-0100>. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

¹³ *Vid.*, entre otras, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 1.067 del 3 de noviembre de 2010, Exp. N° 09-0573, caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.*, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573>. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

En efecto, en dicha decisión, la Sala Constitucional reconoció el carácter constitucional del arbitraje, expresando que:

«Siendo esto así, con el objeto de resolver este asunto es pertinente acotar que ya esta Sala ha tenido oportunidad de analizar la figura del arbitraje a la luz del contenido del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo así en la sentencia n.º 702 del 18 de octubre de 2018 (...)

Denótese como ya esta Sala precisó que los tribunales arbitrales despliegan una auténtica función jurisdiccional encargada de la resolución de las disputas surgidas entre particulares que han decidido, en el ejercicio de su autonomía voluntaria, optar por el que sus posibles diferencias sean tratadas a través de los medios alternos de resolución de conflictos, siendo que al tratarse de una función propiamente jurisdiccional existe la posibilidad de que la misma sea examinada a través de los mecanismos de control que permiten la materialización efectiva de la supremacía constitucional que debe imperar en un Estado de Derecho.

(...)

Siendo esto así, es de resaltar el derecho a una tutela judicial efectiva de rango constitucional ha sido definido *–grosso modo–* como aquel atribuido a toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso que ofrezca una mínima garantía, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho (en este sentido véase la sentencia de esta Sala n.º 576 del 27 de abril de 2001).

Siguiendo esta línea argumental, resulta necesario traer a colación que el artículo 26 de la Constitución consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, la cual encuentra su razón de ser en que la justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 *eiusdem*, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

No pretende más que significarse que, contrario a lo aseverado por la representación judicial del aquí requirente, no se trata que el arbitraje como medio alternativo para resolución de conflictos esté en disputa con la tutela judicial efectiva que en efecto debe ser garantizada por los tribunales ordinarios, sino que estas instituciones se conjugan de manera operante en el sistema de administración de justicia diseñado en el texto constitucional para la consecución material de la justicia, el bien común y la seguridad jurídica.

Así, resulta oportuno hacer notar que esta Sala Constitucional ha reconocido que el arbitraje forma parte del sistema de administración de justicia y por ello despliega una función jurisdiccional para resolver conflictos surgidos entre particulares (...).

Asimismo, esta Sala ha establecido en anteriores oportunidades que los medios alternativos de solución de conflictos no solo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, – en el caso del arbitraje, el laudo arbitral – y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia,“(…) pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa (...)” (vid. sentencia de esta Sala n.º 1.139/00).

Adicionalmente, resulta significativo acotar que en esta coexistencia de los medios de administración de justicia, se ha establecido que los actos emanados de los tribunales arbitrales pueden ser revisados por los órganos de la jurisdicción ordinaria a través del recurso de nulidad previsto en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial e incluso esta Sala ya previó la posibilidad de admitir el ejercicio de la acción de amparo en contra laudos arbitrales, tal y como se estableció en la sentencia n.º 894 del 27 de junio de 2012 y recientemente en la sentencia identificada con el n.º 179 del 14 de mayo de 2021, sin que tal posición pueda considerarse como una intervención del Poder Judicial sobre el reconocido derecho constitucional de acceso a los medios alternos de resolución de controversias, pues no se limita este derecho sino que se examina su resultado para evitar una posible afectación a los derechos y garantías de índole constitucional que asisten a los justiciables».

Por su parte, la segunda sentencia a comentar tiene los siguientes elementos:

Sala: Sala Constitucional.

Sentencia: 842 de fecha 26 de junio de 2023.

Partes: Sociedad Civil Valle Arriba Golf Club.

Ponente: Michel Adriana Velásquez Grillet.

Motivo: Revisión constitucional contra una sentencia de la Sala Político-Administrativa por regulación de jurisdicción.

Máxima: La Sala Constitucional conoció una solicitud de revisión constitucional contra una decisión de la Sala Político-Administrativa que había declarado con lugar un recurso de regulación de jurisdicción. La Sala Constitucional anuló dicho fallo y ordenó que se emita nuevo pronunciamiento, no sin antes esgrimir argumentos de ratificación al carácter constitucional del arbitraje comercial y su incidencia en el ordenamiento jurídico.

En efecto, en su motivación, la Sala Constitucional expuso:

«Sin embargo, con el objeto de resolver este asunto es pertinente acotar que ya esta Sala ha tenido oportunidad de analizar la figura del arbitraje a la luz del contenido del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo así en la sentencia n.º 702 del 18 de octubre de 2018 (...) / Al respecto, esta Sala precisó que los tribunales arbitrales despliegan una auténtica función jurisdiccional encargada de la resolución de las disputas surgidas entre particulares que han decidido, en el ejercicio de su autonomía voluntaria, optar por el que sus posibles diferencias sean tratadas a través de los medios alternos de resolución de conflictos, siendo que al tratarse de una función propiamente jurisdiccional existe la posibilidad de que la misma sea examinada a través de los mecanismos de control que permiten la materialización efectiva de la supremacía constitucional que debe imperar en un Estado de Derecho».

En esta decisión, además, se resaltó el principio constitucional de la autonomía de la voluntad, presente en la cláusula arbitral:

«Al respecto, esta Sala precisó que los tribunales arbitrales despliegan una auténtica función jurisdiccional encargada de la resolución de las disputas surgidas entre particulares que han decidido, en el ejercicio de su autonomía voluntaria, optar por el que sus posibles diferencias

sean tratadas a través de los medios alternos de resolución de conflictos, siendo que al tratarse de una función propiamente jurisdiccional existe la posibilidad de que la misma sea examinada a través de los mecanismos de control que permiten la materialización efectiva de la supremacía constitucional que debe imperar en un Estado de Derecho».

Una liminar conclusión sobre este capítulo, nos permite entender que la posición de la Sala Constitucional, al realizar las ratificaciones que hemos señalado, enfatizando, además, que lo hace sobre la base de su inveterada doctrina judicial, es que:

- i. Existe la clara voluntad de la Sala Constitucional de mantener una uniformidad de criterios en torno al efecto *constitucionalizante* del arbitraje;
- ii. Este efecto tiene incidencia, en primer lugar, sobre el caso sometido a análisis, y, en segundo término, en el resto de los casos del Poder Judicial, en función del carácter de precedente jurisprudencial que tienen las decisiones de la Sala¹⁴; y
- iii. Establecer que el reconocimiento de que el arbitraje es parte del sistema de justicia, le hace acreedor de la tutela jurisdiccional afín al mismo, por lo que las garantías constitucionales de los justiciables quedan salvaguardadas por esta tutela.

II. Ratificación de validez de control difuso en materia de arbitraje comercial (SC N° 971/27.07.2023)

Un interesante criterio de la Sala Constitucional que en los últimos años ha recibido el aplauso del foro arbitral, es el del control constitucional por la Sala de un laudo arbitral que realizó un control difuso de la constitucionalidad.

El precedente fue el caso *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*,¹⁵ en una causa donde la árbitra única fue la Dra. Irma Lovera De Sola quien, en un proceso de desalojo de arrendamiento comercial, desaplicó la norma contenida en el literal «J» del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial¹⁶.

¹⁴ Vid., entre otras, ESCOVAR LEÓN, Ramón, *El precedente y la interpretación constitucional*, Editorial Sherwood, Caracas, 2005. DÍAZ-CANDIA, Hernando, «El principio Stare Decisis y el concepto de precedente vinculante a efectos del artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999», en *Revista de Derecho Constitucional*, número 2, Editorial Sherwood, Caracas, 2003, pp. 219-229. Y en materia jurisprudencial Vid., la sentencia líder Sala Constitucional, sentencia número 93 de fecha 6 de febrero de 2001, Exp. N° 00-1529, caso: *Corporación de Turismo de Venezuela (CORPOTURISMO)*, con ponencia de Jesús Eduardo Cabrera Romero. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/93-060201-00-1529%20>. HTML. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

¹⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 702 del 18 de octubre de 2018, Exp. N° 17-0126, caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*, con ponencia de Carmen Zuleta de Merchán. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126>. HTML. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

¹⁶ Publicado en la Gaceta Oficial N° 40.418 del 23 de mayo de 2014.

El control difuso vino como consecuencia de considerar inconstitucional el contenido de la norma mencionada, pues la misma negada el arbitraje comercial como medio para resolver litigios sobre desalojo¹⁷.

La Sala Constitucional concluyó dicho fallo que la prohibición contenida en es literal era violatoria del derecho de acceso a la justicia y al principio pro arbitraje, y entró a conocer de oficio la nulidad por inconstitucionalidad de dicho artículo (control concentrado)¹⁸.

En su motivación, la Sala refirió la pertinencia de aplicar control difuso en el arbitraje comercial, pues siendo que aquella ejercer auténtica tutela jurisdiccional, se encuentra facultada a aplicar dicho control y, de suyo, a remitir a la Sala el expediente para su ulterior control por la Máxima Corte, conforme a la ley:

«(...) ha de considerarse que aun cuando los tribunales arbitrales no forman parte del poder judicial, la actividad que desarrollan los árbitros es auténtica función jurisdiccional, dirimente de conflictos intersubjetivos de intereses mediante una decisión obligatoria denominada laudo, que pone fin a la disputa surgida entre las partes con todos los efectos de la cosa juzgada.

(...)

De modo que cuando en nuestro ordenamiento jurídico y más concretamente el artículo 336, numeral 10, de la Constitución le atribuye a la Sala Constitucional la potestad de *“revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la Ley Orgánica respectiva”*, debe interpretarse que ello comprende también la revisión de aquellos laudos arbitrales definitivamente firmes en los que se hubiere desaplicado por control difuso alguna norma jurídica.

De allí que los árbitros tengan la obligación de privilegiar la vigencia del Texto Fundamental, sobre cualquier otra disposición cuya aplicación pudiera lesionar su supremacía, lo que incluye, claro está, el deber de ceñirse a los criterios vinculantes sentados por esta Sala, tal como ocurrió en el presente caso, respecto de las sentencias números 192/2008; 1.541/2008 y 1.067/2010.

Significa entonces, que los árbitros deben encauzar su actividad dentro del marco de la **norma normarum**, independientemente de que esa adecuación se dé o no dentro de un proceso judicial, pues, toda aplicación de la ley debe ser conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de garantizar la supremacía constitucional prevista en su artículo 7 y al mismo tiempo, evitar eventuales lesiones a los derechos fundamentales.

¹⁷ Dicha norma refiere lo siguiente: **«Artículo 41**. En los inmuebles regidos por este Decreto Ley queda taxativamente prohibido: (...) / j. El arbitraje privado para resolver los conflictos surgidos entre arrendador y arrendatario con motivo de la relación arrendaticia».

¹⁸ Concretamente, apuntó la Sala «(...) el empleo del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos es admisible para debatir y resolver aquellos casos de arrendamientos de locales comerciales en los que las partes decidan acudir al mismo, contando el árbitro con todas las potestades propias de un juzgador independiente y autónomo, conocedor del derecho, que debe velar de igual manera por su correcta interpretación y aplicación, dándole prevalencia a los principios y normas constitucionales, en atención a lo cual se declara conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 41, literal “j” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial que se hizo en el laudo arbitral dictado el 15 de septiembre de 2016, suscrito por la abogada Irma Lovera de Sola (...)».

A modo de conclusión, resulta de aplicación extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia (**ex** artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Es por ello que los laudos arbitrales definitivamente firmes contentivos de alguna desaplicación por control difuso han de ser sometidos a la consulta obligatoria a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 347/2018)».

En el caso objeto de análisis, la Sala tuvo a su conocimiento nuevamente una causa arbitral en la cual los co-árbitros dictaron un control difuso sobre la misma norma, esto es, el literal «J» del artículo 41 *in commento*, y la Sala tuvo a bien argumentar de nuevo sobre la validez del control difuso en el arbitraje comercial.

Sala: Sala Constitucional

Sentencia: 971 de fecha 27 de julio de 2023

Partes: Inmobiliaria Yerevan S.A.

Ponente: Lourdes Benicia Suárez Anderson

Motivo: Revisión del control difuso que practicó el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas en su laudo de fecha 6 de febrero de 2015, en el expediente N° CA01-A-2013-000013 (nomenclatura del centro)

Máxima: La Sala revisó control difuso que practicó el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas en un laudo dictado por los co-árbitros, Mario Barriona, Leonardo Palacios y Carlos Lepervanche (+), quienes desaplicaron el artículo 55 del Decreto Legislativo número 602 que estableció un «Régimen Transitorio de Protección a los Arrendatarios de Inmuebles Destinados al Desempeño de Actividades Comerciales, Industriales o de Producción», así como también desaplicaron el literal «J» del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial.

Esta desaplicación fue declarada a derecho por la Sala Constitucional.

Con esta decisión se ratificó el criterio de la legitimidad de los tribunales arbitrales de efectuar control difuso de la constitucionalidad y de remitir copia certificada del respectivo laudo para la revisión que debe realizar la Sala Constitucional.

En efecto, la Sala expuso:

«(...) el arbitraje no puede ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, socialmente concebida, constitucionalmente reconocida, que responde a la voluntariedad o autonomía de la voluntad de las partes que deciden someterse a él para la resolución de controversias que puedan surgir de una relación jurídica

contractual, lo que categóricamente ha sido apuntado por esta Sala cuando señala que "(...) el arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, descansa sobre un pilar fundamental que es condición de fondo para la validez del acuerdo de arbitraje: el principio de autonomía de la voluntad. Así, no es posible que un sujeto de derecho sea sometido a un proceso arbitral si no ha expresado su consentimiento para ello, por lo que es siempre indispensable la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje (...)" (Vid. Sentencia de esta Sala n.º 198/08)

Tales criterios jurisprudenciales, entre otros, pusieron fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "sensibles" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras. (Vid. Sentencia de la sala Constitucional n.º 1067/2010) por lo que si el contenido de algún precepto legal comienza a tornarse obsoleto en atención a nuestros postulados constitucionales o el mismo va en detrimento al espíritu, propósito y razón de la Constitución, en sintonía con la visión de no sacrificar la justicia por formalismos inútiles tal como lo dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna, en aras de enarbolar la más alta protección del estado social de derecho y de justicia, se activará por parte de los operadores de justicia su actividad interpretativa y creadora de jurisprudencia con la finalidad de adaptar dicho precepto legal a los nuevos supuestos de hecho que se vienen gestionando.

Conteste con el criterio jurisprudencial asentado *ut supra*, esta Sala extiende dicha obligación de protección constitucional a los árbitros en los casos que sometan a su conocimiento, al establecer que "(...) resulta de aplicación extensiva a los árbitros el deber que tienen los jueces de asegurar la integridad de la Constitución en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en nuestra Carta Magna y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría (legal, sublegal), colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta con preferencia (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Es por ello que los laudos arbitrales definitivamente firmes contentivos de alguna desaplicación por control difuso han de ser sometidos a la consulta obligatoria a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Vid. Sentencia de esta Sala N° 347/2018).(...)" (Vid. Sentencias de la Sala Político Administrativa. Nros. 250 del 2011; 266 del 2011; 877 del 2011 y 560 del 2012) (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional n.º 702/2018).

Particularmente en los casos previstos en materia de arrendamiento, la Sala instituyó que "(...) De donde se colige que, el carácter imperativo, irrenunciable y de orden público de ciertas normas en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial, no es óbice para que las partes (arrendador y arrendatario) puedan ejercer su derecho fundamental de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir, o que surjan entre ellos con motivo de la relación arrendaticia, tales como, las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de un contrato de arrendamiento, reintegro de alquileres pagados en exceso, reintegro de depósito en garantía, ejecución de garantías, prórroga legal, retracto legal arrendaticio y cualquier otra acción derivada de una relación arrendaticia, claro está, siempre que se trate de un arbitraje de derecho, el cual obliga al árbitro a utilizar las normas sustantivas previstas, en este caso, en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial. (...) Es por ello, que el empleo del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos es admisible para debatir y resolver aquellos casos de arrendamientos de locales comerciales en los que las partes decidan acudir al mismo, contando el árbitro con todas las potestades propias de un juzgador independiente y autónomo, conocedor del derecho, que debe velar de igual manera por su correcta interpretación y aplicación, dándole prevalencia a los principios y normas constitucionales, en atención a lo cual se declara conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 41, literal "j" del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el

Uso Comercial que se hizo en el laudo arbitral dictado el 15 de septiembre de 2016, suscrito por la abogada Irma Lovera de Sola, inserto en el expediente distinguido con el alfanumérico CA01-A-2016-000005, nomenclatura del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, en el que es parte demandante la ciudadana Miriam Josefina Pacheco Cortés y parte demandada la ciudadana Carmen Cárdenas de Rodríguez (...)" (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional. n.º 702 del 18/10/2018)».

Con esta decisión, la Sala Constitucional mantiene vigente el deber de los árbitros de aplicar control difuso en los casos en los cuales una determinada norma colide con una disposición constitucional, para lo cual, una vez hecho el mencionado control, debe remitirse a la Sala copia certificada del expediente, para el debido control constitucional posterior.

III. Nulidad de cláusula de arbitraje comercial en materia de arrendamiento comercial (SCC N° 142/10.04.2023)

Pese a los razonamientos expuestos *supra*, en los cuales la Sala Constitucional continuaba con el criterio acerca de la validez del control difuso de la constitucionalidad sobre el mencionado literal «J» del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, cuyo criterio, se insiste, estaba en fase de sustanciación del control concentrado por dicha Sala, aparece otro criterio en línea opuesta, de manos de la Sala de Casación Civil.

En una sentencia de este año, la Sala de Casación Civil conoció un caso en el cual existía una cláusula arbitral en el contrato de arrendamiento, sobre lo cual entró a analizar la Sala, para concluir que dicha cláusula, al tenor de lo dispuesto en la ley de la materia, contenida una prohibición expresa sobre el arbitraje comercial.

Sala: Sala de Casación Civil

Sentencia: 142 de fecha 10 de abril de 2023

Partes: Inversiones Míster Bread, C.A. vs. Desarrollos 33, C.A.

Ponente: José Luis Gutiérrez Parra

Motivo: Casación de oficio

Máxima: La Sala de Casación Civil conoció un recurso extraordinario de casación civil incoado en un juicio por nulidad de contrato de arrendamiento, el cual casó de oficio al detectar una suposición falsa por desviación ideológica del contrato.

Dentro del razonamiento de su fallo, la Sala analizó las cláusulas del contrato de arrendamiento, sobre el cual declaró la validez de la prohibición expresa en cuanto al consentimiento del arbitraje en materia de arrendamiento comercial, contrariando el criterio establecido por la sentencia de la Sala Constitucional número 702 del 18/10/2018, caso: *Cámara de Caracas*, donde se desaplicó por control difuso el literal «J» del artículo 42 de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario de Uso Comercial.

En su motivación, la Sala reseñó lo siguiente:

«Ahora bien, en cuanto a la cláusula Décima Novena, se evidencia que esta es una clara demostración de la contrariedad e infracción de lo dispuesto en el artículo 41 literal J, en el que se prohíbe expresamente someter a arbitraje los conflictos que se desprendan de los contratos de arrendamiento.

Ahora bien, en relación con el artículo 41, literal “J” de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario de Uso Comercial, la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nro. 800, publicada en fecha 02 de julio de 2015, expediente Nro. 2015-000248, caso: Agropecuaria Ponce y Asociados, C.A. contra Alimentos G.F.M.P.C., C.A., con ocasión a la consulta prevista en los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil, estableció:

(...)

Del precedente jurisprudencial supra transcrito se desprende que efectivamente el Art 41, en su virtud establece una prohibición expresa en cuanto al consentimiento del arbitraje en materia de arrendamiento comercial.

De manera que vemos que existen en el citado contrato de arrendamiento dos cláusulas contra derecho, en ese sentido resulta pertinente pasar hacer un estudio respecto de la teoría de las nulidades de los contratos.

De conformidad con lo expuesto y en aplicación de la citada norma a la cláusula decimonovena es contrario a derecho».

La declaración de que la cláusula de ese contrato es contraria a derecho por contener una cláusula arbitral, viola el criterio fijado por la Sala Constitucional —el cual, como hemos visto, ha sido inveterado—, de manera que, ante esta colisión de criterios, avizoramos un posible y eventual control por parte de la Sala Constitucional en revisión.

IV. Ratificación de criterios sobre la renuncia tácita del arbitraje (SCC N° 271/26.05.2023)

El Tribunal Supremo de Justicia ha establecido una posición respecto a la renuncia tácita del arbitraje, basado en el hecho de que, al haber una relación contractual en la cual existe una cláusula compromisoria, y una de las partes ha acudido al Poder Judicial, su contraparte tendrá la carga de alegar si consiente asistir a los tribunales ordinarios a dirimir su controversia, o si hace valer la cláusula arbitral en cuestión.

En la decisión número 259 del 14 de febrero de 2007¹⁹, la Sala Político-Administrativa expuso:

«Ahora bien, ha sido criterio reiterado de esta Sala que, para la procedencia de la excepción del acuerdo o pacto arbitral frente a la jurisdicción ordinaria, el juez debe valorar los siguientes elementos fundamentales:

¹⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 2.346 del 26 de agosto de 2003, Exp. N° 03-0995, caso: *Consortio Barr, S.A.*, con ponencia de José Manuel Delgado Ocando. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2346-260803-03-0995.HTM>. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

“(a) La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros), como también, los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros.

(b).- La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que, de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b’1) La denominada “Renuncia Tácita al Arbitraje”, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en “forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconvinendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en “forma” esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen la cuestión previa del ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). (Véanse, entre otras, sentencias números 1209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: Hoteles Doral C.A. e Inversiones San Ciprian, C.A., respectivamente)»²⁰ (Este criterio ha sido acogido en varias decisiones por la Sala Constitucional²¹).

Estos criterios han sido reiterados por los diversos fallos del Tribunal Supremo de Justicia en casi dos décadas, con lo cual podemos afirmar sin ambages que el control de la validez de una cláusula arbitral se libra en el campo de la constatación de inexistencia de patologías que no permitan clarificar la verdadera voluntad de las partes.

En tal sentido, los últimos fallos dictados por nuestro Alto Tribunal, han ratificado estos criterios, tal y como se observa de seguidas:

²⁰ Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 259 de fecha 14 de febrero de 2007, Exp. N° 2006-0574, caso: *Urbanizadora Sebucán, C.A.*, con ponencia de Yolanda Jaimes Guerrero. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00259-14207-2007-2006-0574.HTML>. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

²¹ *Vid.*, entre otras, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 2.346 de fecha 26 de agosto de 2003, Exp. N° 03-0995, caso: *Consortio Barr S.A.*, con ponencia de José Manuel Delgado Ocando. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2346-260803-03-0995.HTM>. Consultado en fecha 27 de noviembre de 2023.

Sala: Sala de Casación Civil

Sentencia: 271 de fecha 26 de mayo de 2023

Partes: Miguel Antonio Arnáez Márquez vs. Clínica de Especialidades Médico Quirúrgicas, C.A.

Ponente: Henry José Timaure Tapia

Motivo: Recurso de casación

Máxima: El recurso de casación versó sobre una causa en la cual se declaró la inadmisibilidad *in limine litis* de la demanda por contener el contrato de cuenta de participación, una cláusula arbitral. La Sala casó el fallo indicando que debe permitírsele al demandado ocurrir a la causa y renunciar tácitamente a la cláusula o hacerla valer mediante la cuestión previa por falta de jurisdicción.

Es por ello que, en esta sentencia, se ratificó el criterio de la renuncia tácita cuando la parte demandada no oponga la cuestión previa por falta de jurisdicción.

En efecto, la decisión *in commento* estableció lo siguiente:

«(...) ante la existencia del ejercicio de una acción procesal frente a un órgano jurisdiccional donde exista una cláusula arbitral, el juez o jueza debe darle el debido tratamiento procesal, correspondiéndole darle admisión, sino es contraria a una disposición expresa de la ley, al orden público o a las buenas costumbres, tal cual lo establece el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, pues una de las partes, al intentar el ejercicio jurisdiccional, pretende o enervar el contenido de la cláusula arbitral o renunciar expresamente a su ejercicio, por lo cual, no pueden los jueces y juezas de la República, crear obstáculos o frustraciones imaginarias al ejercicio de la acción, declarando *in limine* la inadmisibilidad de la acción propuesta por la existencia de dicha cláusula compromisoria (...) una vez emplazados los accionados, es decir, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte (demandado) una vez apersonado en juicio no haya opuesto en forma lo contemplado en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando al fondo), bien reconviniendo (mutua petición) o bien quedando contumaz (no contestando la demanda). También, se considerará como renuncia tácita, aún y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula arbitral, dicha oposición u advertencia, no haya sido interpuesta en forma, esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva, relativa al régimen de la falta de jurisdicción prevista en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, perteneciente a los mecanismos de las cuestiones previas.

(...)

Reitera esta Sala de Casación Civil, que dentro de los parámetros del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, no existe norma expresa que otorgue al juzgador o juzgadora la facultad oficiosa de declarar la inadmisibilidad de la acción propuesta, por la existencia de una cláusula compromisoria o acuerdo arbitral de competencia comercial, pues lo correcto es admitir la acción y emplazar al o los accionados, para que una vez citados opongan, en primera oportunidad, la cuestión previa de falta de jurisdicción, sustanciándose, tal cual lo establecen los artículos 346. 1º; 349 y 62, todos del Código de Procedimiento Civil, otorgándosele a las partes la oportunidad de la denominada **“renuncia tácita al arbitraje”**, o a la

posibilidad de conocer la validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula compromisoria, tal cual lo estableció la Sala Constitucional, en fallo vinculante supra mencionado N° 1067 del 3 de noviembre de 2010».

Con este razonamiento, la Sala de Casación Civil ratificó la posición institucional de nuestro Máximo Tribunal respecto a la cláusula arbitral: ésta poseerá validez siempre que no presente patologías en su formulación semántica, esto es, que de la lectura de la misma se desprenda la manifiesta voluntad de los contratantes de someter sus diferencias al arbitraje comercial, excluyendo expresamente al Poder Judicial.

V. Avocamiento de la Sala de Casación Civil de un recurso de nulidad de laudo (SCC N° 651/26.10.2023)

En el año 2020, la Sala Constitucional conoció una solicitud de avocamiento sobre un proceso arbitral que se sustanciaba en un centro de arbitraje. Dicho proceso fue admitido en su primera fase en fecha 20 de febrero de 2020. En el año 2021, se dictó sentencia de fondo²², en el cual se estableció la improcedencia del avocamiento en su segunda fase:

«i) La solicitud de avocamiento se refiere a una causa que no cursa en un Tribunal de inferior jerarquía o de otra de las Salas que conforman este Máximo Tribunal de la República, sino en el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

Sobre este punto, es preciso advertir que el arbitraje ha sido concebido por esta Sala como un integrante del Sistema de Justicia, no en una relación de subordinación sino en una relación de colaboración respecto del Poder Judicial, que ofrece la oportunidad de desahogar o descongestionar el sistema de justicia de las distintas causas que le corresponde conocer, siempre y cuando, ese sea el medio escogido por las partes para dirimir sus conflictos inter-subjetivos de intereses, dado que su propia esencia le da el carácter de alternativo y por tanto el arbitraje se erige en una jurisdicción alternativa, mientras que la jurisdicción ordinaria es la manifestación propia del sometimiento a la vía judicial (*Vid. s. SC N° 0702, dictada el 18 de octubre de 2018, caso: "Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas"*).

ii) El objeto del presente avocamiento lo constituye "un borrador de laudo definitivo" que fue entregado a las partes sometidas a arbitraje, el cual está sujeto a observaciones por las partes contendientes en ese proceso, para que luego de acogidas o desestimadas por el tribunal arbitral, se emita el laudo definitivo; con lo cual se tiene que las presuntas violaciones de orden constitucional denunciadas por la parte solicitante no resultan concretadas ni provenientes de la amenaza de un proceso de arbitraje que evidencie un grave desorden procesal o escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen la paz pública o la institucionalidad democrática, en los términos establecidos en el artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pues de acuerdo a lo narrado por la solicitante lo que se cuestiona del proceso de arbitraje es el contenido del "borrador del laudo definitivo", el cual además de ser un paso previo a la emisión del laudo definitivo, será objeto de observaciones por las partes contendientes y de acuerdo a su acogimiento o rechazo por parte del

²² *Vid.*, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia número 151 de fecha 30 de abril de 2021, Exp. N° 20-106, caso: *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, con ponencia de René Alberto Degraeves Almarza. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>. Consultada en fecha 27 de noviembre de 2023.

tribunal arbitral, podrían variar las circunstancias denunciadas como lesivas por la parte aquí solicitante del avocamiento.

iii) Finalmente, aprecia esta Sala, que de persistir las lesiones de orden constitucional, luego de realizadas las observaciones respectivas al “borrador del laudo definitivo” y una vez dictado el laudo arbitral definitivo, la respectiva impugnación del mismo, de considerarse pertinente, procedería bien por la vía ordinaria ante la interposición de un eventual recurso de nulidad de laudo arbitral de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, o bien por vía excepcional a través del ejercicio de una acción de amparo constitucional o mediante el mecanismo de revisión constitucional, según corresponda.

Así las cosas, la Sala advierte que en el caso concreto no se dan los supuestos para avocar o asumir el conocimiento del avocamiento solicitado por la sociedad mercantil Alimentos Polar Comercial C.A., (antes denominada C.A. promesa), en la causa que le sigue Modexel Consultores e Servicios S.A., ante el Tribunal Arbitral constituido en el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), en el expediente N° 145-18. Y así se decide».

Esta decisión fue un hito en el derecho venezolano, pues por primera vez se solicitaba el avocamiento de la Sala Constitucional de un proceso arbitral, cuestión que fue sumamente comentada en el foro²³. Con su decisión de fondo, la Sala estableció el criterio de la inadmisibilidad del avocamiento por carecer de competencia legal para hacerlo respecto a un proceso sometido a arbitraje comercial.

La Sala de Casación Civil conoció este año una solicitud de avocamiento sobre una solicitud de nulidad de laudo arbitral. La nulidad de laudo, como es conocido, es una pretensión de nulidad contra un laudo arbitral, ceñida a las específicas causales previstas en la Ley de Arbitraje Comercial²⁴.

Es inédito en el derecho procesal moderno que una Sala se haya avocado a un proceso de nulidad de laudo, lo cual, si bien de entrada no contradice el fallo *supra* anotado del caso *Alimentos Polar Comercial, C.A.*, si pudiera plantear un escenario bastante complicado para lo que será la segunda fase del avocamiento:

Sala: Sala de Casación Civil

Sentencia: 651 de fecha 26 de octubre de 2023

Partes: Carroferfa Media Group, C.A.

Ponente: José Luis Gutiérrez Parra

Motivo: Avocamiento contra un recurso de nulidad de laudo arbitral

²³ En particular, *Vid.*, DE JESÚS GONÇALVES, Gabriel, «La presentación previa del laudo. Duelo entre el vanguardismo y el ventajismo», en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, número 2, Asociación Venezolana de Arbitraje (AvA), Caracas, 2021, en particular referencia a las páginas 90-93.

²⁴ *Vid.*, entre otras, RENGEL, Pedro, «La impugnación del laudo arbitral», en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, número 2, Asociación Venezolana de Arbitraje (AvA), Caracas, 2020, pp. 177-210. HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *El arbitraje comercial en Venezuela*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, Caracas, 2000. MEZGRAVIS, Andrés, CARRILLO, Marcos, SAGHI, Pedro, «El recurso de nulidad contra el laudo arbitral», en ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, *et al*, *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Club Español del Arbitraje, Caracas, 2013, pp. 503-558.

Máxima: El Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de Caracas, conoció un recurso de nulidad del laudo dictado por un tribunal arbitral del CEDCA. Es el caso que, teniendo más de un año la sustanciación de dicho recurso, sin que hubiere sentencia, y habiéndose producido un desorden procesal, la Sala declaró procedente la primera fase del avocamiento.

En tal sentido, se ratificaron los cinco requisitos establecidos en la Ley y en la jurisprudencia para declarar procedente la primera fase del avocamiento. Esta solicitud se practicó sobre un proceso que conocía un recurso de nulidad de laudo arbitral, con lo cual, de declararse con lugar la segunda fase, la Sala de Casación Civil conocería el fondo de un recurso de nulidad de laudo por primera vez.

En el citado fallo, la Sala de Casación Civil detalló la concurrencia de los cinco requisitos previstos para la admisión, en su primera fase, del avocamiento²⁵, y luego expuso:

«(...) visto que se dieron por cumplidos todos los supuestos necesarios para **la procedencia en primera fase de esta solicitud de avocamiento**, fijados conforme a la doctrina de esta Sala antes descrita en este fallo, y se evidencia la posible transgresión del orden público procesal y constitucional, que ameritan el conocimiento a fondo de la Sala del actual asunto, al tener inherencia directa con el interés público o social, y al trastocar y poner en tela de juicio ante la comunidad, la legalidad e institucionalidad de las actuaciones de los funcionarios y órganos del Estado Venezolano, y que estos supuestos son suficientes para su admisión y trámite; en consecuencia, **esta Sala se avoca al conocimiento del caso**, y juzga **procedente la primera fase del avocamiento**, con la consecuente obligación de solicitar el expediente involucrado al caso a la juez de instancia correspondiente, **para lo cual se le concede un plazo de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de su notificación, y ordenar la paralización de dicho proceso judicial, para un estudio a fondo del mismo, en su segunda fase. Así se decide**».

Aquí lo verdaderamente importante es qué va a ocurrir en la segunda fase del avocamiento: estamos ante la posibilidad de que la Sala de Casación Civil conozca el fondo, bien sea del recurso de nulidad —con esto, el fondo se referiría a declarar con lugar o no el recurso en cuestión—, o, incluso, el fondo del arbitraje, es decir, el *thema decidendum* debatido en el centro de arbitraje.

²⁵ Los cuales son: 1) Que el objeto de la solicitud de avocamiento sea de aquellas materias que estén atribuidas ordinariamente, por el legislador, al conocimiento de los tribunales. 2) Que un asunto judicial curse ante algún otro Tribunal de la República. 3) Debe tratarse de un caso de manifiesta injusticia o cuando en criterio de la Sala, existan razones de interés público o social que justifiquen la medida o cuando sea necesario restablecer el orden de algún proceso judicial que lo amerite en razón de su trascendencia o importancia. 4) Que en el juicio cuya avocación se ha solicitado exista un desorden procesal de tal magnitud que exija su intervención, si se advierte que bajo los parámetros en que se desenvuelve no se garantiza a las partes el debido equilibrio a sus pretensiones. 5) Que las garantías o medios existentes resulten inoperantes para la adecuada protección de los derechos e intereses jurídicos de las partes intervinientes en determinados procesos.

Ambas situaciones poseen su gravedad: en el primero de los casos, la Sala se convertiría en el órgano que anularía el laudo, situación no prevista en la Ley de Arbitraje Comercial, y en el segundo caso, aún más grave, la Sala resolvería el asunto planteado como si fuera el tribunal de arbitraje.

Aquí pudieran darse algunos supuestos:

- i. Que la Sala de Casación Civil ordene al Tribunal Superior la subsanación de los errores procesales y dictar la sentencia de fondo como le corresponde a ese órgano jurisdiccional superior; o
- ii. Que, a todo evento, sustituirse en el tribunal superior —dudosa constitucionalidad— y ordenar la emisión de un nuevo laudo sin los vicios anotados, pero nunca podría la Sala de Casación Civil entrar a dictar una sentencia de fondo y menos aún, un laudo sin potestad para ello.

Esta especial circunstancia es merecedora de mucha atención, y nosotros, como seguramente todo el foro, estaremos esperando la sentencia que resuelva el avocamiento.

VI. Poder Judicial y falta de jurisdicción

En materia de falta de jurisdicción por existencia de una cláusula arbitral, la Sala Político-Administrativo mantiene su posición respecto a que, de existir una cláusula sin patologías, el Poder Judicial no tendría jurisdicción:

Sala: Sala Político-Administrativa

Sentencia: 610 de fecha 26 de octubre de 2022

Partes: Juan Pablo Castillo Díaz y Patricia Carlota Fontana Fuentes vs. José Bernardo Escorihuela Trujillo y Cleotilde María Urbina de Escorihuela

Ponente: Bárbara Gabriela César Siero

Motivo: Regulación de jurisdicción

Máxima: La Sala Político-Administrativa conoció un recurso de regulación de jurisdicción ante la declaratoria de improcedencia de la cuestión previa por falta de jurisdicción declarada por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. La cuestión previa fue opuesta por existir una cláusula arbitral.

La Sala declaró con lugar el recurso de regulación de jurisdicción, al encontrar válida la cláusula arbitral. Y, en tal sentido, se ratificó la falta de jurisdicción en favor del arbitraje comercial cuando **«en una cláusula contractual o en un acto independiente esté incluido un acuerdo de arbitraje, este adquiere carácter vinculante para las partes que**

han suscrito el contrato, quienes por el acuerdo se obligan a dirimir sus controversias ante árbitros y renuncian a acudir ante los órganos jurisdiccionales ordinarios».

Sala: Sala Político-Administrativa

Sentencia: 330 de fecha 28 de julio de 2022

Partes: Promociones Roan, C.A. vs. David Sandor Ramirez Chacón y Olivia Yajaira Gómez Vivas

Ponente: Bárbara Gabriela César Siero

Motivo: Regulación de jurisdicción

Máxima: La Sala Político-Administrativa conoció de un recurso de regulación de jurisdicción en una causa donde existía una cláusula arbitral. Analizada la misma, la Sala concluyó que la cláusula estaba conforme a derecho, sin patología alguna, y declaró con lugar la falta de jurisdicción y se ratificó el fallo proferido por el juzgado de origen. Se ratificó la falta de jurisdicción en favor del arbitraje comercial, pues **«se aprecia que las partes ejerciendo el principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, decidieron someter las controversias que pudiesen surgir entre ellas en relación al contrato suscrito a la decisión de un tribunal arbitral, lo cual en acatamiento de la antes citada sentencia vinculante de la Sala Constitucional número 1067 de fecha 3 de noviembre de 2010, es suficiente para concluir que la acción planteada debe ser resuelta mediante arbitraje».**

Sala: Sala Político-Administrativa

Sentencia: 15 de fecha 10 de febrero de 2022

Partes: Silmor, C.A. vs. Unilever Andina Venezuela, S.A.

Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

Motivo: Regulación de jurisdicción

Máxima: La Sala Político-Administrativa conoció de un recurso de regulación de jurisdicción en una causa, dado que el juzgado de origen declaró con lugar la cuestión previa por falta de jurisdicción en razón de existir una cláusula arbitral.

Analizada como fue la misma, la Sala concluyó que la cláusula cumplía con los requisitos de ley y con la voluntad de las partes, y en tal sentido, ratificó el fallo de instancia y declaró la falta de jurisdicción en favor del arbitraje comercial, pues **«De acuerdo con lo previsto en la cláusula transcrita, se aprecia que las empresas contratantes acordaron, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.159 del Código Civil, someter las controversias que pudiesen surgir entre ellas a la decisión de un tribunal arbitral, sin que de la referida cláusula pueda cole-**

girse una manifestación genérica, imprecisa o incompleta, sino que por el contrario estipularon la forma y ante quienes resolverían sus eventuales disputas respecto al cumplimiento de la contratación que acordaron».

Sala: Sala Político-Administrativa

Sentencia: 258 de fecha 13 de abril de 2023

Partes: Convenios Operativos Nacionales, C.A. vs. Constructora Norberto Odebrecht, S.A. (hoy CNO), y Consorcio Línea II.

Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero

Motivo: Regulación de jurisdicción

Máxima: La Sala Político-Administrativa conoció de un recurso de regulación de jurisdicción en una causa en la cual se declaró con lugar la falta de jurisdicción del Poder Judicial por existir una cláusula arbitral.

La Sala analizó la cláusula en cuestión y verificó que en la misma estaba implicada la prestación de un servicio público **«visto que en el caso bajo examen está involucrada la prestación de un servicio público a través de obras realizadas por un particular, pero por disposición del Estado actuando investido de ius imperio, juzga la Sala, que en este caso concreto el análisis de la presente causa no puede ser sustraído del conocimiento de los órganos jurisdiccionales. // Asimismo, importa destacar que la presente declaratoria, en modo alguno implica el menoscabo del principio de autonomía de la voluntad de las partes, cuya excepción fue observada de conformidad con los razonamientos expuestos en acápites anteriores y, toda vez que el interés general prima sobre los derechos individuales o particulares».**

Con vista a ello, se declaró sin lugar la regulación de jurisdicción y se declaró que el Poder Judicial sí tiene jurisdicción sobre la causa.

VII. Patología de la cláusula arbitral cuando es potestativa para una sola de las partes

Una decisión con un criterio bastante relevante fue el que expuso la Sala Político-Administrativa en su sentencia número 938 de fecha 19 de octubre de 2023, en la cual analizó la existencia de una patología cuando la operatividad de una cláusula arbitral depende únicamente de una de las partes:

Sala: Sala Político-Administrativa

Sentencia: 938 de fecha 19 de octubre de 2023

Partes: César Augusto Cabeza vs. Constructora Sambil, C.A.

Ponente: Juan Carlos Hidalgo Pandares

Motivo: Regulación de jurisdicción

Máxima: La Sala Político-Administrativa conoció de un recurso de regulación de jurisdicción en una causa en virtud de la declaratoria de improcedencia de la cuestión previa por falta de jurisdicción en una causa donde existía cláusula arbitral.

La Sala analizó la cláusula en cuestión y concluyó que era patológica, con lo cual, en razón de su argumentación, ratificó el criterio de que existe patología cuando no se desprende de la misma, la expresa voluntad de ambos contratantes de acudir al arbitraje comercial **«es una cláusula predispuesta en beneficio exclusivo de una de las partes identificada en dicho contrato como “LA VENDEDORA”, toda vez que tal y como fuera determinado en la sentencia bajo estudio, destaca la forma en que se encuentra redactada la cláusula compromisoria que nos ocupa, por cuanto dejó abierta la posibilidad de que alguna de las partes optase por recurrir a otra vía distinta a la arbitral y en consecuencia, se evidenció que no hay una sujeción absoluta de los contratantes al arbitraje, sino que la misma se contempló como una sumisión parcial y en forma optativa (en este caso a favor de la vendedora); supuesto en el cual se requiere que la manifestación de voluntad sea expresa e independiente».**

De conformidad con el anterior criterio, en los casos en los cuales la cláusula esté redactada de forma que sólo una de las formas «active» la vía del arbitraje comercial, se entiende que no hay una manifestación de voluntad inequívoca de ambas partes, por lo que dicha cláusula es patológica y, de suyo, inválida.

CONCLUSIONES

El aspecto positivo de la enumeración jurisprudencial antes transcrita, es que la tendencia de nuestro Máximo Tribunal es la de difundir al arbitraje como un legítimo medio de resolución de controversias.

Con ese perfil, el Tribunal Supremo de Justicia manifiesta que no existe una dicotomía entre el Poder Judicial y el arbitraje comercial, pues ambas son distintas caras de una misma moneda: el sistema de justicia.

Por ello, aplaudimos este espaldarazo al arbitraje comercial —y en general, a los distintos medios de resolución de controversias— que el Tribunal Supremo de Justicia le da, con lo cual, pese a ciertas decisiones que, de alguna forma, contradicen ciertas posturas establecidas en la inveterada jurisprudencia de ese Alto Tribunal, podemos afirmar que el arbitraje como institución, tiene en el Poder Judicial un gran aliado.

Hacemos votos porque las sucedáneas decisiones reafirmen esta tendencia y garanticen la eficacia de las decisiones de los tribunales arbitrales, en franco respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes y de la voluntad de decidir sus controversias bajo la égida de la justicia por consenso.

No dudamos que esta tendencia jurisprudencial, apunta en la dirección que guía los pasos y la razón de ser de la Asociación Venezolana de Arbitraje AvA, como es apoyar y difundir la cultura arbitral, así como promover a Venezuela como sede segura y confiable para la tramitación y resolución de arbitrajes comerciales.

Una aproximación a la teoría jurídica del arbitraje desde una concepción liberal

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 57-74

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad responder a las preguntas: ¿el arbitraje existe gracias a la regulación vigente?, o ¿el arbitraje nace con anterioridad a su regulación?, las respuestas a estas interrogantes se fundamentarán mediante los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, la cual es una corriente de la filosofía liberal que estudia la acción humana desde la libertad individual, defiende la iniciativa privada, la creatividad empresarial y rechaza la coacción del Estado. Dicha Escuela se caracteriza por ser multidisciplinaria ya que ofrece una forma de entender, no sólo la economía, sino también la sociedad, el Derecho y en definitiva al ser humano y su acción.

Palabras clave: Arbitraje, Escuela Austríaca de Economía, libertad.

An approach to the legal theory of arbitration from a liberal conception

Abstract: *The purpose of this paper is to answer the questions: does arbitration exist thanks to current regulations? or does arbitration arise prior to its regulation? The answers to these questions will be based on the postulates of the Austrian School of Economics, which is a current of liberal philosophy that studies human action from individual freedom, defends private initiative, business creativity and rejects State coercion. This School is characterized by being multidisciplinary since it offers a way of understanding, not only the economy, but also society, the Law and ultimately the human being and his action.*

Keywords: *Arbitration, Austrian School of Economics, freedom.*

Autor invitado.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

Una aproximación a la teoría jurídica del arbitraje desde una concepción liberal

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 57-74

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. El arbitraje como producto del orden espontáneo. 2. La búsqueda de alternativas ante las deficiencias del sistema público de solución de conflictos que ofrece el sistema público del Estado. 3. La libertad como punto de partida. 4. El arbitraje y las cortezas normativas. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje se presenta como un medio para resolver los conflictos en contraposición a la jurisdicción ordinaria *"monopolizada por el Estado a través de los organismos judiciales estatales, los que se guían por procedimientos establecidos legislativamente, y donde se llega a soluciones impuestas por la autoridad judicial"*¹.

Se trata de un medio de solución de controversias que precedió a la jurisdicción estatal. Según señala Fernando Vargas², en la antigua Roma, antes de constituirse tribunales judiciales, los conflictos se resolvían por terceros, usualmente privados, e imparciales.

Las Leyes de Toro de 1505 y una Pragmática de 1532, son de las primeras regulaciones dictadas por España para el nuevo continente en las cuales se previó al arbitraje³. Sin embargo, el arbitraje fue reconocido constitucionalmente por primera vez en Venezuela en la Constitución de 1830, cuando se previó en su artículo 190 la posibilidad de

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Cursante del Doctorado en Ciencias Mención Derecho, UCV y UCAB. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratos Mercantiles y Títulos Valores, Facultad de Derecho, UCAB. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. Profesor de Contratación Mercantil (Especialización en Derecho Mercantil), Postgrado, UCAB. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de SOVEDEM. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com

¹ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos del derecho*, (Buenos Aires: Colón Editorial Argentina, 2018), p. 207.

² Fernando Vargas citado por Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, (Editorial Legis, 2.ª Edición Ampliada, 2013), p. 3.

³ Ver: J. Eloy Anzola, *El arbitraje en la Antigüedad, Grecia y Roma, en el Medioevo español y en la América Hispana*, El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, ed. Luis Alfredo Araque Benzo et al. (Caracas: CACC, CEDCA, y otros, 2013), pp. 32-33.

terminar las diferencias por árbitros; disposición que fue reproducida en la Constitución de 1857, y como indica Alvaro Badell⁴, el arbitraje, en el constitucionalismo venezolano desapareció hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1999⁵.

El arbitraje fue incluido en los Códigos Procesales de 1897, 1904⁶ y 1916⁷. Mención especial merece la reforma de 1986⁸, en la que se reconoció el carácter vinculante del acuerdo arbitral, pero fue con el Código de Procedimiento Civil de 1990⁹ cuando "*el arbitraje se afianzó definitivamente en la legislación procesal de Venezuela*"¹⁰.

La Ley de Arbitraje Comercial¹¹ venezolana siguió la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) de 1985¹², a partir de entonces, por primera vez en el país se cuenta con una Ley especial que genera una mayor confianza al ofrecer reglas claras para aquellos comerciantes que decidan someter a arbitraje los conflictos que pudieran generarse en el marco de un negocio jurídico determinado.

No obstante, nos preguntamos, ¿el arbitraje existe gracias a la regulación vigente?, o ¿el arbitraje nace con anterioridad a su regulación?, las respuestas a estas interrogantes las podemos encontrar en los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, la cual es una corriente de la filosofía liberal que estudia la acción humana desde la libertad individual, defiende la iniciativa privada, la creatividad empresarial y rechaza la coacción del Estado. Dicha Escuela se caracteriza por ser multidisciplinar ya que "*ofrece una forma de entender, no sólo la economía, sino también la sociedad, el Derecho y en definitiva al ser humano y su acción*"¹³.

Con los postulados de la Escuela Austríaca de Economía se trata de elaborar toda una teoría del Derecho a partir del individualismo metodológico y con ello desligar al Derecho de intervenciones de la autoridad pública¹⁴.

⁴ Alvaro Badell Madrid, *Pasado, presente y futuro del arbitraje comercial en Venezuela*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 1. (Caracas, Asociación Venezolana de Arbitraje, 2020), p. 19.

⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

⁶ Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y demás Tribunales de la República, dictado el 5 de mayo de 1904.

⁷ Promulgado el 4 de julio de 1916.

⁸ Gaceta Oficial Nro. 3694, extraordinario, 22 de enero de 1986.

⁹ Publicado en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

¹⁰ Alvaro Badell Madrid, *Pasado...*, p. 21.

¹¹ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430, del 7 de abril de 1998.

¹² Ley modelo de arbitraje comercial internacional. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. UNCITRAL, 1985.

¹³ Huerta de Soto y Núñez Del Prado. *El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo*. Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 40, (Madrid: CEA, 2021), p. 68.

¹⁴ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 22.

Si bien en Venezuela el arbitraje cuenta con reconocimiento a nivel constitucional y jurisprudencial, así como con una Ley especial, y que, con el pasar de los años se ha venido incrementando el interés en su estudio por parte de profesionales del derecho, han surgido nuevos centros de arbitraje, se cuenta con asociaciones orientadas a su promoción, y resulta cotidiano que el arbitraje forme parte del pensum de las principales universidades del país; también es cierto que, se trata de una institución cuyo estudio y análisis se encuentra en un continuo proceso evolutivo.

Sin embargo, ha habido pocos intentos de construir una teoría jurídica del arbitraje bajo los postulados de la Escuela Austríaca de Economía. Resaltan los trabajos de Sonsoles Huerta de Soto, primero en coautoría con Marco de Benito, titulado *"El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo"*, el cual es una transcripción de la conferencia pronunciada por los autores en el marco de las actividades del CEA-40, y que fue publicado en la Revista del Club Español del Arbitraje Nro. 22/2015, y el segundo, en coautoría con Fabio Núñez Del Prado, titulado *"El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo"*, publicado en la Revista del Club Español del Arbitraje Nro. 40/2021.

El presente trabajo tiene por finalidad aportar unas breves líneas programáticas que permitan explicar a la teoría jurídica del arbitraje a través de los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, con un enfoque amplio que abarca tanto al arbitraje doméstico como al internacional.

1. El arbitraje como producto del orden espontáneo

Tratar de ubicar el momento exacto en el que nació el arbitraje resulta una tarea prácticamente imposible, de hecho, Carnelutti ha señalado que el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial.

Siguiendo los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, es posible afirmar que el arbitraje (o en un sentido más amplio, los medios alternos de resolución de disputas que incluyen a la mediación, conciliación, arbitraje, entre otros) es producto de un orden espontáneo, que se ha ido desarrollando mediante un proceso social constituido por una multiplicidad de acciones humanas¹⁵.

Lo más probable es que ese orden espontáneo surgió ante la necesidad de superar el uso de métodos violentos para la resolución de los problemas en donde el más fuerte resultaba vencedor.

Los órdenes sociales nacen gracias a un orden espontáneo, el mejor ejemplo es el lenguaje, ya que los idiomas y dialectos fueron creados mediante un proceso espontáneo que fue fruto de la acción humana. Al respecto, Hayek explica lo siguiente:

¹⁵ Jesús Huerta de Soto, *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, (Madrid: Unión Editorial, 6ª Ed., 2016), p. 24.

*Nos basta considerar el lenguaje, que hoy día nadie piensa que fue "inventado" por un ser racional, para ver qué razón y civilización se desarrollan en constante interacción mutua. Pero aquello que ahora no cuestionamos en relación al lenguaje (aun cuando esto es comparativamente reciente) no es de modo alguno aceptado respecto de la moral, la ley, las destrezas de la artesanía o de las instituciones sociales. Estamos aun fácilmente propensos a dar por sentado que estos fenómenos, que son evidentemente el resultado de acciones humanas, también deben haber sido concebidos por una mente humana en circunstancias creadas para los objetivos que le son útiles, es decir, que son lo que Max Weber llamaba los productos wert-rationale. En síntesis, se nos induce erróneamente a pensar que la moral, la ley, las artes y las instituciones sociales pueden justificarse sólo en cuanto correspondan a un propósito preconcebido.*¹⁶

Siguiendo con el ejemplo del lenguaje, ¿sería posible su creación mediante una forma constructivista?, definitivamente no, ya que se forma a través de un proceso impulsado por la acción humana repetida en el tiempo, de manera consciente y deliberada, con un propósito claro, y que se desarrolla en un contexto de limitaciones. Lo mismo ocurre con el arbitraje. Es que tal y como ha señalado Adam Ferguson, "*muchas de las instituciones humanas son el resultado de la acción humana, pero no del diseño humano*"¹⁷, y es que, como explica Hayek, no podrían haberse creado por una mente individual ya que nadie es lo "*suficientemente inteligente para hacerlo*"¹⁸.

No solo resulta imposible ubicar el momento exacto en el que nació el arbitraje por tratarse del resultado del orden espontáneo, sino que, tal y como señala Hayek, si bien la razón humana puede llegar a explicar ordenes espontáneos ya generados y en evolución, no le será posible construir desde cero y de forma deliberada una estructura similar¹⁹.

La Escuela Austríaca de Economía se presenta con una visión totalmente opuesta a la estructura constructivista, centralizada y jerarquizada para el nacimiento de las normas, impulsado por el positivismo. Es por ello por lo que Ghersi considera que: "*siendo el orden social descentralizado y competitivo, y teniendo un origen infinitamente disperso, consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana, siendo por consiguiente praxeológico, es muy claro que las "fuentes del derecho" también tienen que conservar esa característica*"²⁰.

Tal y como señala Friedman²¹: "*Un sistema normativo legal no es exclusivamente, ni quizás principalmente, producto de un diseño humano deliberado. En gran medida, representa el resultado espontáneo de un gran número de decisiones individuales, toma-*

¹⁶ Friedrich A. von Hayek, *Los errores del constructivismo*, Revista del Centro de Estudios Públicos Nro. 29, (Chicago: 1970), p. 90.

¹⁷ Adam Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society*, (Londres: T. Cadell, 1782), p. 90.

¹⁸ Friedrich A. von Hayek, *Three Sources of Human Values*, The London School of Economics and Political Science. (Londres: 1978), p. 32.

¹⁹ Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación y Libertad*, (Madrid: Unión Editorial, 2013), p. 57 y ss.

²⁰ Enrique Ghersi, *El carácter competitivo de las fuentes del derecho*, Revista de Economía y Derecho Nro. 7, (Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2010), p. 8.

²¹ David Friedman, *El orden del derecho*, (Buenos Aires: Ed. Innisfree, 2021), p. 16.

das por legisladores que negocian disposiciones particulares del derecho o jueces que intentan encontrar y justificar sus veredictos en casos concretos".

De tal manera que, la Escuela Austriaca se opone a la concepción constructivista kelseniana de que las normas deben ser producto de la voluntad del legislador, porque colisiona con el proceso espontáneo de su formación²². Para comprender este fenómeno social, la Escuela Austriaca de Economía propone la teoría del "individualismo metodológico", según el cual, un examen razonable de los fenómenos sociales "debería partir del reconocimiento de que ellos son producto de la interacción de individuos, y que, en consecuencia, el estudio de la sociedad debe basarse necesariamente en el estudio del ser humano"²³.

Para ello, Ludwig von Mises propuso la "praxeología", la cual parte de que los seres humanos conducen su vida por medio de acciones conscientes y deliberadas. Tales acciones humanas suponen propósitos, elección de medios, valoraciones, y se desarrollan en un contexto de limitaciones de conocimiento, recursos, tiempos, entre otros²⁴.

Según Mises²⁵, las ciencias de la acción humana se interesan por la actuación del individuo, debido a que "el colectivo nace por las ideas que impulsan a los individuos a comportarse como miembros de un grupo determinado y deja de existir cuando el persuasivo poder de estas ideas se desvanece. La única manera de conocer los colectivos es el análisis de la conducta de sus miembros"²⁶. Es por ello por lo que, Anthony Evans concluye que al perderse de vista al individuo los demás colectivos no tienen ningún sentido²⁷, y Rothbard considera que solo los individuos tienen fines y pueden actuar para alcanzarlos²⁸.

El individualismo metodológico implica ver a las instituciones sociales como una consecuencia de la acción de los individuos y, por tanto, se coloca a la acción individual como el centro principal de la investigación científica²⁹. Partir el estudio de las ciencias sociales, incluyendo el derecho, desde los colectivos nos hará tropezar con un obstáculo, y es que el individuo puede pertenecer y de hecho pertenece, a varias agrupaciones colectivas³⁰.

²² Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación...* p. 36.

²³ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 27.

²⁴ Murray Rothbard, *Praxeology: The Methodology of Austrian Economics*, The Foundations of Modern Austrian Economics, (New York: New York University, 1976), pp. 17-39.

²⁵ Ludwig von Mises, *La Acción Humana: Tratado de Economía*, (Madrid: Unión Editorial, 13ª Ed., 2018), p. 50.

²⁶ Ludwig von Mises, *Los fundamentos últimos de la ciencia económica*, (Buenos Aires: Unión Editorial, 2012), p. 129.

²⁷ Anthony J. Evans, *Solo los individuos eligen*, Manual de economía austriaca contemporánea, (Madrid: Unión Editorial, 2016), pp. 87 y ss.

²⁸ Murray Rothbard, *El Hombre, la Economía y el Estado*, Volumen I, (Madrid: Unión Editorial, 2ª Ed., 2020), p. 2.

²⁹ Anthony J. Evans, *Solo los individuos eligen...*, p. 88.

³⁰ Ludwig von Mises, *La Acción Humana...*, p.53.

En el arbitraje internacional resulta mucho más fácil explicar la teoría del orden espontáneo, primero porque no existe un Estado con el poder coactivo que tenga un alcance global, por lo que los Estados no tienen otra opción que cooperar pacíficamente, especialmente cuando se trata de arbitraje de inversión. Segundo, no existe una ley sustantiva ni procesal que regule al arbitraje internacional a nivel global, si bien existen instrumentos de *softlaw* que sirven de orientación especialmente respecto al procedimiento, estos son de carácter voluntario para las partes, igual que los reglamentos de los centros de arbitraje, a los cuales las partes decidirán si se someten o no a ellos. El hecho de que existan leyes locales o tratados internacionales que regulen al arbitraje, se trata más de un reconocimiento que hace el Estado a los efectos de garantizar la ejecución forzosa de los laudos arbitrales. Tercero, en el tráfico comercial internacional participan sujetos de distintas nacionalidades, con diferentes idiomas y culturas, pero esto no ha impedido el uso del arbitraje como medio de resolución de conflictos en el marco de la contratación internacional.

En el arbitraje doméstico la situación es similar. La posibilidad de que las partes puedan dirimir sus conflictos de índole doméstico surge, al igual que en el arbitraje internacional, por un proceso social evolutivo y espontáneo que tiene su punto de partida en el hecho de que los comerciantes lo concibieron como un medio beneficioso a sus intereses, que tal y como se explicará en el punto siguiente, surge para superar las barreras o deficiencias de la jurisdicción ordinaria. Esto se fundamenta en el hecho de que las personas actúan guiadas por su propio interés, persiguiendo aquellos fines que consideran más valiosos para mejorar su condición de vida³¹, es que definitivamente, *"cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias"*³².

Consideración especial amerita el arbitraje obligatorio en contraposición al voluntario. Mientras que en el segundo resulta evidente la necesaria presencia del carácter consensual para su aplicabilidad, en el primero, las partes acuden al arbitraje por un mandato legal, es decir, no porque así lo decidieron por convenir mejor a sus intereses para alcanzar sus fines, sino porque una norma así lo dispuso.

En situaciones como la descrita, Ricardo Rojas considera que el Estado ha expropiado uno de los aspectos más importantes de la interacción humana, como es la de resolver los conflictos que ella origina, y que las soluciones estatales responden a objetivos estatales, no necesariamente a lo que cada persona desea lograr con sus reclamos³³.

³¹ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 40.

³² Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 210.

³³ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 209.

A primera vista pareciera que el arbitraje obligatorio es producto del constructivismo, y que su fundamento se acerca más al positivismo que a los postulados de la Escuela Austríaca de Economía, debido a que el protagonista es el legislador y no el hombre, es decir, el que actúa es el Estado a través de un órgano que atiende a las órdenes y reglamentos administrativos.

Sin embargo, no es así, y para demostrarlo debemos volver a la teoría del "individualismo metodológico", con lo cual, cuando hacemos un examen razonable del fenómeno social, descubrimos que la norma viene a ser el reconocimiento que hace el Estado de la interacción de los individuos, y que, si dicha norma reflejara una situación contraria a los intereses de las partes, los jueces de la República tendrían que desaplicarla.

Los órdenes espontáneos necesitan por un lado de un amplio ámbito de libertad para poder nacer, desarrollarse y consolidarse, y por el otro, de individuos que actúan de una manera determinada para alcanzar los fines que se han trazado. La jurisdicción arbitral no puede ser entendida como algo que sea creado o permitido por el Estado, sino que la creación de la jurisdicción arbitral depende de los individuos que la pactan³⁴. La legislación no es otra cosa más que el reconocimiento del hecho social provocado por el orden espontáneo.

La Escuela Austríaca de Economía aboga por la mínima intervención posible del Estado en la espera particular de los individuos, por ello el legislador debería tener un rol menos protagónico del que actualmente tiene, en cambio, de los jueces y/o árbitros, una mayor participación, pero con un norte claro, como lo es la resolución de una controversia. Esta escuela de pensamiento respetará la decisión de las partes, ya sea que decida acudir a la jurisdicción ordinaria para dirimir el conflicto, o sea acudir a un arbitraje. Sin embargo, el arbitraje ofrece unos incentivos especiales para que sea la opción favorita para las partes, que van desde la mejor eficiencia de los tiempos, especialidad de los árbitros, confidencialidad, entre otros.

2. La búsqueda de alternativas ante las deficiencias del sistema público de solución de conflictos que ofrece el sistema público del Estado

Independientemente de que se trata de un arbitraje comercial o de inversión, obligatorio o voluntario, institucional o *ad-hoc*, siempre implicará la resolución de conflictos de una manera diferente a la que tradicionalmente ofrece el sistema público del Estado, y surgen para subsanar las deficiencias de dicho sistema estatal.

³⁴ Fernando Sanquírigo Pittevil, *Arbitraje y Derechos Humanos*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 2, (Caracas, Asociación Venezolana de Arbitraje, 2021), p. 74.

De acuerdo con Ricardo Rojas, *“el Estado ha expropiado uno de los aspectos más importantes de la interacción humana, como es la de resolver los conflictos que ella origina; y las soluciones estatales responden a objetivos estatales, no necesariamente a lo que cada persona desea lograr con sus reclamos”*³⁵.

Según dicho autor, los sistemas judiciales estatales tienen por objeto hacer cumplir la ley y no servir a las personas para resolver sus conflictos. Esto debido a que la base filosófica de dichos sistemas considera al orden jurídico como un conjunto de normas que regulan la coexistencia de las personas e imponen conductas, y resulta que dichas normas son producidas por el mismo órgano político. Por eso, inclusive cuando resuelve conflictos particulares el orden judicial, vela por el mantenimiento del orden público³⁶.

No solo el sistema judicial no está orientado en servir a las personas, sino que el monopolio estatal de la judicatura genera importantes costes de transacción ya que³⁷:

- i. Impone criterios jurídicos con carácter general, normas procesales que impiden agilizar los procesos o que generan incentivos para entorpecerlos.
- ii. Falta de conocimientos específicos sobre determinadas áreas complejas.

De tal manera que, Ricardo Rojas explica que las partes buscan la manera de sustraerse de este coste de transacción elevado, ya se pactando someterse a la jurisdicción de tribunales de determinados países, o acuerdan soluciones arbitrales que estarán fuera de la intervención estatal, siguiendo uno de los principios básicos del análisis económico del derecho que es: *“cada persona es el mejor juez de sus propias preferencias”*³⁸.

Otra manera de analizar esta realidad desde el punto de vista de la Escuela Austríaca de Economía, es mediante el “Teorema de la Imposibilidad del Socialismo”, el cual se basa en el hecho de que en el socialismo no existe cálculo económico debido a que la planificación de la economía se hace mediante el Estado como centro director. De acuerdo con Mises y Hayek, resulta imposible que ninguna autoridad (por ejemplo, los tribunales públicos de justicia) se organice coactivamente desde lo alto de la administración de justicia de manera eficiente y productiva.

³⁵ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 209.

³⁶ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 208.

³⁷ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 209.

³⁸ Ricardo M. Rojas, *Fundamentos praxeológicos...*, p. 210.

Además, siguiendo el pensamiento de Hayek, el conocimiento es limitado, disperso y debido a esto *“el grado de poder de control sobre el orden extenso y más complejo será mucho menor que el que podamos ejercer sobre un orden deliberadamente construido”*³⁹. Pretender controlar fenómenos complejos, de los que no se tiene todo el conocimiento, supone una *“fatal arrogancia”*⁴⁰.

En este sentido, el arbitraje se presenta como un medio en el que árbitros especialistas en la materia objeto del conflicto se encargarán, a solicitud de las partes, de resolver el problema planteado, ya sea mediante un arbitraje de derecho o de equidad. En el arbitraje la especialidad es una de sus principales banderas de promoción que la hace diferente al sistema de justicia estatal, en donde un grupo de jueces que forman parte del monopolio estatal de la justicia tienen la responsabilidad de decidir todos los tipos de casos que se le presentan.

El nivel de especialidad en el ámbito arbitral es una cuestión fundamental, las partes tienen la posibilidad de elegir a los árbitros que dirimirán su conflicto, y para ello elegirán a los más capaces, expertos, con experiencia en el objeto del conflicto. Pero, también la especialidad se evidencia en la existencia de centros de arbitraje, que se han convertido en instituciones de mucha utilidad ya que con su experiencia orientan a los participantes, con el único propósito de alcanzar la máxima eficiencia en el proceso arbitral y cumplir con otra de las más importantes promesas del arbitraje, como lo es la posibilidad de dirimir conflictos en corto tiempo en contraposición a la jurisdicción estatal en la que un caso puede pasar varios años hasta que finalmente sea resuelto.

El comerciante, históricamente, siempre ha requerido de soluciones rápidas a los problemas que se le plantean. Sin embargo, por distintos motivos, no solo en Venezuela, sino en la mayoría de los países iberoamericanos, el sistema judicial ordinario no ha logrado darles una respuesta oportuna. Los motivos transitan desde falta de personal, exceso de trabajo, falta de material, precarias instalaciones y hasta corrupción, lo cual ha forzado que los comerciantes generen sus propios medios para dirimir sus controversias⁴¹.

Por otro lado, la confidencialidad también es una ventaja que ofrece el arbitraje frente a los tribunales estatales en donde los expedientes se caracterizan por ser públicos, en cambio en el arbitraje se protege la confidencialidad de las actuaciones. Esta cuestión tiene especial relevancia cuando los términos de la controversia pudieran afectar otros procesos de negociación con terceros, crear precedentes, abrir información sensible para el negocio (ya sea financiera u operativa), entre otros.

³⁹ Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación...*, p. 65.

⁴⁰ Andrea Rondón García, *¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos liberales de la Escuela Austríaca de Economía?*, Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 8, (Caracas: SOVEDEM, 2022), p. 96.

⁴¹ Diego Thomás Castagnino, *La importancia de la Ley de Arbitraje Comercial para el Derecho Mercantil*, Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. Tomo I, (Caracas: CIERC, 2022), p. 210.

3. La libertad como punto de partida

El arbitraje como orden espontáneo se basa en la libertad individual, y surge para atender una de las demandas más importantes de la sociedad, como lo es la administración de justicia⁴². Además, es producto de la libre autonomía de la voluntad de las partes, quienes de común acuerdo deciden la manera en la que resolverán un conflicto presente o futuro, que surja o pueda surgir en el marco de un negocio jurídico determinado.

Así, el arbitraje se concibe como la máxima expresión de libertad del individuo de no querer someterse al sistema de justicia que ofrece las instituciones del Estado, y su voluntad debe respetarse. Se trata de la capacidad de los seres humanos para la autorregulación.

Desde el pensamiento liberal se procura maximizar la libertad, esto significa que el individuo tiene que ser *"libre de vivir de la manera que quiere y donde quiere, elegir sus creencias, poder hablar libremente, comerciar el uno con el otro, reunirse, involucrarse en política, poseer una propiedad, ser dueño de lo que uno mismo produce, y vivir sin las amenazas arbitrarias de ser arrestado, detenido o golpeado"*⁴³; a esto, consideramos que es perfectamente válido incluir: la libertad de decidir cómo resolver sus conflictos, pero, minimizando la coerción, esto quiere decir, *"la posibilidad de convivir de manera pacífica a través de acuerdos voluntarios"*⁴⁴.

Es que la libertad es el punto de partida para todo en el arbitraje. Para que las partes puedan someter un conflicto en arbitraje deben manifestar libremente su voluntad de querer hacerlo, y esa manifestación es tan importante que se suele exigir que sea expresada de manera escrita. Al ocurrir la concurrencia de voluntades se da nacimiento al acuerdo arbitral, el cual tendrá valor de ley entre las partes, y su incumplimiento acarrea la posibilidad de que la parte agraviada pueda exigir la reparación de los daños y perjuicios causados.

El acuerdo arbitral como expresión de la voluntad de las partes debe ser respetado por todos, y si alguna de las partes lo incumple y decide demandar ante un tribunal estatal, la otra parte podrá oponer la cuestión previa de falta de jurisdicción, y el tribunal está obligado a declarar con lugar dicha cuestión previa, de lo contrario, el tribunal estaría interfiriendo en el ámbito privado de las relaciones particulares y limitando la libertad de elección de las partes.

⁴² Huerta de Soto y Núñez Del Prado. *El arbitraje internacional como...*, p. 83.

⁴³ Eamonn Butler, *Escuela de pensamiento 101 grandes pensadores liberales*. Editado por Antonella Marty, (Caracas: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico, "CEDICE", 2021), p. 21.

⁴⁴ Eamonn Butler, *Escuela de pensamiento 101 grandes...*, p. 22.

En un sistema político sin libertades el arbitraje no tendría cabida. ¿Qué sentido tendría un laudo arbitral que luego es desconocido por los tribunales estatales?, ¿para qué hacer uso del arbitraje si luego cualquier tribunal puede interferir en su desarrollo?, o vayamos unos pasos más atrás, ¿cómo se pacta un acuerdo arbitral en un sistema sin garantías a las libertades de los individuos? Es por ello por lo que, el arbitraje necesita de un sistema que garantice a las partes que puedan manifestar libremente sus opiniones y llegar a acuerdos, fundamentados en sus acciones conscientes y deliberadas, que suponen propósitos, elección de medios, valoraciones, que se desarrolla en un contexto de limitaciones de conocimiento, recursos, tiempos, entre otros.

4. El arbitraje y las cortezas normativas

La profesora Andrea Rondón nos recuerda que las reglas de un orden espontáneo se “descubren”, no se imponen, ellas “*siguen las acciones humanas de los individuos*”⁴⁵ y “*solo cuando los intelectos individuales empiezan a diferenciarse en una medida significativa se hace necesario expresar estas reglas en una forma tal que puedan ser enunciadas y enseñadas explícitamente*”⁴⁶.

El autor Agustín Navarro García señala que las normas abstractas se transforman en reglas de conducta, cuya inobservancia provoca rechazo social entre los miembros de la sociedad, por cuanto estos consideran dicha regla válida para mantener el orden social, y que, en un momento posterior cuando el hombre es capaz de articular, solo parcialmente, el contenido de dichas reglas, estas llegan a alcanzar la categoría de jurídicas. En este sentido, dicho autor considera que su inobservancia no solo provocaría rechazo social, sino la posibilidad de llevar a cabo una reclamación por parte del ofendido frente al incumplidor de la norma, permitiéndose su imposición incluso de forma coactiva⁴⁷.

Es por ello por lo que Andrea Rondón señala que se trata de un concepto de reglas bastante semejante a las costumbres y en el que el legislador aparecerá para articular dichas reglas, pero tales reglas son resultado de la acción humana y no del legislador. De tal manera que, el legislador se nos presenta limitado, como un medio para procurar certidumbre, pero no es el ser omnipresente que nos enseña cierta tradición jurídica y la certidumbre y seguridad son medios y no fines en sí mismos⁴⁸.

⁴⁵ Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación...*, p. 66.

⁴⁶ Friedrich A. von Hayek, *Derecho, Legislación...*, p. 66.

⁴⁷ Agustín Navarro García, *Iusnaturalismo y Escuela Austríaca*, (Madrid: Comillas. Universidad Pontificia. Facultad de Derecho, 2021), p. 40

⁴⁸ Andrea Rondón García, *¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos...*, p. 97.

Tal y como reseñan Marco de Benito y Sonsoles Huerta de Soto⁴⁹, estamos en presencia de dos realidades: el propio orden arbitral, que es *ius*, y luego todas las cortezas normativas que se le sobreponen: los tratados multilaterales, las leyes de arbitraje de la sede, las del foro de la ejecución, etc., que constituyen la *lex* del arbitraje. Así, los referidos autores consideran que esto nos permite además entender la relación que hay entre una cosa y otra, y juzgar la una por la otra, juzgar la *lex* por el *ius*. La *lex* sólo puede regular lo que previamente ha llegado a existir, que en nuestro caso es el *ius* del arbitraje.

Es por ello por lo que no podríamos decir que, por ejemplo, el Convenio de Nueva York creó el arbitraje internacional, o que la Ley de Arbitraje Comercial venezolana creó el arbitraje doméstico en Venezuela. Por supuesto que el reconocimiento legal del arbitraje por parte del ordenamiento jurídico de un país es importante, pero no es necesario, y si en vez de reconocerlo lo prohíbe, estaríamos en presencia de un gravísimo acto violatorio del derecho a la libertad de las partes.

En este sentido, si bien el arbitraje como institución, para su existencia, funcionamiento y validez, no requiere de reconocimiento por parte de ninguna autoridad, el hecho de que exista dicho reconocimiento, al menos genera cierta tranquilidad de que el Estado no podrá interferir en este medio que es de acceso voluntario, lo cual se traduce en certeza jurídica.

Resulta innegable que dicho reconocimiento genere una serie de beneficios. Un inversionista extranjero al momento de decidir si invierte en un mercado determinado tiene que tomar en cuenta muchos factores, entre ellos, la credibilidad en el sistema de justicia, la celeridad en la decisión de los conflictos y la certeza jurídica. Es bastante común que un inversionista extranjero se sienta mucho más seguro cuando los conflictos que surjan durante la operatividad de su inversión, sean decididos por árbitros imparciales e independientes, en vez de tribunales ordinarios locales⁵⁰.

Es perfectamente válido que existan reglas de *softlaw*, reglamentos y otros tipos de instrumentos que son de sometimiento voluntario y que recogen buenas prácticas para facilitar a las partes y no para inmiscuirse en su ámbito personal con un objetivo distinto al de ayudarlo a resolver su conflicto. Así, las partes serán las creadoras de las reglas que regirán el uso del arbitraje.

Si bien el mejor ejemplo de ello es el arbitraje *ad-hoc* o independiente, en donde no se cuenta con la participación de un centro de arbitraje que sirva de apoyo y orientación a las partes y a los árbitros, sino que las partes tendrán que ponerse de acuerdo

⁴⁹ Marco de Benito y Sonsoles Huerta de Soto, *El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo*, Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 22, (Madrid: CEA, 2015), p. 125.

⁵⁰ Diego Thomás Castagnino, *La importancia de la Ley de...*, p. 210.

respecto a la forma en la que funcionará el arbitraje, no podemos discutir que contar con un marco de referencia con unos estándares mínimos, facilitan y garantizan el correcto funcionamiento del arbitraje. Dejar todo en las manos del principio de la libre autonomía de la voluntad, cuando se trata de dos partes que están enfrentadas en un conflicto, en donde llegar a acuerdos puede ser un verdadero reto, podría generar dilaciones innecesarias, y se perderían los beneficios asociados al arbitraje como lo es la celeridad⁵¹.

Otro ejemplo es la Ley Modelo UNCITRAL, la cual refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo, pero no es que sea una Ley de mandatorio cumplimiento para nadie. A pesar de ello, muchas legislaciones arbitrales fueron inspiradas en dicha Ley Modelo, como por ejemplo lo fue la venezolana.

Por último, si bien entendemos que la Escuela Austríaca de Economía prefiere la mínima intervención estatal en la esfera de las relaciones particulares, y que en el arbitraje se cuenta con el principio de no interferencia judicial en su trámite, no podemos desconocer que, por un lado, existe un necesario régimen limitado y excepcional de control judicial posterior de los arbitrajes, y por el otro, debe mantenerse una relación de colaboración entre el arbitraje y el Poder Judicial, principalmente cuando se trata de la ejecución forzosa de laudos y resulte imprescindible hacer uso de atributos inherentes al *ius imperium* del Estado.

CONCLUSIONES

Los postulados de la Escuela Austríaca de Economía permiten explicar que el arbitraje nace con anterioridad a la regulación y gracias a la libre autonomía de la voluntad, que se vio representada en el orden espontáneo, con motivo de las acciones humanas ejecutadas de manera consciente, deliberada, propositiva y bajo un contexto de limitaciones de conocimientos, recursos, tiempos, entre otros.

El individualismo metodológico y el orden espontáneo permiten explicar la naturaleza del arbitraje internacional y doméstico, en contraposición a la visión positivista, constructivista, jerarquizada y centralizada. Bajo la escuela austríaca podemos concluir que el arbitraje es una consecuencia de la acción de los individuos y, se entiende perfectamente cuando colocamos a la acción individual como el centro principal de la investigación científica.

⁵¹ Diego Tomás Castagnino, *La importancia de la Ley de...*, p. 209.

El orden social que da nacimiento al arbitraje surge de manera propositiva, primero como medio pacífico de resolución de conflictos, que sustituyó a la solución mediante la fuerza, y, en segundo lugar, como respuesta a las deficiencias de los tribunales estatales, por lo que el arbitraje se presenta como un medio más rápido, confidencial, y experto.

La libertad es el punto de partida en todo momento para el arbitraje. Por lo que en sistemas políticos sin libertades el arbitraje no tendría cabida.

Basándonos en los órdenes espontáneos en el arbitraje encontramos cortezas normativas, ya que estamos en presencia de dos realidades: el propio orden arbitral, que es *ius*, y luego todas las normativas que se le sobreponen: los tratados multilaterales, las leyes de arbitraje de la sede, las del foro de la ejecución, etc., que constituyen la *lex* del arbitraje.

Si bien la Escuela Austriaca de Economía aboga por la mínima intervención estatal, y el propio arbitraje cuenta con un principio de no interferencia judicial en su trámite, no podemos desconocer que, por un lado, existe un necesario régimen limitado y excepcional de control judicial posterior de los arbitrajes, y por el otro, debe mantenerse una relación de colaboración entre el arbitraje y el Poder Judicial, principalmente cuando se trata de la ejecución forzosa de laudos y resulte imprescindible hacer uso de atributos inherentes al *ius imperium* del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzola, Eloy. *El arbitraje en la Antigüedad, Grecia y Roma, en el Medioevo español y en la América Hispana*, El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, ed. Luis Alfredo Araque Benzo et al. Caracas: CACC, CEDCA, y otros, 2013.
- Badell Madrid, Alvaro. *Pasado, presente y futuro del arbitraje comercial en Venezuela*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 1. Caracas, Asociación Venezolana de Arbitraje, 2020.
- Butler, Eamonn. *Escuela de pensamiento 101 grandes pensadores liberales*. Editado por Antonella Marty, Caracas: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico, "CEDICE", 2021.
- Castagnino, Diego Thomás. *La importancia de la Ley de Arbitraje Comercial para el Derecho Mercantil*, Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana. Tomo I, Caracas: CIERC, 2022.
- David Friedman. *El orden del derecho*, Buenos Aires: Ed. Innisfree, 2021.

- De Benito, Marco y Sonsoles Huerta de Soto, *El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo*, Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 22, Madrid: CEA, 2015.
- De Soto, Huerta y Núñez Del Prado. *El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo*. Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 40, Madrid: CEA, 2021.
- Evans, Anthony J. *Solo los individuos eligen*, Manual de economía austriaca contemporánea, Madrid: Unión Editorial, 2016.
- Ferguson, Adam. *An Essay on the History of Civil Society*, Londres: T. Cadell, 1782.
- Gherzi, Enrique. *El carácter competitivo de las fuentes del derecho*, Revista de Economía y Derecho Nro. 7, Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2010.
- Hayek, Friedrich A. von. *Los errores del constructivismo*, Revista del Centro de Estudios Públicos Nro. 29, Chicago: 1970.
- Hayek, Friedrich A. von. *Derecho, Legislación y Libertad*, Madrid: Unión Editorial, 2013.
- Hayek, Friedrich A. von. *Three Sources of Human Values*, The London School of Economics and Political Science. Londres: 1978.
- Huerta de Soto, Jesús. *Dinero, Crédito Bancario y Ciclos Económicos*, Madrid: Unión Editorial, 6ª Ed., 2016.
- Mises, Ludwig von. *La Acción Humana: Tratado de Economía*, Madrid: Unión Editorial, 13ª Ed., 2018.
- Mises, Ludwig von. *Los fundamentos últimos de la ciencia económico*, Buenos Aires: Unión Editorial, 2012.
- Navarro García, Agustín. *Iusnaturalismo y Escuela Austríaca*, Madrid: Comillas. Universidad Pontificia. Facultad de Derecho, 2021.
- Rojas, Ricardo M. *Fundamentos praxeológicos del derecho*. Buenos Aires: Colón Editorial Argentina, 2018.
- Rondón García, Andrea. *¿Qué podemos aprender los abogados de los viejos liberales de la Escuela Austríaca de Economía?*, Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 8, Caracas: SOVEDEM, 2022.
- Rothbard, Murray. *El Hombre, la Economía y el Estado*, Volumen I, Madrid: Unión Editorial, 2ª Ed., 2020.
- Rothbard, Murray. *Praxeology: The Methodology of Austrian Economics*, The Foundations of Modern Austrian Economics, New York: New York University, 1976.
- Sanquirico Pittevil, Fernando. *Arbitraje y Derechos Humanos*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 2, Caracas, Asociación Venezolana de Arbitraje, 2021.
- Vargas Fernando, citado por Hernando Díaz-Candia. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*. Editorial Legis, 2.ª Edición Ampliada, 2013.

Legislación:

Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

Código Orgánico de la Corte Federal y de Casación y demás Tribunales de la República, dictado el 5 de mayo de 1904.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 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.

¡Independencia arbitral! Contra el imperio hegemónico de la justicia ordinaria

Rodrigo Farías Díaz*
Fernando Sanquírigo Pittevil**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 75-89

Resumen: La independencia del arbitraje es un asunto que, por más de ser reconocido en diversos instrumentos normativos de distintos Estados, no es respetada en la práctica, por entenderla como una especie subordinada al Estado. Como desarrollaremos en el presente trabajo, el arbitraje es una institución de derecho natural que no está supeditada al Estado ni es creación del mismo, sino que existe a partir de la autonomía de la voluntad de las personas en ejercicio de su libertad, principio que a su vez sirve de fundamento a la existencia del propio Estado. A partir de esto, la jurisdicción arbitral –o jurisdicciones arbitrales– concurren con las de los Estados, así como con las de entes supranacionales. A pesar de ello, hay casos en la práctica en los que los Estados buscan inmiscuirse en asuntos en los cuales no tienen jurisdicción, afectando la autonomía del arbitraje.

Palabras clave: Autonomía de la voluntad, jurisdicción, jurisdicciones concurrentes.

Arbitral Independence! Against the imperialist hegemonism of ordinary justice

Abstract: *Despite of its recognition by several legal instruments, arbitral independence has not been respected, relegating it as a subordinate species of the State. As we will develop in the present paper, arbitration is an institution of natural law, neither subordinated to the State nor created by it, but created from the will of the parties exercising their freedom, a principle that serves as basis of the existence of the State itself. From this point of view, arbitral jurisdiction –or arbitral jurisdictions– concur with those of the State, as well as with those of supranational entities. Despite that, there have been cases in which the States seek to interfere within arbitration, without having jurisdiction, affecting the autonomy of arbitration.*

Keywords: *Will of the parties, jurisdiction, concurrency of jurisdiction.*

Autores invitados.

* Abogado Universidad Monteávila *magna cum laude*, egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la misma Universidad. Subdirector de Investigación del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Asociado en Dentons.

** Profesor del LL.M en Dispute Resolution de University of Missouri, del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila y de la especialización de la Universidad Central de Venezuela. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Senior Counsel en Dentons.

¡Independencia arbitral! Contra el imperio hegemónico de la justicia ordinaria

Rodrigo Farías Díaz*
Fernando Sanquírigo Pittevil**
VENEZUELA
AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 75-89

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. Fundamentos esenciales de la independencia arbitral. A. Una institución de derecho natural. B. Autonomía de la voluntad como fundamento de la existencia de la jurisdicción arbitral. III. Concurrencia jurisdiccional. IV. La triste realidad del imperio hegemónico de la justicia ordinaria. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El título que presentamos, *¡Independencia arbitral! Contra el imperio hegemónico de la justicia ordinaria*, puede ser leído de varias formas, y quizás así queremos que sea. Sin embargo, una breve explicación sobre ello merece la pena, para evitar crear expectativas que, luego de leer este breve trabajo, no sean satisfechas en ningún sentido.

La primera lectura que puede darse al título puede entenderse como invitación a una insurrección revolucionaria, que pretenda sentar las bases de una independencia en contra del control que puede existir en contra del arbitraje. Sin embargo, no pretendemos caer en el discurso repetido, que pretende contraponer los beneficios del arbitraje sobre las fallas del sistema de justicia estatal. Ello obedece a que no creemos que las bondades del arbitraje deban ser contrapuestas a las fallas de cualquier otro sistema, ya que, en primer lugar, el sistema arbitral tiene sus fallas propias; en segundo lugar, porque el otro sistema con el que se compara tendrá sus bondades; y, en tercer lugar, porque si ese otro sistema arreglara sus fallas, implicaría que el arbitraje dejaría de tener sus razones para ser utilizado.

A pesar de que no pretendemos hacer un llamado revolucionario en contra del sistema de justicia ordinaria, no quiere decir que, el título elegido, busque contender contra las interpretaciones que buscan someterlo y dejarle un puesto en las filas trase-

* Abogado Universidad Monteávila *magna cum laude*, egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la misma Universidad. Subdirector de Investigación del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Asociado en Dentons.

** Profesor del LL.M en Dispute Resolution de University of Missouri, del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila y de la especialización de la Universidad Central de Venezuela. Director del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC). Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Senior Counsel en Dentons.

ras de los métodos adjudicativos de resolución de controversias, relegándolo a simple accesoriadad de la justicia. Sin duda, el arbitraje es un contendor, porque, en términos económicos, busca ganar mercado, dentro de esos medios de resolución de controversias, y por tanto, si algo gana mercado, en muchas ocasiones, otra cosa lo pierde.

Pero nuestro título no busca ser un mero contendor, puesto que mostrar los dientes, no es ladrar, ni ladrar es morder, ni por supuesto, morder es armarse de revolucionario. La contención de las ideas, y quisiéramos decir, de las *buenas ideas*, permite contraponer formas de pensamiento –debidamente informados– para lograr un diseño del sistema que sea óptimo, eficiente y efectivo. A pesar de ello, hay que advertir, que, de nuevo, en término económicos, no pretendemos que la contención sea pasiva, sino al contrario muy activa.

Si bien, como decimos, nuestro título busca contender algunas ideas y propuestas, no es meramente una contención lo que buscamos, sino algo un poco más preciso. Pero la precisión, en el debate de las ideas, a veces se pierde, porque para comprender algunas verdades, y desenmarañar algunas mentiras, hay que transitar caminos que no son claros ni directos.

Es por ello que, nuestro título pretende ser, también, una advertencia de la necesidad de mantener la independencia del arbitraje. Y es que, no podemos dejar de advertir, directa y claramente, que existen fuerzas en la ordinariéz de la justicia –y léase interpretativamente nuestra intención de lo *ordinario* en el título– que pretenden, una vez más, y sin conocimiento de las grandes verdades históricas, relegar o en el mejor de los casos, subordinar al arbitraje a un mero espectador de la justicia, desconociendo su verdadera naturaleza y las normas jurídicas más importantes sobre el arbitraje, las cuales determinan sin lugar a dudas la independencia de esta institución.

Ahora bien, hasta aquí hemos intentado explicar el qué del título, pero dejando a un lado el porqué de éste. Así las cosas, para poder explicar ese porqué, es necesario sentar una premisa clave –la cual será desarrollada más adelante–, la cual es la independencia del arbitraje. Quizás puede parecer redundante y fuera de contexto volver sobre la *independencia arbitral*, pero es la premisa clave, y por tanto la primera frase de nuestro título.

En este sentido, a pesar del reconocimiento normativo del arbitraje, a través de diversos instrumentos legales mediante los cuales determina la relación existente entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje, en la práctica se materializa un ejercicio tutelar exacerbado que apunta a una subordinación de la jurisdicción arbitral a la jurisdicción ordinaria impactando en la independencia de la institución.

Ese impacto subordinante, no solo incide sobre la conformación de los tribunales arbitrales, sobre las decisiones procedimentales, y, el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral; sino que además pretende incidir sobre la consciencia del árbitro,

buscando –y no logrando hasta ahora– minar su propia imparcialidad de criterio e independencia de juzgamiento. Todo esto, entre otras cosas, causa una desnaturalización de la fuerza creadora del arbitraje, la cual es, la autonomía de la voluntad de las partes; por lo que, el esfuerzo subordinante de la jurisdicción ordinaria, lo que busca es crear un imperio hegemónico que en su efecto ulterior lo que hace es castrar la libertad individual de aquellos que escogieron libremente arbitrar sus disputas.

No queda otra cosa, que advertir de forma tajante que, ante *el imperio hegemónico de la justicia ordinaria*, debe recalcar, refrescarse, entenderse y ejercerse la independencia arbitral!

Para alcanzarla, y que no se quede solo en una frase vacía de contenido, carente de practicidad, es necesario analizar ciertos elementos característicos del arbitraje, reconocidos por los más importantes textos normativos, los cuales confirman que la institución del arbitraje no se encuentra subordinada al poder de la justicia ordinaria.

II. Fundamentos esenciales de la independencia arbitral

Encontrar los fundamentos de la independencia arbitral implica realizar un estudio pormenorizado de la naturaleza del arbitraje. En este sentido, si bien, debemos dedicar parte de nuestro estudio a revisar su naturaleza, no pretendemos hacer un desarrollo extensivo de este tema, ya que no es la intención del presente trabajo. Al contrario, nos basaremos en ciertas premisas de la doctrina, que consideramos las más acertadas, como fundamento esencial que sustenta la teoría del arbitraje.

A. Una institución de derecho natural

Es casi unánime en la doctrina que el arbitraje es una institución de derecho natural¹, puesto que, incluso, antes de la conformación del sistema tribal ya existía una forma u otra de resolución de conflictos, mediante la elección de un tercero, con caracteres de imparcialidad, que resolviera el conflicto planteado².

La evidencia es contundente al demostrar que la forma adjudicativa de resolución de controversias, mediante la cual las partes en conflicto buscan la solución, designando a un tercero que ponga fin a ese conflicto, es anterior a la conformación del Estado,

¹ Ana María Chocrón Giráldez, *Los principios procesales en el arbitraje* (Barcelona, España: Bosch Editor, 2000), 15; Aristides Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano. Según el nuevo código de 1987*, 13va ed., vol. I, VI vols. (Caracas: Organización Gráficas Capriles, 2007), 99-100; Fernando Sanquirico Pittevil, "El arbitraje en la antigüedad", *MARC. Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* 3 (2021), 28.

² Francis Fukuyama, *The origins of political order. From prehuman times to the French Revolution* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012), 70 "Virtually all tribal societies have comparable institutions for seeking justice: obligations on kinsmen to seek revenge or restitution for wrongs committed; a nonbinding system of arbitration for helping to settle disputes peacefully; and a customary schedule of payment for wrongs committed, which among the Germanic tribes of Northern Europe were called the wergild..."

y que por lo tanto, es el Estado quien busca regular, en un primer lugar, el ejercicio de esa facultad privada, terminando, en cierto momento de la historia, por expropiar a las partes de esa facultad privada de resolución de conflictos, para asumir de forma absoluta la jurisdicción³.

Esa actitud expropiatoria del Estado, producto del entendimiento omnipotente y omnicompreensivo de la teoría jurídico-política, viene siendo repensada y superada, para darle paso a otras fuerzas que, además de convivir con otros factores de poder⁴, vienen a poner a la libertad de las personas en el centro y en la justificación de su propia existencia⁵.

La superación que viene a imponerse en nuestro tiempo sobre el Estado no es otra cosa, que la vuelta al cauce original de las personas en sus facultades creadoras; esto es, volver a componer las instituciones en su sentido originario, con los caracteres obtenidos e incorporados a lo largo de la evolución, desprovisto de las cargas impuestas constructivamente por aquella supraestructura hobbesiana.

Lo anterior, tiene una implicación importante en lo que respecta al arbitraje, y es que, la pretensión expropiatoria del Estado sobre una institución connatural al hombre es un sinsentido orgánico: un cáncer, que termina acabando con las estructuras mismas del Estado, cuando busca desmembrar las facultades más naturales al hombre⁶.

Ello nos lleva a una conclusión evidente, y es que, el arbitraje, como institución y como jurisdicción, no es algo que crea el Estado, y tampoco puede ser algo que sea meramente *permitido* por aquel, a través de distintos instrumentos, sino que es algo que

³ Aristides Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano. Según el nuevo código de 1987*, vol. I, VI vols. (Caracas: Altholitho, 2003), 99 "Por ello, desde que por encima de los individuos se fue afirmando un principio de autoridad y la sociedad comenzó a organizarse lentamente, comenzó a imponerse también la restricción gradual de la autodefensa, hasta sacar completamente la justicia del ámbito privado, para atribuirla a la autoridad pública, encargada exclusivamente de administrarla. Por ello, formando la base de los conceptos de jurisdicción y de acción, se encuentra en el Estado moderno la prohibición de la autodefensa, en virtud de la cual, el derecho individual se encuentra protegido y asegurado por la fuerza del Estado y no por la fuerza privada de su titular concreto, en tal forma, que si bien el Estado ha asumido y tiene efectivamente el monopolio de la justicia (jurisdicción), los particulares tienen por su parte el derecho, facultad o poder de exigir del Estado la protección de su derecho violado o amenazado (acción).

⁴ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 10ma ed. (Madrid, España: Editorial Trotta, 2011), 11-12.

⁵ Manuel Aragón Reyes, "La constitución como paradigma", en *Teoría del neoconstitucionalismo*, ed. Miguel Carbonell (Madrid, España: Editorial Trotta, 2007), 32 "Lo que ya resulta hoy como un lugar común es el pensamiento jurídico (y político) más solvente, es que la Constitución es norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir, la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida."

⁶ Frédéric Bastiat, "La Ley", en *Frédéric Bastiat. Obras escogidas*, 2da ed. (Madrid, España: Union Editorial, 2009), 182 "El derecho colectivo tiene, pues, en principio, su razón de ser, su legitimidad, en el derecho individual, y la fuerza común no puede tener racionalmente otro fin, otra misión, que las fuerzas aisladas a las que sustituye. Así como la fuerza de un individuo no puede atentar legítimamente contra la persona, la libertad y la propiedad de otro individuo, así también la fuerza común no puede aplicarse legítimamente a destruir la persona, la libertad y la propiedad de los individuos o de las otras clases."

va más allá de la existencia misma del Estado, el cual, queda obligado –para incluso justificar su existencia– a reconocer al arbitraje, el cual deriva de la autonomía de los individuos⁷ que, a su vez, justifican la existencia y permanencia del Estado.

B. Autonomía de la voluntad como fundamento de la existencia de la jurisdicción arbitral

La autonomía de la voluntad tiene su origen en el ejercicio de la libertad, la cual, en su dimensión de derecho subjetivo, resulta creadora de relaciones interpersonales, lo cual fundamenta la existencia del Estado⁸. Ante esta realidad, es necesario advertir que, la pretensión del Estado de desconocer la autonomía de la voluntad resulta, en última instancia, en el desconocimiento de sí mismo.

Muestra de esto es la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América que justifica la existencia del Estado en la necesidad de las propias personas de ordenarse libremente para garantizar sus derechos fundamentales⁹. A su vez, estos derechos fundamentales son independientes de la existencia del Estado, lo cual se encuentra evidenciado en los instrumentos reconocedores y protectores de derechos y libertades individuales que tienen como punto de partida el *Bill of Rights* de Inglaterra en 1689¹⁰, hasta llegar a aquellos desarrollados a partir de las violaciones sistemáticas a los Derechos durante la Segunda Guerra Mundial. Esto, en definitiva, no hace más que demostrar que el papel del Estado frente a la libertad, y por ende la autonomía de la voluntad, es de reconocimiento y no de creación¹¹.

Otro ejemplo que demuestra nuestro planteamiento viene a darse con el reconocimiento de la *lex mercatoria* por parte del Estado. La *lex mercatoria* es un marco normativo basado en usos, costumbres y prácticas que crean un derecho aplicable a las relaciones comerciales internacionales y que a su vez se califica como transnacional o a-nacional¹². En este sentido, la *lex mercatoria* no parte de la voluntad creadora del Estado, sino que responde a un conjunto de normas a-nacionales, creadas a partir de la autonomía de la voluntad, reconocidas por los Estados como derecho aplicable a ciertas relaciones jurídicas.

⁷ Fernando Sanquirico Pittevil, "Arbitraje y Derechos Humanos", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, núm. 2 (2021), 74.

⁸ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, 54.

⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, 54 y ss.

¹⁰ Rafael Lárez Fermín, "Apuntes sobre derechos fundamentales y sus instrumentos de protección. La vigencia de los derechos y libertades", *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* (2019), 362.

¹¹ Fernando Sanquirico Pittevil, "Autonomía de la voluntad y la a-nacionalidad del arbitraje", *Cuadernos UCAB*, núm. 21 (2023), 276

¹² James-Otis Rodner, *La globalización: (Globalización de la Norma Jurídica)* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021), 246.

Vemos así, nuevamente, cómo la autonomía de la voluntad crea relaciones jurídicas, mientras que el Estado reconoce y garantiza el cumplimiento de esas normas creadas por los particulares. Partiendo de esta comparación clarificadora, la libertad, derecho fundamental en el cual se basa la autonomía de la voluntad, que es creadora del Estado, es a su vez creadora de la jurisdicción arbitral, la cual el Estado se ve forzado, en justificación con su propia naturaleza, a reconocer, tal y como sucede con la *lex mercatoria*.

Con base en este análisis, podemos afirmar que el arbitraje tiene su origen en la autonomía de la voluntad, pero que no se queda solo ahí, sino que tiene un efecto procesal, en cuanto a que, a través de esta institución se imparte justicia. Esto implica que el arbitraje tiene un origen contractualista, pero su naturaleza es jurisdiccional¹³.

Entonces, en cuanto a su origen, esa autonomía de la voluntad se materializa y evidencia en el acuerdo arbitral, que no es más que un compromiso entre particulares, en el ejercicio de su libertad y, en consecuencia, su autonomía de la voluntad, de someter sus conflictos al conocimiento de una jurisdicción ajena al del Estado, que lo resolverá conforme a las reglas pactadas entre las partes¹⁴.

De esta manera, a través del acuerdo arbitral las partes deciden que ante la existencia de un conflicto van a crear una jurisdicción particular –la arbitral– que tenga como objetivo único dirimir esa disputa que entre ellas ha acaecido.

Entonces, tenemos que la jurisdicción arbitral no es, bajo ningún caso, creación del Estado ni depende de la voluntad de éste, sino que su existencia se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los individuos que deciden someter sus controversias bajo ese sistema¹⁵.

III. Concurrencia jurisdiccional

En este punto, vale la pena, hacer una pausa a la justificación teórica, a la cual hemos venido haciendo referencia, y dar unos ejemplos prácticos, que creemos son importantes, para poder luego, determinar la realidad teórica sobre la cual se sustenta, puesto que, la teoría debe ser inferida de los hechos, y no al revés¹⁶.

¹³ Fernando Sanquírigo Pittevil, "Orden Público Adjetivo y Arbitraje", *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* núm. 3 (2019), 329. Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje* (Bogotá: Legis Editores, S.A., 2006), 57.

¹⁴ Gary Born, *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Drafting and Enforcing*, Sexta (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021), 17.

¹⁵ Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International arbitration* (Leiden: Martibus Nijhoff Publishers, 2010), 2. Sonsoles Huerta de Soto y Fabio Núñez Del Prado, "El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo", *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 40 (2021), 70. Bruno Oppetit, *Teoría del Arbitraje...*, 67.

¹⁶ Francis Fukuyama, *The origins of political order. From prehuman times to the French Revolution* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012), 24, quien explica que "Putting the theory after the history constitutes what I regard as the correct approach to analysis: theories ought to be inferred from facts, and not the other way around. Of course, there is no such thing as a pure confrontation of facts, devoid of prior theoretical constructs. Those who think they are empirical in that fashion are deluding themselves. But all too often social science begins with an elegant theory and then searches for facts that will confirm it..."

Permitámonos entonces, utilizar un ejemplo fáctico, con miras a ejemplificar lo que queremos, esto es, la concurrencia de jurisdicciones. Si bien se ha dicho que, existe una unidad de jurisdicción, a veces se olvida que esa unidad de jurisdicción está limitada a un Estado en particular, por lo que, existirán tantas unidades de jurisdicción como Estados puedan existir¹⁷.

Lo anterior implica que existen, en principio, tantas jurisdicciones como Estados hay, por lo que podemos hablar de la jurisdicción italiana, la jurisdicción española, la jurisdicción colombiana, la jurisdicción americana, la jurisdicción venezolana, etcétera. Así, desde el plano de igualdad de los Estados, la jurisdicción de cada uno de ellos coexiste paralelamente con la de los demás¹⁸, existiendo una serie de reglas y principios de derecho internacional público y de derecho interno que determinan el reconocimiento de esas jurisdicciones estatales paralelas¹⁹.

Además de la existencia y concurrencia de las jurisdicciones nacionales, estas coexisten con otras jurisdicciones en el plano del derecho internacional público, como la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán, tribunales de arbitraje, entre otros²⁰. La existencia de estos tribunales internacionales, así como de su jurisdicción, descansa sobre el reconocimiento que hacen los Estados de aquellos, mediante el uso de su autonomía reflejada en su consentimiento²¹; lo que implica que, los Estados –como personas jurídicas de derecho público– podrán crear y/o someterse a estas jurisdicciones internacionales en la medida en que exista un acto de libre disposición.

Hasta ahora vemos que existen dos niveles distintos, pero concurrentes, de jurisdicción. En primer lugar, existe la jurisdicción interna de los Estados, mientras que, también paralelo a estos, están las distintas jurisdicciones internacionales, creadas bajo el amparo del Derecho Público Internacional. Es importante acotar que no existe jerarquización respecto de estas jurisdicciones a pesar de que, en algunos casos, las decisiones de una jurisdicción puedan tener impacto o repercusión en las otras.

¹⁷ Yaritza Pérez Pacheco, *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*, Trabajos de Grado 15 (Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 2013), 28.

¹⁸ Rebecca M. M. Wallace, *International law*, 3era ed. (London: Sweet & Maxwell, 1997), 112.

¹⁹ Malcolm N. Shaw, *International law*, 7ma ed (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014), 470.

²⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4ta ed. (New York: Oxford University Press, 1990), 712-713, explica que "Apart from the International Court of Justice, judicial settlement includes the activity of many *ad hoc* arbitral tribunals and mixed commissions, and of specialized tribunals of a semi-permanent character, including the United Nations Tribunal in Libya, the United Nations Tribunal in Eritrea, the Supreme Restitution Court of the German Federal Republic, the Arbitral Commission on Property, Rights and Interests in Germany, the Arbitral Tribunal and Mixed Commission set up as a consequence of Article 15(a) of the Peace Treaty with Japan, the Austrian-German Arbitral Tribunal, the Iran-United States Claims Tribunal, and the International Centre for Settlement of Investment Disputes between states and nationals of other states..."

²¹ Brownlie, *Principles of Public International Law*, 719.

Lo anterior tiene significaciones prácticas importantes, ya que, sería impensable que una jurisdicción se involucre o interfiera con los asuntos de otra jurisdicción. Así, no se concibe que la jurisdicción de Colombia interfiera con la jurisdicción de Honduras, o que la jurisdicción de España pretenda hacer determinaciones jerárquicas sobre la jurisdicción italiana. Por su parte, lo mismo ocurre respecto de las jurisdicciones internacional publicistas, por lo que, no se concibe la interferencia de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia sobre los tribunales franceses²².

Quizás pueda intuirse el camino que tratamos de tomar; y, en efecto, creemos que la jurisdicción arbitral se encuentra en situación concurrente con la jurisdicción estatal y las demás jurisdicciones de esos entes de Derecho Internacional Público, lo que impide a estas jurisdicciones interferir en el arbitraje, puesto que cada una de ellas tiene una unidad, regidas por los mismos principios de competencia (*kompetenz-kompetenz*), que les permite determinar los límites de su jurisdicción.

El argumento anterior parece no ser suficiente para justificar la independencia de la jurisdicción arbitral, y por tanto su concurrencia con el resto de las jurisdicciones, lo que, en definitiva, implicaría que la jurisdicción arbitral no está sometida jerárquicamente a otra jurisdicción, como podría ser la del Estado, de la cual sería sede el arbitraje particular del que se trate.

Existen varios argumentos que sustentan la independencia del arbitraje. Así, si aceptamos como válida la tesis contractual que sustenta la existencia institucional del Estado –contrato social–, partimos de la idea de la manifestación de la voluntad, como fuerza creadora del Estado mismo, y por lo tanto de su jurisdicción. Sobre esta base, la misma fuerza creadora de los particulares, que fundamenta la jurisdicción estatal, vendría a ser la misma fuerza creadora de la jurisdicción arbitral.

La voluntad creadora originaria de ambas jurisdicciones (arbitral y estatal) vendría a determinar la existencia de ambas jurisdicciones, siempre que la jurisdicción arbitral, entre particulares, no afecte la jurisdicción colectiva del Estado y viceversa. Esto tendría una significación capital, ya que, desconocer la capacidad creadora de jurisdicción independiente a los particulares, implicaría que el Estado se desconocería a sí mismo.

Pero la idea del contrato social no abarca la justificación completa de la independencia del arbitraje, al punto de sustentar la concurrencia de la jurisdicción con el resto de las jurisdicciones creadas. Y aquí, quizás, vale la pena, llamar la atención en que,

²² Lo que podría ocurrir en estos casos, es que los tribunales internacionales puedan determinar responsabilidades sobre los Estados, o dictar medidas a los Estados sobre los cuales ejercen jurisdicción para que estos cumplan, sin que por ello exista ejecución de fuerza. Para esto ver, entre muchos otros Malcolm N. Shaw, *International law*, 7ma ed (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014), y Ian Browline, *Principles of Public International Law*, 4ta ed. (New York: Oxford University Press, 1990).

cuando hablamos de jurisdicción arbitral, nos referimos a cada una de las jurisdicciones arbitrales que puedan existir, sobre la base de cada uno de los acuerdos arbitrales que se materialicen en la práctica, puesto que, realmente, no existe tal como una jurisdicción arbitral universal.

Cada jurisdicción arbitral, derivada de un acuerdo arbitral en concreto, concurre paralelamente con el resto de las jurisdicciones arbitrales creadas, más con las jurisdicciones estatales y supranacionales que puedan existir, todas en un mismo plano. Así, cada una de las jurisdicciones arbitrales que puedan crearse derivan de una manifestación humana que debe ser reconocida –más no creada– en virtud, ya no de la justificación de la formación del Estado, sino de la existencia misma de la autonomía de la voluntad, tal y como explicamos en el capítulo anterior.

Así, la idea de que la institución arbitral es una institución de derecho natural tiene un impacto muy importante para la idea de la independencia y, por tanto, para la idea de la concurrencia arbitral. De esta forma, el arbitraje, en tanto institución de derecho natural, implica que existe un desarrollo evolutivo natural de esta institución jurídica que nace y se desarrolla con el ser humano.

Esta razón, quizá abstracta, puede explicarse con mayor facilidad, desde el punto de vista de los Derechos Humanos, en tanto que estos son innatos a la persona. Desde esta perspectiva, los Derechos Humanos, connaturales al hombre, y reconocidos por el Estado, no se sustentan en la creación estatal, pero exigen el reconocimiento del Estado.

De esta forma, la autonomía de la voluntad, y por consiguiente, de su propio ejercicio, está reconocido por el Estado, sin ser creado, y exige su independencia, solamente limitado en tanto no suponga una interferencia al orden público. Bajo esta óptica, el arbitraje, producto del ejercicio de derechos fundamentales como el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, derecho a la libertad, y el conjunto de derechos procesales, justificarían tajantemente la independencia arbitral frente a otras jurisdicciones²³, y por tanto su concurrencia con aquellas.

IV. La triste realidad del imperio hegemónico de la justicia ordinaria

A pesar de todo lo expuesto en estas notas, la práctica parece alejarse de la teoría cuando a ciertos Estados nos referimos. En primer lugar, entendemos y compartimos que la libertad individual de las personas –y por ende la autonomía de la voluntad– tiene como límite el interés colectivo de la sociedad en la cual se desenvuelve, lo cual

²³ Fernando Sanquirico Pittevil, "Arbitraje y Derechos Humanos", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, núm. 2 (2021); y Fernando Sanquirico Pittevil, "Orden público adjetivo' y arbitraje", *MARC. Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* 2 (2020).

se traduce en el orden público²⁴. Es por esto que compartimos que el arbitraje no puede resolver asuntos en los cuales se encuentre envuelto el orden público²⁵ ni puede, en el ejercicio jurisdiccional, afectar el orden público.

Fuera de ese escenario, somos de la posición de que la jurisdicción arbitral no puede ser interferida por la jurisdicción ordinaria, ni sometida jerárquicamente, excepto cuando se haya violado el orden público, bien sea en el fondo del conflicto o en el propio procedimiento arbitral. Así, el único medio admisible, que además abarca, de forma exhaustiva, las situaciones en que esto se infrinja, es el recurso de nulidad, cuyas causales suelen ser un espejo o paralelas a las causales de negativa de reconocimiento y ejecución de laudos bajo lo establecido en la Convención de Nueva York²⁶.

De esta manera, ejercer otros recursos o vías ante la jurisdicción ordinaria, como puede ser caso del amparo, la tutela, el avocamiento, los controles constitucionales, entre otros, sería sobreponer la jurisdicción estatal sobre la arbitral a la fuerza, en desconocimiento de la naturaleza misma de ambas jurisdicciones, que, como hemos indicado anteriormente, son concurrentes. Asimismo, las actuaciones estatales que se inmiscuyan en los asuntos propios de la jurisdicción arbitral estarían violando la autonomía de la voluntad –y por ende la libertad– de las personas que decidieron utilizar ese mecanismo para resolver sus conflictos, ignorando entonces este derecho que le da fundamento a su propia existencia.

Lastimosamente, lo cierto es que vemos diversos casos en los que ciertos Estados se exceden en sus potestades y pretenden invadir a la jurisdicción arbitral incluso para atraer la controversia a su propia jurisdicción por sus intereses o para castigar a aquellos que no responden a ellos, yendo así contra las propias fundamentaciones de su existir. Algunos de los casos que sirven de ejemplo son el de Gonzalo Stampa con España²⁷, el de Sami Houerbi, Samir El Annabi y Nathalie Najjar con Qatar²⁸ y Fernando Canturias con Perú²⁹.

²⁴ Jan Paulsson, *The Idea of Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 2.

²⁵ Fernando Sanquírigo Pittevil, "Orden Público Adjetivo y Arbitraje"..., 336. David A.R. Williams y Anna Kirk, "Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?" en *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, ed. por Neil Kaplan y Michael J. Moser (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018), 91.

²⁶ Para esto compárese los artículos 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, junto con el artículo 36 de esa misma norma y el V de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Claudia Madrid Martínez, "Comentario al artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, coord. Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo Pittevil (Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2023), 1660.

²⁷ Tom Jones, "Spanish Arbitrator Convicted over Malaysia Mega-Award", *Global Arbitration Review* (blog), el 8 de enero de 2024, <https://globalarbitrationreview.com/article/spanish-arbitrator-convicted-over-malaysia-mega-award>.

²⁸ Tom Jones, "Arbitrators Convicted in Qatar", *Global Arbitration Review* (blog), el 12 de diciembre de 2018, <https://globalarbitrationreview.com/article/arbitrators-convicted-in-qatar>. "Conviction of Arbitrators in Qatar - Mourre Writes to Emir", *Global Arbitration Review* (blog), el 31 de diciembre de 2018, <https://globalarbitrationreview.com/article/conviction-of-arbitrators-in-qatar-mourre-writes-emir>.

²⁹ Paula Tellez, "The Salem Trials Redux? Peru & Arbitrator's Misconduct: A Commentary on the Fernando Canturias Case", *ITA in Review. The Journal of the Institute for Transnational Arbitration* 4, núm. 1 (2022), 92 y ss. <https://itaireview.org/articles/2022/vol4/issue1/ita-alarb-america-2020-workshop-comments-on-the-fernando-canturias-paradigmatic-case.html>

Sin embargo, no todo son malas noticias. En el año 2016, Emiratos Árabes Unidos había establecido una sanción que arrojaba a los árbitros que no decidieran con neutralidad e integridad³⁰, la cual fue revocada en el año 2018³¹. Haciendo una reflexión al respecto, aún existen esperanzas de que, a través de la lucha por la independencia arbitral, los Estados la reconozcan como una jurisdicción concurrente e independiente, así como reconocen las de los demás Estados y las supranacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Reyes, Manuel. "La constitución como paradigma". En Teoría del neoconstitucionalismo, editado por Miguel Carbonell. Madrid, España: Editorial Trotta, 2007.
- Bastiat, Frédéric. "La Ley". En Frédéric Bastiat. Obras escogidas, 2da ed. Madrid, España: Union Editorial, 2009.
- Born, Gary. International arbitration: law and practice. 2da ed. Netherlands: Kluwer Law International, 2016.
- Born, Gary. International Arbitration and Forum Selection Agreements. Drafting and Enforcing. Sexta. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2021.
- Browline, Ian. Principles of Public International Law. 4ta ed. New York: Oxford University Press, 1990.
- Chocrón Giráldez, Ana María. Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona, España: Bosch Editor, 2000.
- Fukuyama, Francis. The origins of political order. From prehuman times to the French Revolution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.
- Gaillard Emmanuel. Legal Theory of International arbitration. Leiden: Martibus Nijhoff Publishers, 2010.
- Global Arbitration Review. "Conviction of Arbitrators in Qatar - Mourre Writes to Emir", el 31 de diciembre de 2018. <https://globalarbitrationreview.com/article/conviction-of-arbitrators-in-qatar-mourre-writes-emir>.
- Huerta de Soto, Sonsoles y Núñez Del Prado Fabio. "El arbitraje internacional como orden jurídico espontáneo". Spain Arbitration Review, Revista del Club Español del Arbitraje, núm. 40 (2021).

³⁰ Henry Quinlan, Zara Merali, y Lara Bander, "Article 257 of the Penal Code: implications for commercial arbitration in the UAE", Thomson Reuters. Practical Law, el 14 de diciembre de 2016, [https://1.next.westlaw.com/w-005-0026?_lrTS=20200913054558924&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&isplcusc=true&firstPage=true&bhcp=1](https://1.next.westlaw.com/w-005-0026?_lrTS=20200913054558924&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&isplcusc=true&firstPage=true&bhcp=1).

³¹ Michael Turrini y Aimy Roshan, "Criminal Liability of Arbitrators Repealed in the UAE", White & Case, el 30 de noviembre de 2018, <https://www.whitecase.com/insight-alert/criminal-liability-arbitrators-repealed-uae>.

- Jones, Tom. "Arbitrators Convicted in Qatar". Global Arbitration Review (blog), el 12 de diciembre de 2018. <https://globalarbitrationreview.com/article/arbitrators-convicted-in-qatar>.
- _____. "Spanish Arbitrator Convicted over Malaysia Mega-Award". Global Arbitration Review (blog), el 8 de enero de 2024. <https://globalarbitrationreview.com/article/spanish-arbitrator-convicted-over-malaysia-mega-award>.
- Madrid Martínez, Claudia. "Comentario al artículo 49 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana". En Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, editado por Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquirico Pittevil. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2023.
- Oppetit Bruno. Teoría del Arbitraje. Bogotá: Legis Editores, S.A., 2006.
- Paulsson, Jan. The Idea of Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Pérez Pacheco, Yaritza. La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado. Trabajos de Grado 15. Caracas, Venezuela: Universidad Central de Venezuela, 2013.
- Quinlan, Henry, Zara Merali, y Lara Bander. "Article 257 of the Penal Code: implications for commercial arbitration in the UAE | Practical Law". Thomson Reuters. Practical Law, el 14 de diciembre de 2016. [https://1.next.westlaw.com/w-005-0026?_lrTS=20200913054558924&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&isplc=true&firstPage=true&bhcp=1](https://1.next.westlaw.com/w-005-0026?_lrTS=20200913054558924&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&isplc=true&firstPage=true&bhcp=1).
- Rengel-Romberg, Aristides. Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano. Según el nuevo código de 1987. Vol. I. VI vols. Caracas: Altholitho, 2003.
- Rodner, James-Otis. La globalización: (Globalización de la Norma Jurídica). Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021.
- Sanquirico Pittevil, Fernando. "Arbitraje y Derechos Humanos". Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, núm. 2 (2021).
- Sanquirico Pittevil, Fernando. "Autonomía de la voluntad y la a-nacionalidad del arbitraje". Cuadernos UCAB, núm. 21 (2023).
- Sanquirico Pittevil, Fernando. "El arbitraje en la antigüedad". MARC. Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos 3 (2021).
- Sanquirico Pittevil, Fernando. "'Orden Público Adjetivo' y Arbitraje". Revista Venezolana de Derecho Mercantil, núm. 3 (2019).
- Shaw, Malcolm N. International law. 7ma ed. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.
- Tellez, Paula. "The Salem Trials Redux? Peru & Arbitrator's Misconduct: A Commentary on the Fernando Cantuarias Case". ITA in Review. The Journal of the Institute for Transnational Arbitration 4, núm. 1 (2022). <https://itaainreview.org/articles/2022/vol4/issue1/ita-alarb-americas-2020-workshop-comments-on-the-fernando-cantuarias-paradigmatic-case.html>.

- Turrini, Michael, y Aimy Roshan. "Criminal Liability of Arbitrators Repealed in the UAE". White & Case, el 30 de noviembre de 2018. <https://www.whitecase.com/insight-alert/criminal-liability-arbitrators-repealed-uae>.
- Wallace, Rebecca M. M. International law. 3era. ed. London: Sweet & Maxwell, 1997.
- David A.R. Williams y Anna Kirk, "Chapter 6: Balancing Party Autonomy, Jurisdiction and the Integrity of Arbitration: Where to Draw the Line?". En Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles, editado por Neil Kaplan y Michael J. Moser. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018.
- Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Traducido por Marina Gascón. 10ma ed. Madrid, España: Editorial Trotta, 2011.

La mediación y sus tendencias en múltiples ámbitos

Fred Aarons*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023, pp. 91-110

Resumen: La mediación constituye un mecanismo que busca facilitar, mediante las gestiones no vinculantes del mediador, el acuerdo entre las partes para así alcanzar de manera mutuamente satisfactoria la solución de una controversia. Nuestra intención con este trabajo, lejos de contraponer el arbitraje de la mediación, es resaltar la importancia de la mediación como instrumento idóneo para la pronta solución de controversias en múltiples actividades y las tendencias actuales al respecto.

Palabras clave: mediación, arbitraje, cláusulas escalonadas.

Mediation and its trends in multiple areas

Abstract: *Mediation is a mechanism that seeks to facilitate, through the non-binding efforts of the mediator, the agreement between the parties to reach a mutually satisfactory solution to a dispute. Our intention with this work, far from opposing arbitration with mediation, is to highlight the importance of mediation as an ideal instrument for the prompt resolution of disputes in multiple activities and the current trends in this regard today.*

Keywords: *mediation, arbitration, multi-tiered clauses.*

Autor invitado.

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por *American University*; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por *American University Washington College of Law*; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales, administración de riesgos y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante instituciones internacionales de mediación y arbitraje, tales como FINRA.

La mediación y sus tendencias en múltiples ámbitos

Fred Aarons*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 91-110

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La mediación y el arbitraje, herramientas que se complementan para solucionar controversias; 2. La mediación y su alcance; 3. La mediación y sus aproximaciones; 4. La mediación y sus tendencias actuales; 5. La Convención de Singapur sobre la Mediación; 6. Una ley modelo para la mediación; 7. La mediación en el ámbito comercial e internacional; 8. Las cláusulas escalonadas y la mediación. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia es un derecho fundamental que el Estado debe garantizar a sus ciudadanos. Se trata de un derecho que debe ser otorgado de forma efectiva y continua, independientemente de los mecanismos disponibles para acometer tal fin. Este derecho ciudadano constituye una de las obligaciones más esenciales que el Estado debe satisfacer, proporcionando no solo acceso a las instituciones jurisdiccionales administradas por el Estado, sino también reconociendo y facilitando el uso de los medios alternativos para la solución de controversias.

El retraso judicial registrado de manera consistente en los sistemas de administración de justicia ha incidido de forma determinante en que el Estado haya otorgado mayor importancia a los medios alternativos para la solución de controversias, incorporándolos en el ordenamiento normativo e inclusive reconociéndoles su carácter constitucional en ciertas jurisdicciones. Dicha tendencia ha sido inicialmente impulsada a nivel multilateral e internacional, en el caso del arbitraje, mediante la adopción múltiples convenciones internacionales, entre los que destaca la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio del 1958, referida también como la Convención de Nueva York, así como por la adopción de la Ley

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por *American University*; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por *American University Washington College of Law*; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales, administración de riesgos y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante instituciones internacionales de mediación y arbitraje, tales como FINRA.

Modelo sobre Arbitraje CENUDMI/UNCITRAL. Estas iniciativas tienen como propósito armonizar los procedimientos y las prácticas relativas al arbitraje. Dichos instrumentos han permitido promover el uso del arbitraje para la solución de controversias comerciales e internacionales y armonizar sus regulaciones a niveles local e internacional.

Como sabemos, el arbitraje ha venido ganando adeptos y espacios de manera determinante al punto de ser reconocido en la actualidad como un instrumento efectivo para la solución de controversias comerciales e internacionales. Por tratarse de un mecanismo según el cual las partes en controversia someten la solución de ésta a la decisión vinculante de un tercero o un panel de terceros independientes, equivale en términos generales a un mecanismo de administración de justicia de jurisdicción ordinaria – con el valor añadido de ser más beneficio por su celeridad e inmediatez que el aplicado por los órganos jurisdiccionales del Estado.

El arbitraje es un proceso en el cual los árbitros deben promover el respeto de los derechos relativos al debido proceso y garantizar la defensa y el acceso a la administración de justicia en favor de las partes involucradas. En contraposición, la mediación constituye un mecanismo que busca facilitar, mediante las gestiones no vinculantes del mediador, el acuerdo entre las partes para así alcanzar de manera mutuamente satisfactoria la solución de la controversia planteada.

Las características de la mediación le otorgan beneficios inigualables en favor de las partes involucradas en la controversia de que se trate. Dichos beneficios alcanzan a manifestarse no solo en el sistema de administración de justicia sino también en la forma como una sociedad maneja el conflicto y alcanza a procurar la paz social. Nuestra intención con este trabajo, lejos de contraponer el arbitraje de la mediación, es resaltar la importancia de la mediación como instrumento idóneo para la pronta solución de controversias en múltiples actividades y las tendencias que se manifiestan al respecto en la actualidad. En desarrollo del tema aquí propuesto, haremos referencia a la mediación y su alcance; presentaremos las diversas aproximaciones que los mediadores pueden adoptar para resolver controversias y comentaremos acerca de la evolución de la mediación como medio alternativo de solución de controversias y su tratamiento en la Convención de Singapur. Así mismo, resaltaremos la relevancia de las medidas adoptadas a nivel multilateral para promover una ley modelo para la mediación, con el fin de armonizar su utilización en el ámbito comercial e internacional. Por último, introduciremos ciertas consideraciones de carácter práctico dirigidas a utilizar la mediación y el arbitraje como herramientas que se complementan para solucionar controversias, para lo cual haremos especial referencia a las cláusulas escalonadas, como aproximación idónea para aplicar progresivamente, o inclusive concurrentemente, las diferentes modalidades de medios alternativos para la solución de controversias.

1. La mediación y el arbitraje, herramientas que se complementan para solucionar controversias

La mediación y el arbitraje son dos métodos alternativos de solución de disputas que requieren que las partes involucradas se sometan voluntariamente a ellos.

En el arbitraje el árbitro escucha mientras cada parte argumenta su caso y presenta las pruebas relevantes, y luego dicta una decisión vinculante mediante el laudo arbitral.

El objetivo de la mediación es que un tercero neutral ayude a las partes en disputa a llegar a un consenso por sí mismos. En lugar de imponer una solución, un mediador profesional trabaja con las partes en conflicto para explorar los intereses subyacentes que motivan sus posiciones. La mediación puede ser eficaz para permitir que las partes expresen tanto sus aspiraciones como sus preocupaciones, así como explorar plenamente sus quejas, en relación con la controversia planteada. Trabajando con las partes juntas y, a veces, por separado, los mediadores tratan de ayudar a las partes a elaborar una resolución que sea sostenible, voluntaria y no vinculante.¹

La mediación es un proceso con una estructura distinta al arbitraje. Primeramente, porque en el arbitraje el tercero independiente designado como árbitro está investido de autoridad para adoptar una decisión vinculante con el propósito de dirimir la controversia suscitada entre las partes. En la mediación, la intervención del tercero independiente designado como mediador se efectúa con el propósito de servir como facilitador de las partes para identificar los asuntos controvertidos, proporcionar opciones o alternativas, para así alcanzar acuerdos mutuamente satisfactorios en favor de las partes. Entonces, en la mediación, las partes determinan el alcance del acuerdo que se alcanzará, por lo que la autoridad reside en éstas exclusivamente. El tercero que hace las veces de mediador ayuda a las partes en conflicto a resolver la disputa, mediante la utilización de diversas técnicas dirigidas a facilitar que las partes depongan las posiciones iniciales que dieron pie a la controversia y alcancen eventualmente un acuerdo equilibrado mutuamente satisfactorio.

En la mediación se produce un encuentro interpersonal y confidencial que busca maximizar, con la asistencia del mediador, los beneficios del intercambio de ideas que surge entre las partes. Éste en modo alguno asume la posición de juzgador. Por el contrario, mediante el uso de técnicas propias de la mediación, el mediador replantea las diferencias planteadas entre las partes en términos de intereses, de manera que éstas jerarquicen, evalúen alternativas y adopten decisiones informadas para resolver la disputa inicialmente suscitada.

¹ [HLS_PON_FR12_MediationSecrets_2023b.pdf](#)

Si bien el arbitraje se muestra como un medio efectivo para resolver las disputas que surjan entre las partes, mediante la decisión de un tercero independiente designado por la voluntad de éstas, la mediación es un método de colaboración de un tercero que facilita la aproximación requerida para identificar los intereses de las partes en controversia y en el que se entremezclan variables vinculadas con la personalidad de las partes intervinientes, la voluntariedad, la confidencialidad, la informalidad, la autocomposición, la flexibilidad, entre otras.

2. La mediación y su alcance

La mediación es un mecanismo de comunicación amparado en la intervención del mediador quien, como indicamos, usa ciertas técnicas útiles para el desarrollo del proceso de comunicación que tiene lugar entre las partes. Si bien la mediación se caracteriza por su informalidad o flexibilidad, su tramitación tiende a seguir unas pautas determinadas ya sea por el propio mediador o, en algunos casos inclusive por las disposiciones normativas que las regulan.

Entre los aspectos o pautas que hay que tomar en consideración para llevar a cabo una sesión de mediación están los siguientes:²

La confidencialidad: puesto que es fundamental garantizar el compromiso de las partes y del mediador de mantener reserva de lo que se discute durante las sesiones de mediación, así como el contenido de la documentación que sea intercambiada entre las partes. Esta confidencialidad tiene efectos tanto entre las partes y el mediador con terceros ajenos al proceso, como entre el mediador y la parte que le haya proporcionado alguna información con carácter confidencial. Preservar la confidencialidad en un aspecto crítico en materia de mediación puesto que el respeto a la información proporcionada no sólo representa una obligación de carácter restrictivo, sino que también es la premisa sobre la cual se establece un lazo de vinculación común entre los participantes, que a su vez facilita la confianza entre éstos y su disposición de alcanzar un acuerdo de mutuo interés.

La voluntariedad: entendida ésta como la manifestación de la voluntad de las partes de decidir libremente acerca de: (i) si acuden o no a la mediación para dirimir la controversia suscitada, (ii) si permanecen o no en ella; (iii) los temas y las prioridades establecidas para las reuniones o sesiones de mediación; y (iv) las pautas necesarias para alcanzar o no un acuerdo, así como determinar su contenido.

La flexibilidad: La mediación dispone de ciertos esquemas predeterminados como serían la identificación de las partes, la presentación introductoria del mediador que incluya las reglas sustantivas y procedimentales básicas aplicables en las sesiones

² Caram, María Elena et al: *Mediación Diseño de una práctica*. Astrea, Buenos Aires. 2014. Pp. 24-60.

de mediación, la identificación de los temas a discutir en función de los puntos de la controversia planteada entre las partes. No obstante, la mediación se presenta como un mecanismo de solución de conflictos caracterizado por mayor espontaneidad y susceptible de ser manejada de acuerdo con el criterio funcional sugerido por el mediador a las partes.

La autocomposición: Ésta ha de alcanzarse cuando las partes asistidas por el mediador están en condiciones de adoptar decisiones vinculantes para atender oportuna y adecuadamente la disputa suscitada entre ellas. De tal manera que se otorga a las partes en la disputa el protagonismo necesario para que ellas diriman el conflicto planteado y así puedan contraer un compromiso reflejado en un acuerdo vinculante. Esta circunstancia otorga a la mediación y al acuerdo resultante un carácter más genuino que cualquier otro que pudiese alcanzarse por la decisión de un tercero.

La neutralidad: reflejada por la función de colaboración asumida por el mediador a lo largo de todo el proceso de mediación. La neutralidad del mediador por lo tanto debe ser a favor de todos por igual, sin diferenciación alguna. La misma debe ser internalizada de tal manera por el mediador al punto de entender que no se limita a su actitud externa, sino que debe ser el reflejo de una internalización íntima acerca de la necesidad de interactuar con las partes sin tomar partido por alguna de ellas. La neutralidad implica abstenerse de establecer conclusiones precipitadas y de manera subjetiva, así como no proponer soluciones en función de los intereses particulares propios.

Los aspectos antes señalados han otorgado unas características particulares a la mediación, permitiéndole ser utilizada tanto ya sea como un método alternativo de solución de controversias autónomo, así como una instancia que forma parte de un proceso jurisdiccional ordinario. En el primer caso, las partes acuden al mediador de manera voluntaria sin que haya mediado una acción administrativa judicial; mientras que, en el segundo caso, las partes interponen una acción judicial y la mediación es parte integral de ese proceso. Esta circunstancia dual ha impulsado la utilización masiva de la mediación para el trámite y la solución de controversias vinculadas a un amplio espectro de actividades, a saber:

- Asuntos de familia;
- Asuntos de personas de la tercera edad;
- Asuntos relativos a cesaciones de pago y bancarrota;
- Asuntos relativos a inversiones en títulos bursátiles;
- Asuntos relativos a relaciones laborales;
- Asuntos relativos a indemnizaciones por siniestros asegurados;
- Asuntos comunitarios;
- Asuntos relativos a cuantías menores;
- Asuntos diplomáticos y políticos;
- Asuntos comerciales, domésticos e internacionales, entre otros.

La diversidad de asuntos cuyas controversias pueden ser solucionadas a través de la mediación, amerita que identifiquemos las mejores prácticas aplicables en esta materia.

La mediación está amparada en el principio de autodeterminación de las partes durante todo su trámite. Su práctica debe tomar en consideración los aspectos puntuales siguientes:

- Más que requerir que el mediador entienda las leyes, es importante que éste entienda a las partes y sus intereses.
- Más que un proceso contradictorio, se trata de un proceso transaccional dirigido a asistir a las partes.
- Más que un árbitro, el mediador es un promotor de ideas basadas en la curiosidad y los intereses de las partes.
- El mediador, además de ser buen escucha, debe tener una actitud que genere confianza a las partes.
- El mediador debe manejar con inteligencia emocional las barreras actitudinales, especialmente aquellas promovidas en detrimento del proceso de mediación y del interés de las partes.
- El proceso de mediación debe ser flexible y facilitar la comunicación entre las partes.
- Es del interés de las partes que el mediador esté disponible para conversar con éstas y sus abogados, antes y durante la mediación.
- Es clave asegurar que las decisiones durante la mediación sean adoptadas por las partes y no por sus abogados.
- En las mediaciones celebradas por medios virtuales, es menester asegurar – en lo posible – que todas las partes participen visualmente, sin que sean grabadas las sesiones para no inhibir a los involucrados en el asunto objeto de la mediación.
- Las partes deben disponer del tiempo que requieran para ventilar sus diferencias y alcanzar compromisos y acuerdos.
- El mediador debe evitar precipitar el desarrollo de las sesiones de mediación.

3. La mediación y sus aproximaciones

3.1. La tramitación de la mediación

El proceso de mediación puede ser iniciado, ya sea por solicitud de las partes que acuden de manera independiente a un mediador para solicitar sus buenos oficios, o por disposición legal que contemple la mediación como mecanismo previo a la habilitación de la vía judicial, o en cualquier instancia del proceso judicial como resultado de la propuesta del juez de la causa o de las partes en disputa. La mediación puede también ser consecuencia de la instrumentación de alguna cláusula arbitral o compromisoria que

establezca como mecanismo previo al arbitraje el sometimiento de la disputa en cuestión a una instancia de mediación, o eventualmente como resultado de la aplicación del reglamento de arbitraje al que las partes hayan sometido su controversia.

La mediación puede incluir algunos o todos los siguientes seis pasos:³

- a. Planificación. Antes de que comience la mediación, el mediador ayuda a las partes a decidir dónde deben reunirse y quién debe estar presente. Cada parte puede tener abogados, compañeros de trabajo y/o familiares en su equipo, dependiendo del contexto.
- b. Presentación del mediador. Con las partes reunidas en la misma sala, el mediador presenta a los participantes, describe el proceso de mediación y establece las reglas básicas. También presenta su objetivo para la mediación.
- c. Palabras de apertura. Tras la presentación del mediador, cada parte tiene la oportunidad de exponer su punto de vista sobre la controversia, sin interrupción. Además de describir los problemas que creen que están en juego, también pueden tomarse el tiempo para ventilar cualquier circunstancia particular que estimen necesaria.
- d. Discusión conjunta. Después de que cada parte presenta sus observaciones iniciales, el mediador y las partes en disputa son libres de hacer preguntas con el objetivo de llegar a una mejor comprensión de las necesidades y preocupaciones de cada parte. Debido a que las partes en disputa a menudo tienen dificultades para escucharse mutuamente, los mediadores actúan como intérpretes, repitiendo lo que han escuchado y pidiendo aclaraciones cuando es necesario. Si las partes llegan a un punto muerto, los mediadores diagnostican los obstáculos que se encuentran en su camino y trabajan para volver a encarrilar la discusión.
- e. Caucus. En algunas circunstancias críticas, el mediador puede dividir la sesión en salas separadas para reuniones privadas o caucus. A menudo, pero no siempre, el mediador comunica a cada parte que la información que comparten en el caucus permanecerá confidencial. La promesa de confidencialidad puede alentar a las partes en disputa a compartir nueva información sobre sus intereses y preocupaciones.
- f. Negociación. Llegados a este punto, es el momento de empezar a formular ideas y propuestas que satisfagan los intereses fundamentales de cada parte. El mediador puede dirigir la negociación con todas las partes en la misma sala, o puede participar en la "diplomacia itinerante", desplazándose de un lado a otro entre los equipos, reuniendo ideas, propuestas y contrapropuestas. Si las partes llegan a un consenso, el mediador esbozará los términos y puede redactar un borrador de acuerdo. Si no llegan a un acuerdo, el mediador resumirá donde lo dejó y puede entablar una discusión sobre sus alternativas de no acuerdo.

³ Kovach, Kimberlee K.: *El Manual de Resolución de Disputas* (Jossey-Bass, 2005)

3.2. Las aproximaciones del mediador

Según explicamos previamente, la mediación y su trámite contempla un proceso fundamentalmente determinado por las partes y guiado de manera sistemática por el mediador dirigido a delinear el procedimiento aplicable al caso en cuestión, identificar los asuntos objeto de la controversia, considerar las motivaciones de las partes involucradas, así como sus aspiraciones, identificar sus intereses, de manera que sus posiciones iniciales alcancen a ser transformadas en intereses, con el fin de priorizarlos y alcanzar acuerdos tangibles que sean mutuamente satisfactorios. No obstante, la consecución de las etapas antes citadas no está circunscrita a una única vía. Más bien, la flexibilidad de la mediación permite incorporar diferentes perspectivas, todas ellas según las características del caso objeto de controversia, el perfil de las partes intervinientes, así como el estilo y experticia del mediador designado.

La mediación como método tiene diferentes aproximaciones para facilitar la obtención de la solución de la controversia planteada. En este sentido, el rol del mediador y la perspectiva que adopte para resolver el conflicto son elementos determinantes en la obtención de un resultado eficiente y satisfactorio para las partes intervinientes.

El proceso de mediación y su éxito está fundamentado esencialmente en la actitud del mediador y su capacidad técnica para promover un resultado tendiente a obtener un acuerdo. No existe un solo método de aproximación, sino más bien el mediador dispone de una multiplicidad de alternativas aplicadas en función de su interés y del rol que quiera asumir en las sesiones de mediación. Ahora bien, una aproximación no es más adecuada que otra, ni produce resultados más favorables que otra. Su utilización está determinada principalmente en función de las preferencias y del estilo del mediador y de las circunstancias que determinen su participación en el proceso de mediación, según la actitud y las características de las partes intervinientes.

En este sentido, es importante considerar que, si bien el mediador tiene cuatro metas fundamentales, el orden de prioridad de estas metas puede variar según lo determinen las variables que mencionamos previamente. En principio, el mediador busca que las partes alcancen un acuerdo, sin diferenciar el alcance de este; que el acuerdo sea de alta calidad; que se alcance un resultado que vaya más allá de un acuerdo entre las partes; y que las partes participen en un proceso de alta calidad, independientemente del resultado alcanzado. Esta diversidad en las prioridades que se puedan establecer varía en función de la amplia latitud otorgada a la mediación como mecanismo de solución de controversias. Esta circunstancia es especialmente relevante si tomamos en consideración las amplias posibilidades que dispone el mediador para introducir las herramientas de la mediación en la solución de las controversias suscitadas entre las partes.

Así las cosas, la doctrina⁴ reconoce por lo menos 5 aproximaciones distintas para manejar o atender el conflicto mediante la mediación como mecanismo para la solución de controversias, a saber:

- **La mediación evaluativa**

El mediador que utiliza esta aproximación tiende a actuar como un negociante que tiene como meta alcanzar el acuerdo entre las partes, sin necesariamente atender a la calidad de éste. En algunos casos en que el mediador utiliza la aproximación evaluativa, éste podría tender a ponderar como un juzgador y sopesar el acuerdo tentativamente alcanzado con la intención de evaluar la decisión de las partes, con la intención de persuadirlas para concretar el acuerdo según determine que sea más conveniente. La actitud del mediador evaluativo es usualmente asumida por aquel individuo que en algún momento de su carrera profesional haya ocupado el cargo de juez, identificando las debilidades en las posiciones de las partes para inducir las a alcanzar algún acuerdo.⁵

- **La mediación facilitadora**

El mediador que utiliza esta aproximación otorga a las partes el control de los términos del acuerdo, colaborando para incentivarles a alcanzar soluciones satisfactorias en favor de cada una de las partes en disputa⁶. El mediador facilitador otorga énfasis especial a la comunicación entre las partes, al intercambio de información entre éstas y a sus posiciones comunes durante el proceso de mediación. Así mismo, esta aproximación tiende a identificar los asuntos en los que las partes tienen responsabilidades compartidas, asumiendo una visión dirigida a englobar y asumir situaciones futuras.

- **La mediación narrativa**

El mediador bajo esta modalidad no se limita a procurar un acuerdo entre las partes. Éste tiene presente el perfil de las partes y con base en ello busca extender los beneficios de la mediación a terceros vinculados con las partes en disputa, con el exclusivo propósito de alcanzar la paz social. Esta aproximación a la mediación reviste una inclinación terapéutica y es utilizada usualmente para resolver disputas familiares, o aquellas vinculadas con disputas entre grupos distinguidos por factores comunes de edad, género o afiliación de sus integrantes. El mediador intentará en estos casos de establecer un contexto grupal común que sirva como punto de partida para alcanzar compromisos dirigidos a concretar algún acuerdo entre las partes. El proceso de mediación bajo esta modalidad o aproximación busca primeramente identificar elementos

⁴ McDermott, E. P.: Discovering the importance of mediator approach-An interdisciplinary challenge. *Negotiation and Conflict Management Research*, 5 (4), 2012. P. 340-353.

⁵ Lowry, L. R.: Evaluative mediation in *Divorce and family mediation*, Folberg et al (Editors). The Guilford Press, NY. Pp. 72-91.

⁶ Mayer, B.: Facilitative mediation in *Divorce and family mediation*, Folberg et al (Editors). The Guilford Press, NY. Pp. 29-52.

compartidos entre las partes. Así mismo, intenta considerar las perspectivas o experiencias de las partes para lograr establecer patrones alternativos que a su vez promuevan interacciones futuras distintas basadas en la cooperación.⁷

• La mediación transformativa

Esta aproximación parte de la premisa de que las partes acuden a la mediación limitadas por una posición que evidencia una actitud defensiva según la cual se percibe a la otra parte como una amenaza a los intereses de su contraparte. Dicha actitud puede generar situaciones de debilidad manifiesta al momento de iniciar la mediación, lo cual puede provocar círculos viciosos que dificultan la posibilidad de alcanzar círculos virtuosos en beneficio de las partes en disputa. El mediador, lejos de juzgar a las partes, busca manifestar apoyo a éstas para propósitos que van más allá de la obtención de un acuerdo. Se parte de la premisa de que el acuerdo que se obtenga será más sólido en la medida que sea producto de la iniciativa de las partes, en lugar de una propuesta planteada por el mediador.⁸

• La mediación basada en el entendimiento

Esta aproximación a la mediación parte de la necesidad de que cada de las partes entienda la perspectiva de la otra, así como los efectos prácticos y legales de dichas perspectivas. Se otorga más importancia al proceso como tal, siendo el acuerdo una consecuencia de la tramitación de un proceso exitoso y enriquecedor para las partes involucradas en la disputa. La idea central bajo esta aproximación es desplazar a las partes del estadio de conflicto en el que se encuentran para así promover la identificación de intereses comunes que coadyuven a alcanzar algunos términos de entendimiento entre éstas. Tal fin es alcanzado por la reiteración en el ejercicio de entendimiento de cada una de las partes, mediante la escucha, la repetición, la búsqueda de confirmación y la recepción de la confirmación del entendimiento de cada una de las partes involucradas en la disputa planteada.⁹

4. La mediación y sus tendencias actuales

La mediación es un proceso de autocomposición procesal según el cual el acuerdo obtenido entre las partes es el resultado de las mutuas concesiones que éstas alcanzan voluntariamente, sin que medie la imposición de tercero alguno. Esta característica distintiva reviste una particular importancia puesto que, a diferencia de las sentencias jurisdiccionales, inclusive los laudos arbitrales, las transacciones alcanzadas por la vía

⁷ Winslade, J., Monk, G.: *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*, Jossey-Bass, 2001.

⁸ Bush, R., Pope, S.: Changing the quality of conflict interaction: The principles and practice of transformative mediation. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 3(1), pp. 67 – 96, 2002.

⁹ Friedman, G., Himmelstein, J.: *Challenging conflict: Mediation through understanding*. American Bar Association. 2008.

de la mediación no constituirían precedentes vinculantes para las partes intervinientes, ya que son el producto de las negociaciones efectuadas por las partes en disputa para alcanzar la solución de la controversia específica planteada. Por otra parte, la informalidad y celeridad en la tramitación de la mediación, aunado a su menor costo en comparación con los procesos judiciales ordinarios y el arbitraje, le otorgan una ventaja comparativa importante para convertirse en un instrumento de amplia utilización en múltiples ámbitos, tanto a nivel nacional como internacional.

En la práctica, se hace referencia a los procedimientos en que un tercero asiste a las partes para que resuelvan una controversia con expresiones como “mediación”, “conciliación”, “evaluación neutral”, “minijudio” o términos similares. La tendencia actual es utilizar el término “mediación” para referirse a todos esos procedimientos. Se estima que no es necesario distinguir entre los distintos métodos procesales que utilice el tercero. Todos esos procedimientos tienen la característica común de que el papel del tercero se limita a asistir a las partes a dirimir su controversia sin tener facultades para imponerles una decisión vinculante. En la medida en que los procedimientos que constituyan “vías alternativas para la solución de controversias” posean esa característica, les será aplicable un tratamiento común.¹⁰

El uso de la mediación se está convirtiendo en una de las opciones que prefieren y promueven los órganos judiciales y los organismos públicos. Considerando que se recurre cada vez más a la mediación para resolver las controversias, el proceso de desarrollo de las diversas legislaciones nacionales en materia de mediación ha suscitado debates dirigidos a promover soluciones jurídicas, armonizadas a nivel nacional e internacional, que promuevan y faciliten la mediación. Así mismo, se ha verificado un incremento importante de servicios disponibles diseñados para promover tal medio de solución amistosa de controversias.

5. La Convención de Singapur sobre la Mediación

La “Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación”, también conocida como la “Convención de Singapur sobre la Mediación”¹¹, tiene como principal objetivo facilitar el comercio internacional a través de la regulación del reconocimiento y ejecución de acuerdos de transacción internacional que sean el resultado de la mediación como método para solucionar conflictos. De tal manera, la Convención de Singapur es *mutatis mutandis* para la mediación lo que la Convención de Nueva York de 1958 es para el arbitraje al

¹⁰ ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje [A/CN.9/WG.II/WP.108 \(un.org\)](#)

¹¹ La Convención fue aprobada mediante la Resolución 73/198 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 diciembre de 2018 y entró en vigor el 12 septiembre 2020.

establecer ésta un mecanismo para obtener el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. El artículo 1, al definir el ámbito de aplicación de la Convención, establece: *“La presente Convención será aplicable a todo acuerdo resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial (acuerdo de transacción)”*. Así mismo, en relación con la formalidad del escrito del acuerdo de transacción, la Convención establece que *“se entenderá que un acuerdo de transacción se ha celebrado <por escrito> si ha quedado constancia de su contenido de alguna forma”*.¹²

La Convención define la mediación como: *“cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (el mediador) que carezcan de autoridad para imponerles una solución”*.¹³

Se considera que habrá una transacción internacional susceptible de mediación a los efectos de la Convención cuando: a) al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos en Estados diferentes; o b) el Estado en que las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos no es: i) el Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o ii) el Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción.

La Convención no será aplicable a los acuerdos de transacción: a) concertados para resolver controversias que surjan de operaciones en las que una de las partes (un consumidor) participe con fines personales, familiares o domésticos; b) relacionados con el derecho de familia, el derecho de sucesiones o el derecho laboral. De igual manera, la Convención no será aplicable a: a) los acuerdos de transacción: i) que hayan sido aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial; y ii) que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial; b) los acuerdos de transacción que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal.¹⁴

Toda parte que desee hacer valer un acuerdo de transacción de conformidad con la Convención deberá presentar a la autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas: a) el acuerdo de transacción firmado por las partes; b) pruebas de que se llegó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación, por ejemplo: i) la firma del mediador en el acuerdo de transacción; ii) un documento firmado

¹² El requisito de que el acuerdo de transacción conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si es posible acceder a la información contenida en ella para su ulterior consulta.

¹³ La CNUDMI ha reconocido los términos de la conciliación o mediación como intercambiables, según se desprende de las Notas Explicativas de Mediación y en los textos de trabajo del proyecto de redacción de la Convención.

¹⁴ [Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación \(acerislaw.com\)](http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/mediation_convention/mediation_convention.htm)

por el mediador en el que se indique que se realizó la mediación; iii) un certificado expedido por la institución que administró la mediación; o iv) a falta de las pruebas indicadas en los incisos i), ii) o iii), cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable.¹⁵

La Convención de Singapur facilitará el comercio internacional al permitir a las partes contendientes hacer cumplir e invocar fácilmente los acuerdos de transacción transfronterizos. Las empresas se beneficiarán de la mediación como una opción adicional de resolución de disputas a los litigios y arbitrajes en la resolución de disputas transfronterizas. Por lo tanto, la firma de la Convención es una firme declaración del compromiso de un país con el comercio, el comercio y la inversión, y fortalece su posición en el ámbito del derecho mercantil internacional.¹⁶

6. Una ley modelo para la mediación

A partir de la Convención de Singapur sobre mediación, se propuso una ley modelo para la mediación, cuyo texto más reciente corresponde a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación del año 2018. La Ley Modelo es un instrumento para promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional y será aplicable a la mediación comercial internacional y a los acuerdos de transacción internacionales.¹⁷

El propósito de esta Ley Modelo es que todos los Estados tomen debidamente en consideración la Ley Modelo cuando revisen o aprueben leyes relacionadas con la mediación, teniendo en cuenta la conveniencia de uniformar el derecho relativo a los procedimientos de mediación y las necesidades concretas de la práctica de la mediación comercial internacional. A los efectos de la Ley, se entenderá por "mediación" todo procedimiento, ya sea que se designe con el término mediación, conciliación u otro de sentido equivalente, en que las partes soliciten a un tercero o terceros ("el mediador") que les presten asistencia en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o vinculada a ellas. El mediador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.

¹⁵ La Convención de Singapur ha sido ratificada por doce naciones entre las que se encuentran tres países de América Latina (Ecuador, Honduras, Uruguay). Cincuenta y cinco naciones, de las cuales once naciones de América Latina y el Caribe, incluyendo a Venezuela, han suscrito la Convención.

¹⁶ [About the Convention | Singapore Convention on Mediation](#)

¹⁷ El término "comercial" debe interpretarse en sentido amplio, para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de carácter comercial comprenden, entre otras, las siguientes operaciones: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, facturaje (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo de explotación o concesión, empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, y transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

La Ley Modelo tiene por finalidad alentar la utilización de la mediación proporcionando mayor previsibilidad y certeza respecto del procedimiento y su resultado.

El comercio internacional está creciendo rápidamente y un número cada vez mayor de entidades, entre ellas pequeñas y medianas empresas, están realizando operaciones transfronterizas. Dado que con frecuencia se llevan a cabo operaciones comerciales a través de las fronteras nacionales, incluso mediante el uso del comercio electrónico, que va en aumento, se ha vuelto fundamental atender a la necesidad de que existan sistemas eficientes y eficaces de solución de controversias. La Ley Modelo es un instrumento referencial para el establecimiento de criterios uniformes para la armonización de los procedimientos y la sustanciación de las controversias sometidas a mediación por la voluntad de las partes.

La Ley Modelo resalta el carácter confidencial de la información intercambiada durante el trámite de la mediación. En tal sentido, es determinante asegurar la preservación de un ambiente de confianza entre las partes involucradas en la mediación, razón por la cual ninguna de las partes podrá hacer uso de la información obtenida durante la mediación para el trámite de procesos administrativos o judiciales posteriores. Así mismo, las partes deben tener garantías suficientes del mediador en el sentido de que éste no compartirá la información obtenida de alguna de las partes, salvo que medie autorización expresa de dicha parte. Recordemos que la confidencialidad es la base sobre la cual se configura la credibilidad del mediador y se proyectan las posibilidades de que las partes otorguen la confianza necesaria al mediador para que éste les asista en alcanzar un acuerdo satisfactorio dirigido a solucionar definitivamente la controversia planteada.

Otro aspecto de particular relevancia sobre el cual la Ley Modelo hace referencia es la posibilidad de que las funciones de mediador y árbitro recaigan en la misma persona. Al respecto, en la Ley Modelo se establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el mediador no podrá actuar como árbitro en una controversia que haya sido o sea objeto del procedimiento de mediación ni en otra controversia que haya surgido a raíz del mismo contrato o relación jurídica o de cualquier contrato o relación jurídica conexos. No obstante, la Ley Modelo no contempla específicamente la posibilidad de que quien haga las veces de árbitro en una controversia sometida a arbitraje, pueda asistir a las partes como mediador en caso de que las partes opten por suspender el trámite arbitral con el propósito de alcanzar un acuerdo por la vía de la mediación. Independientemente de las circunstancias y pautas que los diferentes procedimientos o reglamentos arbitrales puedan establecer sobre este particular, consideramos que la voluntad de las partes debe ser privilegiada puesto que son éstas las mejor posicionadas para determinar a quien le otorgan la confianza suficiente para intervenir como mediador entre las partes. De hecho, al reconocer la Ley Modelo que el inicio de un proceso arbitral no constituye, en sí mismo, una renuncia al acuerdo por el que se convenga en someter una controversia a mediación ni que pone fin por sí solo al procedimiento de mediación, permite deducir que queda a la discreción de las partes asignar las funciones de mediador en aquella(s) persona(s) que genere(n) su confianza.

7. La mediación en el ámbito comercial e internacional

La Ley Modelo es un instrumento que permite promover un procedimiento de tramitación uniforme e informar a las partes que participan en el comercio internacional sobre sus objetivos. La aspiración central es que los Estados alentarán a las partes a resolver sus litigios utilizando métodos de solución de controversias que no impliquen la imposición de una solución por un tercero. En efecto, la CNUDMI ha redactado la Ley Modelo para prestar asistencia a los Estados en el diseño de procedimientos de solución de controversias que tengan por finalidad: (i) reducir el costo y la duración de la solución de controversias; (ii) promover y conservar un clima de cooperación entre las partes en la relación comercial; (iii) encontrar soluciones flexibles y adaptadas a cada conflicto; (iv) evitar nuevas controversias, y (v) aumentar la certeza en el comercio internacional.

Al preparar y aprobar disposiciones legislativas modelo sobre mediación y acuerdos de transacción, la CNUDMI tuvo cuidado de que esas disposiciones fueran acompañadas de información de antecedentes y explicaciones, como instrumento eficaz para ayudar a los Estados a modernizar su legislación y evaluar qué disposiciones de la Ley Modelo, si procedía, habrían de modificar para adaptarlas a las circunstancias particulares del país¹⁸. Corresponde entonces asumir el protagonismo que la mediación está asumiendo en la solución de controversias, no solo a nivel doméstico, sino también en el ámbito comercial internacional.

8. Las cláusulas escalonadas y la mediación

Resulta ser de creciente importancia recurrir a los medios alternativos para la solución de controversias, siendo particularmente oportuno considerar el uso de las llamadas “cláusulas escalonadas”. Según señalamos, el uso de la mediación está creciendo a nivel mundial. Cada vez más, las partes consideran que la mediación es más efectiva si se conviene que la disputa, en caso de no ser resuelta por mediación, será resuelta por arbitraje. Debido a que el requisito de mediar puede ser visto como una condición previa al arbitraje, se debe establecer un plazo que le permita a las partes pasar de la mediación al arbitraje, en caso de que sea necesario, para evitar retrasos.¹⁹

Las cláusulas escalonadas o también referidas como *multi-tiered clauses* o *multi-step clauses* son cláusulas de resolución de controversias que conllevan un sistema progresivo para la solución de las diferencias que las partes pueden disponer en sus fases iniciales de varios métodos alternativos para la resolución de controversias y que culmina en arbitraje, en caso de resultar infructuosa alguna solución durante la apli-

¹⁸ [Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización \(un.org\)](#)

¹⁹ [ICDR Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses - Spanish.pdf \(adr.org\)](#)

cación de los primeros métodos alternativos. Acerca de su naturaleza se ha discutido extensamente si se trata o no de auténticos convenios arbitrales. No obstante, la tendencia imperante en la actualidad sugiere la utilización de este tipo de cláusulas en los más diversos tipos de contratos, razón por la cual los principales centros arbitrales están promoviendo el uso de las cláusulas escalonadas.

Las ventajas que, con carácter general, se asocian a este tipo de cláusulas son las relativas a precaver las potenciales consecuencias negativas de un procedimiento arbitral. Asimismo, mediante estas cláusulas se busca alcanzar una solución a través de procesos que eviten deteriorar la relación comercial en virtud del conflicto existente y que proporcionen algún ahorro en tiempo y dinero para las partes. Sin embargo, dada la relevancia práctica y efectividad de la mediación como método de solución de controversias, ha surgido una tendencia que haciendo uso de una cláusula escalonada busca acceder a la mediación y al arbitraje de forma concurrente. Según la referida perspectiva, se ha creado un modelo de cláusula de arbitraje y mediación concurrente. La cláusula obliga a las partes a mediar, después del inicio del arbitraje, que es cuando se presume que las partes están más informadas con respecto a los temas en disputa y sus respectivas necesidades e intereses.²⁰ Nuestra experiencia permite confirmar que la concurrencia en el uso de la mediación y el arbitraje resulta ser una aproximación eficiente que incita a las partes a obtener acuerdos con base en decisiones informadas adoptadas en función de las realidades propias resultantes del desarrollo del proceso arbitral. En otras palabras, la disposición de lograr un acuerdo en la mediación puede ser mayor cuando las partes han iniciado el proceso arbitral y perciben de manera más inmediata los riesgos que conlleva la posibilidad de obtener una decisión desfavorable en el arbitraje.

Pese a sus ventajas, estas cláusulas son fuentes de no pocos problemas cuando una de las partes no respeta el procedimiento escalonado o cuando la redacción de la cláusula tiende a ser ambigua respecto de los diferentes pasos y el carácter imperativo o no de los mismos, previo al inicio del arbitraje. El tema principal relativo a dichas cláusulas se refiere a los efectos y consecuencias en el arbitraje, así como su reconocimiento y ejecución del laudo que resulte, en caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto en la cláusula escalonada. Por otra parte, se trata de prestar debida atención cuando una de las partes solicita medidas cautelares a un órgano jurisdiccional cuyo ordenamiento jurídico obliga a la parte a dar inicio al arbitraje dentro de un plazo relativamente breve o cualquier otra circunstancia procesal que le impida que alguna parte pueda respetar el procedimiento escalonado.

²⁰ [ICDR Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses - Spanish.pdf \(adr.org\)](#)

La inclusión de una cláusula escalonada en un contrato debe atender a las necesidades propias de las partes contratantes y del negocio jurídico que los vincula, con el fin de asegurar su efectividad y la maximización de los beneficios. Por ello es necesario precisar aspectos particulares en la referida cláusula, tales como determinar claramente el carácter imperativo o no de los procedimientos previos al inicio del arbitraje (negociación, mediación, perito técnico, *dispute boards*, etc.), los plazos o, en su caso, hechos que determinen el fracaso de los pasos previos al arbitraje y que permitan iniciar los siguientes.²¹

CONCLUSIONES

Con base en las consideraciones anteriormente formuladas en relación con la mediación, su alcance y las tendencias actuales acerca de su utilización como medio de solución de controversias de carácter informal, económico y dinámico, tanto en el ámbito comercial nacional como internacional, podemos concluir que la mediación está calando profundamente y a pasos acelerados como la opción preferente para la solución de controversias entre pequeños y medianos comerciantes, así como para atender asuntos familiares. De hecho, la mediación se antoja por un instrumento flexible que permite atender una multiplicidad de situaciones que van desde la bancarrota, pasando por asuntos financieros y de inversiones, hasta alcanzar casos laborales y de disputas familiares. En tal sentido, es oportuno propiciar activamente su uso en los diferentes segmentos o sectores de la sociedad, inclusive entre individuos en edad formativa, lo cual a su vez incitaría una mayor disposición al diálogo y concertación en la sociedad. Semejante cambio actitudinal proporcionaría en nuestra sociedad y a las personas que la integran un mayor nivel de conciencia colectiva, que tanta falta hace para solventar los retos individuales y colectivos que se presentan en nuestro quehacer diario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARREGLO DE CONTROVERSIAS COMERCIALES Posible régimen uniforme sobre ciertas cuestiones relativas al arreglo de controversias comerciales: conciliación, medidas provisionales de protección, forma escrita del acuerdo de arbitraje [A/CN.9/WG.II/WP.108 \(un.org\)](https://www.un.org/ru/ru/press/docs/2000/0004/0004108.htm)

Bush, R., Pope, S.: Changing the quality of conflict interaction: The principles and practice of transformative mediation. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 3(1), pp. 67 – 96, 2002.

²¹ Iglesias, Jaime: *Cláusula escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas*, Garrigues Abogados, https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-estemetodo-alternativo-de-resolucion-de

Caram, María Elena et al: *Mediación Diseño de una práctica*. Astrea, Buenos Aires. 2014.

[Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación \(acerislaw.com\)](#)

Friedman, G., Himmelstein, J.: *Challenging conflict: Mediation through understanding*. American Bar Association. 2008.

Harvard Law School. Program on Negotiation. Mediation Secrets for Better Business Negotiations. [HLS_PON_FR12_MediationSecrets_2023b.pdf](#)

Iglesias, Jaime: *Cláusula escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas*, Garrigues Abogados. https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-estemetodo-alternativo-de-resolucion-de

Kovach, Kimberlee K.: *El Manual de Resolución de Disputas* (Jossey-Bass, 2005).

[Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización \(un.org\)](#)

Lowry, L. R.: Evaluative mediation in *Divorce and family mediation*, Folberg et al (Editors). The Guilford Press, NY.

Mayer, B.: Facilitative mediation in *Divorce and family mediation*, Folberg et al (Editors). The Guilford Press, NY.

McDermott, E. P.: Discovering the importance of mediator approach-An interdisciplinary challenge. *Negotiation and Conflict Management Research*, 5 (4), 2012. P. 340-353.

Winslade, J., Monk, G.: *Narrative Mediation: A new approach to conflict resolution*, Jossey-Bass, 2001.

La regulación del monto de los alquileres comerciales y el arbitraje

Irma Isabel Lovera De Sola*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 111-127

Resumen: Este trabajo se propone explicar las normas de la Ley de Arrendamiento Comercial aplicables a la fijación del monto de los alquileres de locales comerciales, la posible intervención del Poder Ejecutivo en la fijación de la renta de esos inmuebles, algunas curiosidades o contradicciones que contiene el texto de la ley y la posibilidad de arbitrar conflictos entre arrendadores y arrendatarios basados en divergencias acerca del monto del alquiler.

Palabras clave: regulación, alquiler comercial, arbitraje.

Regulation of the amount of commercial rents and arbitration

Abstract: *As This piece aims to clarify the rules of the Commercial Leasing Law that apply to the fixing of rental costs of commercial leases, the possible intervention of the Executive Power in fixing said costs, curio and contradictions found in the text of the law, and the possibility of arbitrating conflicts that may arise between lessors and tenants based on diverging views on the rental costs.*

Keywords: *regulation, commercial rents, arbitration.*

Autora invitada.

* Abogada, Universidad Católica Andrés Bello. Mediadora, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor agregado de la Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela. Profesora de pregrado y post grado de la Universidad Católica Andrés Bello. Integrante del Programa Profesor Aliado Internacional de la Universidad Católica Andrés Bello, año 2020. Instituciones: Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Venezuela. Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Correo electrónico: irmalovera@gmail.com

La regulación del monto de los alquileres comerciales y el arbitraje

Irma Isabel Lovera De Sola*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 111-127

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Promulgación de la Ley de Arrendamiento Comercial y la SUNDDE. 2. Sentencias de la Sala Político-Administrativa que tratan el tema. Conclusión. 3. Comentario adicional. 4. La regulación de alquileres comerciales y el arbitraje.

INTRODUCCIÓN

Cuando fue publicado el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para uso Comercial ("Ley de Arrendamiento Comercial") en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela ("G.O.") N° 40.418 del 23 de mayo de 2014¹, muchos abogados, comerciantes, arrendadores y corredores inmobiliarios respiraron con alivio al pensar que con esa nueva ley se extinguía la regulación de los alquileres comerciales por parte de un organismo del Poder Ejecutivo como había sido durante más de 50 años desde la entrada en vigor de la Ley de Regulación de Alquileres de 1960.

Para relatar los acontecimientos completos que precedieron y los que siguieron a la promulgación de la Ley de Arrendamiento Comercial, debo comenzar por referir que el 29 de noviembre de 2013, mediante Decreto N° 602 ("Decreto 602")², el Presidente de la República congeló los alquileres de inmuebles de uso comercial y locales en general donde se desarrollaban actividades comerciales o de servicios. En otras palabras, el Decreto 602 prohibió el ajuste al alza de todos los alquileres de inmuebles destinados a actividades comerciales.

Las disposiciones fundamentales de inmediato impacto del Decreto 602 en los contratos de alquiler fueron las siguientes:

* Abogada, Universidad Católica Andrés Bello. Mediadora, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor agregado de la Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela. Profesora de pregrado y post grado de la Universidad Católica Andrés Bello. Integrante del Programa Profesor Aliado Internacional de la Universidad Católica Andrés Bello, año 2020. Instituciones: Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Venezuela. Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Correo electrónico: irmalovera@gmail.com

¹ V. Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para uso Comercial, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela ("G.O.") N° 40.418 del 23 de mayo de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/mayo/2352014/2352014-3985.pdf#page=1>

² V. Decreto Presidencial N° 602, G.O. N° 40.305 del 29 de noviembre de 2013. <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/noviembre/29112013/29112013-3853.pdf#page=1>

1.1. Fijó en un máximo de Bs. 250 por metro cuadrado³ los cánones de arrendamiento de los locales.

1.2. Estableció en un máximo del 25% del canon de arrendamiento, el monto de los gastos comunes que está permitido cobrar a los arrendatarios.

1.3. Si el alquiler que se venía pagando antes de la entrada en vigor del Decreto 602 era superior a Bs. 250 por metro cuadrado, el ajuste a la baja debió producirse de inmediato, es decir a partir del 30 de noviembre de 2013. Si el alquiler era inferior a esa cantidad, debía permanecer invariable hasta tanto se promulgara la nueva ley por vía habilitante que regiría este tipo de arrendamientos.

1.4. Prohibió el cobro de alquileres basados en porcentajes sobre ventas brutas o netas, lo cual significó que los alquileres comerciales solamente deberían tomar como base para su cálculo, las dimensiones del local, independientemente de su ubicación geográfica o si formaban parte de un centro comercial o no, y todos los inmuebles comerciales tendrían que uniformar su rentabilidad en base a sus dimensiones, y no la productividad del negocio ni a ningún otro factor que los favoreciera o perjudicara.

El Decreto 602 permaneció en vigencia hasta la promulgación de la Ley de Arrendamiento Comercial el 23 de mayo de 2014, es decir, fueron seis meses de congelación de los alquileres comerciales y de incertidumbre en el mercado inmobiliario, porque antes de que se publicara la nueva ley, se sabía que se estaba discutiendo una nueva normativa para este tipo de inmuebles pero se desconocía su alcance y los criterios que se aplicarían.

Los centros comerciales se vieron particularmente afectados porque los gastos de mantenimiento eran, en muchos casos, muy superiores al 25% del monto del canon de alquiler de los locales. Los gastos de mantenimiento incluyen usualmente desde la limpieza, la vigilancia, equipos de seguridad y promociones de eventos hasta la decoración de acuerdo con la temporada comercial (carnaval, vuelta al colegio, navidad, etc.). En la práctica, el 25% no cubría todos esos conceptos, a pesar de ser calificados como gastos comunes.

En el mundo inmobiliario se temía que el gobierno optara por el camino de las restricciones, limitaciones y regulaciones severas de los alquileres comerciales como ya había hecho con la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda ("Ley de Arrendamientos de Vivienda") en 2011.⁴ Pero no fue así y no mencionaré la razón, ya que sería meramente anecdótico y sin interés jurídico.

³ En ese momento, Bs. 250 equivalían aproximadamente a USD 4.

⁴ V.G.O. N° 6.053 Ext. del 12 de noviembre de 2011. http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/noviembre/12112011/E-12112011-3286.pdf#page=1

1. Promulgación de la Ley de Arrendamiento Comercial y la SUNDDE

¿Y en que se basó ese suspiro de alivio de arrendadores y demás relacionados con el alquiler comercial al conocerse el texto de la nueva Ley de Arrendamiento Comercial?

En que el artículo 6 de la Ley de Arrendamiento Comercial recién salida del horno señala el orden de prioridades en que deberán aplicarse las leyes, reglamentos y resoluciones sobre la materia. En cuarto lugar destaca, especialmente para quienes veníamos acostumbrados desde 1960 a que los inmuebles tenían que ser regulados por una oficina administrativa, que se aplicarán los acuerdos a los que hayan llegado las partes.

Esa expresión llenó de optimismo a propietarios y arrendadores de locales comerciales, y no solamente a los de inmuebles dentro de centros comerciales, sino a todos, porque los llamados locales “a pie de calle” tendrían el mismo tratamiento legal que los de centros comerciales.

Pero el artículo 7 de la Ley de Arrendamiento Comercial que se estrenó en mayo de 2014, a pesar de reconocer la importancia de los acuerdos entre las partes, indica que en caso de diferencias entre arrendador y arrendatario cualquiera de las partes puede acudir a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (“SUNDDE”) para dilucidar sus divergencias en relación con el cálculo y el monto del canon de alquiler.⁵

En ese momento de euforia que se produjo debido a la publicación de la ley y a que simultáneamente se derogó el Decreto 602 que había congelado los alquileres comerciales y ante una nueva normativa que abría el rumbo de acuerdos entre las partes, no se le dio mayor importancia a la remisión de los desacuerdos a la SUNDDE.

Se pensó que todo sería paz y armonía. Sin embargo, pocos se detuvieron a analizar el contenido del artículo 5º de la Ley de Arrendamiento Comercial, que por su importancia para el tema elegido para este trabajo, lo copio textualmente:

“El Ministerio con competencia en materia de Comercio, con asistencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), ejercerá la rectoría en la aplicación de este Decreto Ley y en conjunto crearán las instancias necesarias para su aplicación. Corresponde al Ministerio con competencia en materia de Comercio la regulación sectorial del arrendamiento de inmuebles destinados al comercio, a partir de las disposiciones del presente Decreto Ley, y de los reglamentos que se dictaren en ejecución del mismo. Cuando alguna norma incida en la materia competencia de otra instancia o Ministerio del Poder Popular, podrá ser objeto de regulación conjunta. En ejercicio de la atribución otorgada en el presente artículo, el Ministerio con competencia en materia de comercio podrá dictar regula-

⁵ V. Ley de Arrendamiento Comercial, artículo 7 (“En todo lo relacionado con los contratos de arrendamiento a suscribir, se procurará el equilibrio y acuerdo entre las partes. En caso de dudas o controversias, cualquiera de las partes podrá solicitar la intervención de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE)*”).

ciones especiales para ciertas categorías de inmuebles destinados al comercio, o bien para categorías de arrendatarios o arrendadores con características particulares. Dichas regulaciones no podrán contrariar lo establecido en el presente Decreto Ley y procurarán el desarrollo de éste, o de los reglamentos dictados con fundamento en el presente."

Esto significa que la Administración Pública, por canal del Ministerio del Poder Popular para el Comercio Nacional (según su denominación actual), nunca renunció a la posibilidad de intervenir en los contratos de arrendamiento comercial y, en particular, en la fijación de los montos de los alquileres, como lo había venido haciendo desde 1960.

Si entramos en los detalles del artículo 5º de la Ley de Arrendamiento Comercial, encontramos que la competencia en materia de arrendamientos comerciales y el ente rector de las políticas a seguir en esta materia es el Ministerio "con la asistencia de la SUNDDE", que a su vez creará junto con el Ministerio, las oficinas administrativas necesarias para la aplicación de la ley.

Al poco tiempo de vigencia de la ley, el Ministerio del Poder Popular para el Comercio Nacional efectivamente ejerció esa competencia y creó una dependencia denominada originalmente "Unidad en Materia de Arrendamiento Inmobiliario para Uso Comercial", que se ocuparía específicamente de los alquileres comerciales.

El primer funcionario, en este caso funcionaria, designada a este efecto fue la titular de la Unidad en Materia de Arrendamiento Inmobiliario para Uso Comercial, de la que tuve noticia por la designación de su primera titular⁶ en agosto de 2014, cuyas competencias aparecen en la misma Resolución de su designación.

Esa oficina administrativa ha tenido una evolución errática y ha pasado a convertirse en la Dirección General de Arrendamiento Comercial del Ministerio del Poder Popular para el Comercio Nacional, según reciente publicación en Gaceta Oficial.⁷

Hoy día, en la práctica no están delimitados los campos de actividad de esa Dirección General y de la SUNDDE, lo cual genera desinformación y confusiones entre los ciudadanos que no saben claramente a cuál oficina dirigirse.

Tampoco hay una reglamentación clara acerca de los procedimientos que cada uno de estos organismos debe proveer ni criterios fijos para la aplicación de las normas de la Ley de Arrendamiento Comercial. En resumen, un caos que perjudica los derechos e intereses de los ciudadanos, sean arrendadores o arrendatarios.

⁶ V. Ministerio del Poder Popular para el Comercio, Resolución N° DM/057-14, mediante la cual se designa a la ciudadana Leocarina Márquez de la Cruz, como responsable de la Unidad en materia de arrendamiento inmobiliario para uso comercial, adscrita al Despacho del Viceministro de Gestión Comercial, G.O. N° 40.472 del 11 de agosto de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/agosto/1182014/1182014-4046.pdf#page=9>

⁷ V. Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional, Resolución N° 041/2023, G.O. N° 42.688 del 9 de agosto de 2023. <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/agosto/982023/982023-6850.pdf#page=17>

Momentáneamente dejo de lado la rectoría de las políticas gubernamentales sobre alquileres comerciales, debido a que otras normas del mismo texto legal que contiene esta directriz en manos del Ministerio de Comercio Nacional, dan una impresión diferente, es decir, acreditan que los acuerdos entre particulares tienen validez y que la aplicación de algunas de las normas de la Ley de Arrendamiento Comercial son favorables a la autonomía de la voluntad.

Por ejemplo el artículo 31⁸, que contiene los métodos para establecer la renta de los locales comerciales, entre ellos el primero que contempla el avalúo en base al “costo de reposición” para calcular el valor del inmueble, lo cual significa que el avalúo del inmueble al aplicar este método queda automáticamente actualizado y sobre ese valor se aplican los porcentajes de rentabilidad que son del 12% anual y en el caso de los centros comerciales puede llegar al 20%, lo cual favorece abiertamente a la parte arrendadora. A partir de este cálculo y fijación inicial del canon, los sucesivos ajustes de la renta arrendaticia se realizan mediante la aplicación del porcentaje señalado en la sección “Bienes y servicios diversos” que publica el Banco Central de Venezuela dentro del Índice Nacional de Precios al Consumidor.⁹

Ese mismo artículo señala dos métodos más para el cálculo de la rentabilidad de los locales, el segundo en base a un porcentaje sobre el ingreso bruto del negocio y, el tercero, una combinación de ambos con una renta fija y una parte variable calculada sobre el ingreso bruto, es decir, la rentabilidad del comercio que funciona en el local.

Además, el artículo 32 de la misma ley señala que la fijación del canon de alquiler la realizarán de mutuo acuerdo el arrendador y el arrendatario mediante la aplicación de una de tres modalidades para fijar la rentabilidad de los inmuebles comerciales, que ya he mencionado.

También, después de muchos años de dificultades con los alquileres de locales comerciales, de desencuentros entre las partes por múltiples motivos, e incluso de celebración de contratos de alquiler de este tipo de inmuebles al margen de la ley que estuvo vigente antes de la nueva de mayo de 2014, es decir la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios de 1999¹⁰, la nueva ley reconoció claramente, en el ambiente inflacionario que se vive en Venezuela, la posibilidad de aumentar los cánones de arrendamiento al mismo ritmo que la *“variación porcentual anual del grupo ‘Bienes y servicios diversos’ considerado en el Índice Nacional de Precios al Consumidor (INPC) del año inmediata-*

⁸ V. Ley de Arrendamiento Comercial, artículo 31 (“El valor del inmueble para el momento de la transacción se determinará mediante avalúo realizado según el método de costo de reposición. Le corresponde a la SUNDDE supervisar y acordar la metodología de avalúo a aplicar.”).

⁹ V. Ley de Arrendamiento Comercial, artículo 33. V. el Índice Nacional de Precios al Consumidor en <https://www.bcv.org.ve/precios-consumidor/indice-nacional-de-precios-al-consumidor-inpc>.

¹⁰ V. Decreto con rango y fuerza de Ley N° 427 de Arrendamientos Inmobiliarios, G.O. N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999. No hay acceso a publicación digital oficial del texto completo de esta ley.

mente anterior de acuerdo con lo publicado por el Banco Central de Venezuela (BCV)¹¹. Como se señaló, la nueva ley también “legalizó” los contratos celebrados en base a la rentabilidad del negocio instalado dentro del inmueble, lo cual existía en la práctica, especialmente en los centros comerciales, pero no estaba reconocido por ley alguna.

Lo que no se tomó en cuenta en el momento de la publicación de la Ley de Arrendamiento Comercial, quizás por exceso de optimismo por parte de los arrendadores que habían logrado se suspendiera la perjudicial congelación de los alquileres comerciales y la promulgación de una ley que refleja algunas prácticas en la fijación de alquileres que no estaban contempladas en ninguna normativa hasta la fecha, fue que en el artículo 5¹² se creaba toda una estructura administrativa para dar competencia y dirección política al Ministerio del Poder Popular para el Comercio, sobre los asuntos relacionados con los arrendamientos comerciales y que la creación de ese esquema administrativo tendría consecuencias en el futuro sobre los alquileres de locales comerciales y posiblemente sobre otros aspectos de las contrataciones arrendaticias comerciales.

Ahora bien, así como la Ley de Arrendamiento Comercial deja en manos de las partes la escogencia del método aplicable para el cálculo de la renta mensual del alquiler y su fijación, también señala casi al final del mismo artículo 32:

“En caso de no poder acordar arrendatarios y arrendadores conjuntamente el canon o de tener dudas en cuanto a su cálculo, deberán solicitar a la SUNDDE su determinación.”

Reconozco que para dar verosimilitud práctica a mi afirmación sobre las atribuciones del Ministerio del Poder Popular para el Comercio¹³ y la SUNDDE en particular, como órgano auxiliar, así como la oficina o Unidad de Arrendamiento Comercial¹⁴ de ese Ministerio, es necesario acudir al Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de Precios Justos¹⁵ (“Ley de Precios Justos”) citada en la sentencia a la que me referiré más adelante¹⁶.

¹¹ V. Ley de Arrendamiento Comercial, artículo 33, numeral 1.

¹² V. Ley de Arrendamiento Comercial, artículo 5 (“El Ministerio con competencia en materia de Comercio, con asistencia de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), ejercerá la rectoría en la aplicación de este Decreto Ley y en conjunto crearán las instancias necesarias para su aplicación. Corresponde al Ministerio con competencia en materia de Comercio la regulación sectorial del arrendamiento de inmuebles destinados al comercio...”).

¹³ Actualmente Ministerio del Poder Popular para el Comercio Interno.

¹⁴ V. Irma Lovera De Sola, “Atribuciones de la Unidad de Arrendamiento Comercial y su evolución”, Revista de Derecho Público N° 163-164, julio-diciembre 2020, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-Derecho-Publico-Venezuela-No.-163-164-julio-dic-2020-EJV-594-pp.-40-Aniversario..pdf>, pp. 373-382.

¹⁵ V. G.O. N° 6.202 Ext. del 8 de noviembre de 2015. Entonces regía la Ley de 2014 con contenido semejante (v. nota siguiente).

¹⁶ V. Ley Orgánica de Precios Justos, G.O. N° 40.340 del 23 de enero de 2014. Debo señalar que en esa sentencia se cita la Ley de Precios Justos del año 2014, cuando la Ley de Precios Justos vigente para la fecha de esa sentencia, es la contenida en el Decreto Ley 2.092 publicado en la G.O. N° 6.202 Ext. del 8 de noviembre de 2015. http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/noviembre/8112015/E-9112015-4432.pdf#page=1

El artículo 10 de la Ley de Precios Justos señala las competencias de la SUNDDE y no menciona específicamente que tenga la competencia para fijar precios de los alquileres de inmuebles comerciales. Sin embargo, en el numeral 21 dice: *"Las demás establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica, y en el ordenamiento jurídico vigente."* Con lo cual la simple remisión por parte de la Ley de Arrendamiento Comercial a la posibilidad, en caso de desacuerdo entre las partes, de fijar el canon de arrendamiento, habilita a ese organismo para intervenir a petición de una de las partes y determinar el monto del alquiler en esos casos específicos.

2. Sentencias de la Sala Político-Administrativa que tratan el tema

Una sentencia de particular interés en este ámbito de la fijación del monto de los alquileres comerciales es la N° 678 del 3 de noviembre de 2022¹⁷, emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ("SPA"), que con motivo de una regulación de jurisdicción decidió justamente acerca de la competencia para la fijación de los cánones de arrendamiento de locales comerciales bajo la Ley de Arrendamiento Comercial, en casos de desacuerdo entre arrendador y arrendatario, y a tal efecto copio trozos de esa decisión que abordan el tema que vengo tratando, aunque previamente explico de que se trata el caso.

La demanda interpuesta por una empresa arrendadora contra otra que era su arrendataria consistió en la reclamación de daños y perjuicios por no haberse adaptado el contrato de arrendamiento a la Ley de Arrendamiento Comercial, como la propia ley instaba a las partes a hacerlo¹⁸ y en consecuencia, según afirmaciones de la demandante, se produjeron daños.

La demandante calculó esos daños en base a los alquileres que en su opinión debió cobrar y que la arrendataria no pagó, debido a que no se llegó a un acuerdo para ajustar los términos del contrato a las previsiones de los artículos 31 y 32 de la Ley de Arrendamiento Comercial que establecen los métodos aplicables para el cálculo de la rentabilidad de los locales.

Se indica en la demanda que el monto del alquiler mensual venía siendo del 2% sobre las ventas brutas que realizaba el negocio instalado en el local que forma parte de un centro comercial y que la parte arrendadora-demandante pretendía fijar el nuevo monto del alquiler en base a método de la renta mixta, es decir, una parte fija y otra basada en un porcentaje de ingresos brutos, a lo cual la arrendataria no dio respuesta y no se llegó a acuerdo alguno.

¹⁷ V. Sentencia de la SPA N° 678 del 3 de noviembre de 2022 (*Administradora Compañía Anónima Lara Yaracuy (CALAYA) vs. Central Madeirense, C.A.*), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/32045100678-31122-2022-2022-0176.HTML>.

¹⁸ V. Ley de Arrendamiento Comercial, Disposición Transitoria Primera (*"Todos los contratos vigentes a la fecha de entrada en vigor de este Decreto Ley, deberán ser adecuados en un lapso no mayor a seis (6) meses a lo establecido en este Decreto Ley."*).

La parte demandada interpuso una cuestión previa de falta de jurisdicción, y alegó que debía fijarse el canon de alquiler por parte de la SUNDDE en vista de que no había habido acuerdo. El juzgado de la causa decidió que no tenía jurisdicción y contra esa decisión la parte demandante ejerció el recurso de regulación de la jurisdicción para ante la SPA.

La sentencia de la SPA citada contiene una serie de afirmaciones de gran importancia para comprender el alcance de las competencias de la SUNDDE en relación con la fijación o regulación del monto de los alquileres comerciales, de las cuales considero más relevantes las que cito a continuación. Así, la SPA señaló que la parte demandante afirmó que, *"...en vigencia de esta nueva normativa (Ley de Arrendamiento Comercial), la representación de la demandante CALAYA, se comunicó con la arrendataria en múltiples ocasiones para concertar la adaptación del contrato a la Ley...[le manifestó] el interés de incorporar la modalidad de canon mixto previsto en la normativa vigente (...)",* pero no obtuvo respuesta de la arrendataria.

La parte demandada propuso:

"como cuestión previa, entre otras, la falta de jurisdicción del juez de instancia respecto a la Administración Pública por órgano de la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE)... Mediante sentencia del 17 de marzo de 2022, el Juzgado Segundo (2°) de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, declaró que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer el asunto planteado..."

En las consideraciones para decidir, la SPA señaló lo siguiente:

"...se observa que el fundamento del recurso de regulación de jurisdicción interpuesto por la empresa demandada es que "(...) la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socio Económicos (SUNDDE), quien es el órgano que ejerce la rectoría en la aplicación del Decreto Ley de Regulación de Arrendamientos Inmobiliarios para Uso Comercial (sic), según el artículo 5 (...), por cuanto se demandó por vía principal el incumplimiento a la normativa prevista en el Decreto ley (...) por la no adecuación por parte de [su] representada a las exigencias y requisitos establecidos en el artículo 32, ordinal 3 ro (sic), referido a la falta de fijación de mutuo acuerdo con la Arrendadora demandante, en cuanto al monto del canon mixto (...)", asimismo, señaló que "(...) al no haberse llegado a acuerdo en conjunto, en cuanto a la fijación del canon de arrendamiento (...), las partes, es decir, la Arrendadora (parte accionante) y/o el arrendatario (parte demandada), debieron haber acudido al órgano rector Sundde (sic), a los fines de solicitar su intervención y mediación en cuanto a la determinación del canon de arrendamiento mensual, o para denunciar a la otra parte por la no adecuación a las nuevas exigencias del Decreto (...)." (Corchete de la Sala).

Seguidamente la SPA cita el artículo 32 de la Ley de Arrendamiento Comercial y agrega:

*"De la disposición citada se aprecia que la determinación de los cánones de arrendamiento para bienes inmuebles destinados al uso comercial corresponde en primer lugar al arrendador o arrendadora y al arrendatario o arrendataria de mutuo acuerdo, y **en caso de no poder llegar***

a un convenio, deberá solicitarse a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), que establezca dicho monto, tomando en cuenta uno de los métodos contenidos en ese mismo artículo. (Vid., sentencia de esta Sala Nro. 00771 del 11 de julio de 2017). (destacado en el original).¹⁹

Al respecto, conviene precisar que ambas partes alegaron en sus escritos que no llegaron a acuerdo alguno con relación al canon de arrendamiento, así como tampoco acudieron ante la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE) a los fines de solicitar la determinación del mismo, siendo esta una de las facultadas atribuidas a dicho Órgano en la normativa especial que regula la materia como se indicó supra.”

En ese caso la SPA declaró su falta de jurisdicción, sin aclarar que las controversias entre las partes de un contrato de arrendamiento comercial, ajenas a la fijación del canon por desacuerdo entre las partes, sí corresponden al conocimiento del Poder Judicial²⁰. Esto significa que la reclamación de daños a la parte arrendadora, una vez fijado el monto del canon de arrendamiento debido al descuerdo de las partes, por el organismo competente en este caso, sí compete al Poder Judicial, pero no fue expresado así por la SPA en su decisión, y diera la impresión al leer el dispositivo que el Poder Judicial no es competente para fijar el monto del alquiler y tampoco para conocer de la reclamación de daños causados por el impago que fue la pretensión principal de la demandante.

La sentencia N° 678 que vengo comentando cita como precedente la sentencia de la misma SPA N° 1206 del 22 de octubre de 2015 (Alexander Ricardo Pozsony Zagora vs. Vivians Yanira Navas)²¹, en la cual tampoco se hace la diferenciación necesaria entre el procedimiento administrativo que se desarrollaría ante la SUNDDE para fijar el alquiler del local en cuestión y el judicial que sí es competencia del Poder Judicial, al afirmar:

“...se aprecia que la determinación de los cánones de arrendamiento para bienes inmuebles destinados al uso comercial corresponde en primer lugar al arrendador y al arrendatario de mutuo acuerdo, y en caso de no poder llegar a un convenio, deberá solicitarse a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), que establezca dicho monto, tomando en cuenta uno de los métodos contenidos en ese mismo artículo. (Vid., sentencia de esta Sala Nro. 01206 de fecha 22 de octubre de 2015).

Determinado lo anterior, visto que la pretensión de la actora consiste en el pago de presuntas diferencias correspondientes al aumento del canon de arrendamiento de un inmueble destinado al uso comercial, efectivamente debía el Tribunal consultante declarar la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la Administración Pública, por cuanto corresponde a la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE), determinar

¹⁹ V. Sentencia de la SPA N° 771, de 11 de julio de 2017. (Inversiones Esequibo, C.A. vs. Mania's Shop, C.A.). <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/200949-00771-11717-2017-2017-0440.HTML>.

²⁰ V. Artículo 43 de la Ley de Arrendamiento Comercial (“El conocimiento de los demás procedimientos jurisdiccionales en materia de arrendamientos comerciales, de servicios y afines será competencia de la Jurisdicción Civil ordinaria, por vía del procedimiento oral establecido en el Código de Procedimiento Civil hasta su definitiva conclusión.”)

²¹ V. SPA N° 1206 del 22 de octubre de 2015 (Alexander Ricardo Pozsony Zagora vs. Vivians Yanira Navas). <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/182023-01206-221015-2015-2015-0525.HTML>.

el monto del controvertido canon de arrendamiento sobre el local comercial propiedad de la sociedad mercantil Inversiones Esequibo, C.A.

*Con base en las consideraciones precedentes, debe la Sala declarar que el Poder Judicial no tiene jurisdicción para conocer y decidir la pretensión de autos interpuesta por la representación judicial de la sociedad mercantil Inversiones Esequibo, C.A., en su condición de arrendadora, todo ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial. En consecuencia se confirma la sentencia sometida a consulta dictada el 28 de marzo de 2017 por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Bancario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar. **Así se declara.**"*

Y en el dispositivo de otra sentencia (Nº 771), citada por la propia Sala en la decisión Nº 678,²² emanada de la misma SPA y sobre el mismo tema, afirma:

*"En razón de lo antes expuesto, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que el **PODER JUDICIAL NO TIENE JURISDICCIÓN** para conocer y decidir la demanda por "cobro de bolívares derivados de diferencia en el pago de cánones de arrendamiento" de un inmueble arrendado destinado a uso comercial, interpuesta por el apoderado judicial de la sociedad mercantil **INVERSIONES ESEQUIBO, C.A.**, en su condición de arrendadora contra la empresa **MANIA'S SHOP, C.A.**"*

Las sentencias que he comentado se limitan a declarar la falta de jurisdicción del Poder Judicial sin discriminar a cuál de las pretensiones se refiere (si a la fijación del alquiler pedida por la parte demandada, a la reclamación de daños o cobro de bolívares por diferencias entre lo pagado y lo supuestamente adeudado exigida por la demandante o ambas), y deja sin esclarecer que el Poder Judicial tiene jurisdicción sobre controversias suscitadas en el ámbito de los arrendamientos comerciales como resoluciones de contrato, cumplimiento y otros, siempre que no se refieran a fijación del monto del alquiler por desacuerdo entre las partes, que aunque no es el único asunto para el cual es competente la SUNDDE en esta materia, si es uno de los más importantes y con mayores consecuencias prácticas para las partes.

No obstante lo anterior, en la misma sentencia Nº 678 que vengo comentando hay un detalle relevante en el punto 2 de la parte dispositiva, que las otras dos decisiones referidas no contienen y es conveniente resaltar. Textualmente dice: "2.- Que **EL PODER JUDICIAL NO TIENE JURISDICCIÓN** para conocer y decidir, **en este caso en concreto**, la "demanda por indemnización por daños y perjuicios", incoada por ... (omisis), por los motivos expuestos en el presente fallo." (destacado nuestro). Lo anterior significa que únicamente en los casos de desacuerdo entre partes puede acudir a la SUNDDE para que fije el canon de alquiler de un inmueble comercial.

²² V. SPA, sentencia Nº 771 del 11 de julio de 2017 (*Inversiones Esequibo, C.A. vs. Mania's Shop, C.A.*), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/200949-00771-11717-2017-2017-0440.HTML>.

En la práctica, cuando un arrendador reclame falta de establecimiento del canon de alquiler comercial o diferencias entre lo pagado, lo supuestamente debido e incluso en otros casos que menciono de seguidas, se produce la necesidad previa de seguir el procedimiento administrativo ante la SUNDDE y una vez que ese organismo administrativo fije el monto del alquiler, con audiencia de los interesados, la parte arrendadora podrá acceder al Poder Judicial para reclamar lo que estime pertinente respecto de sus derechos e intereses.

CONCLUSIÓN

En la Ley de Arrendamiento Comercial existe una vía para que la Administración Pública intervenga en la fijación del monto del canon de alquiler, que únicamente se produce cuando no hay acuerdo entre las partes y así lo ha aclarado la jurisprudencia de la SPA. Por lo tanto, la Administración tiene competencia para fijar el monto del canon de alquiler de un arrendamiento comercial si una de las partes lo solicita basada en la imposibilidad de llegar a un acuerdo con la otra parte, pero no tiene competencia para regular de manera general ni de oficio los alquileres comerciales.²³

COMENTARIO ADICIONAL

Es relevante señalar que en la Ley de Arrendamiento Comercial han quedado señales y vestigios de viejas normativas que establecían el control y la regulación de los montos de los alquileres en general, incluidos los comerciales, por parte de la Administración Pública. Estas normativas eran de Orden Público, por lo que excluían los convenios entre partes, pero que no pasan de ser señales equívocas en un contexto que está orientado claramente a que sean las partes de un contrato de alquiler las que establezcan no solamente las cláusulas generales de la convención, sino específicamente las técnicas mediante las cuales se calcularán los montos de los alquileres, solamente limitados por esos métodos que ofrecen una variedad de opciones a las partes, sino también dejan margen para pactar los ajustes, renovaciones y demás modalidades contractuales.

Puedo dar algunas pistas de esos resabios, como son el primer artículo de la ley que dice: "El presente Decreto Ley, establece las condiciones y procedimientos para regular y controlar la relación entre arrendadores y arrendatarios para el arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial..."

²³ Salvo la competencia de la SUNDDE, mencionada en la nota siguiente, para modificar los porcentajes de rentabilidad anual establecidos en la Ley de Arrendamiento Comercial.

También en el aparte final del artículo 26 de la ley referida, se establece, después de señalar los plazos de la prórroga legal para los contratos a plazo fijo, que durante ese período de la prórroga legal "...permanecerán vigentes las mismas condiciones, estipulaciones y actualizaciones de canon, convenidos por las partes en el contrato vigente, salvo las variaciones del canon de arrendamiento que sean consecuencia de un procedimiento de regulación." En realidad la ley mencionada no prevé tal procedimiento de regulación.

Otra norma que deja entrever la intención controladora del Estado en los casos en que las partes no estén de acuerdo con el monto del reintegro que deba entregarse, es la contenida en el último aparte del numeral 1 del artículo 22, que dice: *"En caso de discordia, será la SUNDDE la que determine el monto total a reintegrar, a solicitud de parte interesada."*

Las normas mencionadas no son las únicas que señalan la posibilidad de intervención de la SUNDDE en diversos casos, sea de fijación del monto del alquiler, sino también de divergencias a la terminación del contrato y una facultad adicional que se le confiere que es la de modificar los porcentajes de rentabilidad anual señalados en el artículo 32²⁴, de los inmuebles comerciales.

La regulación de alquileres comerciales y el arbitraje

Como ha quedado explicado, la competencia para fijar el monto de los alquileres comerciales, mediante la aplicación de uno de los tres métodos previstos en los artículos 31 y 32 de la Ley de Arrendamientos Comerciales corresponde a la SUNDDE, con el apoyo de la Dirección General de Arrendamiento Comercial del Ministerio del Poder Popular para el Comercio Nacional, solamente en los casos en que arrendador y arrendatario no hayan llegado a un acuerdo.

Aunque la Ley de Arrendamientos Comerciales no establece propiamente un procedimiento administrativo previo a cualquier demanda judicial cuyo objeto implique la fijación del monto del canon de alquiler de un local comercial (y no existe hasta hoy día un reglamento de dicha Ley), las sentencias ya comentadas exigen que, en caso de discrepancia entre partes, se realice esa solicitud a la SUNDDE para que, una vez notificadas las partes y si es posible comparezcan a este organismo, establezcan el monto del arrendamiento mensual del alquiler. Hasta aquí, el asunto queda en el ámbito administrativo.

²⁴ V. Ley de Arrendamiento Comercial, artículo 32, aparte final (*"La SUNDDE podrá modificar mediante providencia administrativa los porcentajes de rentabilidad anual (%RA) establecidos en este artículo, cuando así lo determinen razones de interés público o social."*). Hasta la fecha, la SUNDDE no ha dictado providencia alguna sobre los porcentajes de rentabilidad anual.

Pero generalmente cuando las diferencias entre las partes de un contrato de arrendamiento llegan hasta el punto de requerir la intervención de la SUNDDE es porque hay una reclamación que se basa justamente en ese monto del alquiler y que deberá ser dilucidada en el ámbito judicial y a esa divergencia se suma, habitualmente, un conflicto no resuelto.

Ahora bien, si en el contrato de arrendamiento las partes hubieran previsto y aceptado una cláusula arbitral válida y dicha cláusula incluyera esta clase de conflicto entre los firmantes del contrato (ejemplo: falta de pago, diferencias en los montos a pagar o a reintegrar), la reclamación basada en la fijación del alquiler, pero que la trasciende porque hay una pretensión pendiente, podría o debería tramitarse mediante arbitraje.

En un trabajo anterior²⁵, abordé el tema de los procedimientos previos a la vía judicial establecidos en la Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda²⁶ y en esos casos he considerado que es perfectamente posible, legal y constitucional que las partes pacten cláusula arbitral en los contratos de arrendamiento de vivienda.

La forma como lo presenté fue la siguiente: Si se iniciara un procedimiento previo de conciliación y eventual decisión de la pretensión de desalojo ante la Superintendencia Nacional de Arrendamiento de Vivienda ("SUNAVI") y esta dictara una decisión que habilitara a la parte requirente a acudir a la vía judicial, en vez de ir al Poder Judicial, el accionante podría acudir a la vía arbitral, siempre que el contrato de alquiler de la vivienda contenga una cláusula arbitral válida. Una vez decidida la etapa de conocimiento del proceso por vía arbitral, para obtener el desalojo la parte demandante deberá volver a la SUNAVI para completar el proceso, mediante la solicitud y eventual obtención de una vivienda alternativa para el arrendatario que va a ser desalojado.

En el caso de los alquileres comerciales hay al menos dos posibilidades de intervención de la SUNDDE, y estas son: la fijación del monto del canon de arrendamiento en caso de desacuerdo entre las partes, y también en caso de otro desencuentro entre partes con motivo del monto a reintegrar al arrendatario una vez concluido el contrato, que presupone igualmente que ha sido fijado el monto del alquiler bien por vía de acuerdo entre partes o por vía administrativa por parte de la SUNDDE.²⁷

²⁵ V. Irma Lovera De Sola, "El arbitraje en la nueva Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello N° 73, Caracas (2019), <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4570/3810>, pp. 313-323.

²⁶ Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, G.O. N° 6.053 Ext. del 12 de noviembre de 2011. http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/noviembre/12112011/E-12112011-3286.pdf#page=1

²⁷ V. Ley de Arrendamiento Comercial, artículos 21 y 34.

En esos casos, si la SUNDDE establece el monto a pagar por uno de esos conceptos, la parte demandante podría acudir al Poder Judicial para obtener efectivamente el pago requerido (cuyo monto fijó la SUNDDE), o ir a la vía arbitral si cuenta con el respaldo de una cláusula arbitral válida en el contrato de arrendamiento del inmueble comercial.

Cuando en el año 2011 comenzó la aplicación de la Ley de Arrendamiento de Vivienda, debido a que toda la ley era de Orden Público, inflexible, llena de prohibiciones y sanciones, y luego cuando promulgó la Ley de Arrendamiento Comercial, que ostenta el artículo 41 también con prohibiciones explícitas y especialmente la de "arbitraje privado", se dejó de incluir cláusula arbitral en esos contratos, con lo cual no estuve ni estoy de acuerdo, ya que las posibilidades del arbitraje en estos temas existen, son practicables y si se cuenta con la cláusula arbitral, es perfectamente viable.

Pasados estos años, es decir de la ley de vivienda 12 años y de la de comercio 9 años, se ha podido observar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en múltiples decisiones ha ampliado las posibilidades de aplicar el arbitraje a diversos conflictos y especialmente ha desaplicado, por control difuso de la constitucionalidad, la prohibición de arbitraje en materia de arrendamiento comercial contenida en el artículo 41, literal "j" de la Ley de Arrendamiento Comercial.²⁸

REFERENCIAS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Decreto Presidencial N° 602, G.O. N° 40.305 del 29 de noviembre de 2013.

Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para uso Comercial, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.418 del 23 de mayo de 2014.

Resolución N° DM/057-14, G.O. N° 40.472 del 11 de agosto de 2014 del Ministerio del Poder Popular para el Comercio,

Resolución N° 041/2023, G.O. N° 42.688 del 9 de agosto de 2023 del Ministerio del Poder Popular de Comercio Nacional.

Índice Nacional de Precios al Consumidor en <https://www.bcv.org.ve/precios-consumidor/indice-nacional-de-precios-al-consumidor-inpc>.

Decreto con rango y fuerza de Ley N° 427 de Arrendamientos Inmobiliarios, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.845 del 7 de diciembre de 1999.

²⁸ V. Por ejemplo, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0702 de 18 de octubre de 2018 (*Miriam Josefina Pacheco Cortés vs. Carmen Cárdenas de Rodríguez*), Consultado el 5-9-2023 desde <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

- “Atribuciones de la Unidad de Arrendamiento Comercial y su evolución”, Irma Lovera De Sola, Revista de Derecho Público N° 163-164, julio-diciembre 2020, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-Derecho-Publico-Venezuela-No.-163-164-julio-dic-2020-EJV-594-pp.-40-Aniversario..pdf>, pp. 373-382.
- Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de precios Justos. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.202 Ext. del 8 de noviembre de 2015. http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/noviembre/8112015/E-9112015-4432.pdf#page=1
- Ley Orgánica de Precios Justos, G.O. N° 40.340 del 23 de enero de 2014.
- Sentencia de la SPA N° 678 del 3 de noviembre de 2022 (Administradora Compañía Anónima Lara Yaracuy (CALAYA) vs. Central Madeirense, C.A.), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/32045100678-31122-2022-2022-0176.HTML>.
- Sentencia de la Sala Político Administrativa, sentencia N° 771, de 11 de julio de 2017. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/200949-00771-11717-2017-2017-0440.HTML>.
- Sala Político Administrativa, sentencia N° 1206 del 22 de octubre de 2015 (Alexander Ricardo Pozsony Zagora vs. Vivians Yanira Navas). <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/182023-01206-221015-2015-2015-0525.HTML>.
- Sala Político Administrativa, sentencia N° 771 del 11 de julio de 2017 (Inversiones Esequibo, C.A. vs. Mania's Shop, C.A.), <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/200949-00771-11717-2017-2017-0440.HTML>.
- “El arbitraje en la nueva Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda”, Irma Lovera de Sola, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello N° 73, Caracas (2019), <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/article/view/4570/3810>, pp. 313-323.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0702 de 18 de octubre de 2018.
- Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, G.O. N° 6.053 Ext. del 12 de noviembre de 2011. http://historico.tsj.gob.ve/gaceta_ext/noviembre/12112011/E-12112011-3286.pdf#page=1.

Percepciones y realidades del procedimiento arbitral en la práctica latinoamericana

José Gregorio Torrealba R.*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 129-143

Resumen: En este trabajo se exploran algunos aspectos de la práctica arbitral en América Latina a través de una encuesta a profesionales del arbitraje. Se destaca que el procedimiento arbitral se caracteriza por su diseño esencialmente creado por las partes o el tribunal arbitral y el nivel de adopción en la región de algunas prácticas comunes en el arbitraje internacional. Se abordan los efectos de la manera restrictiva o amplia con la que se interpretan los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación, como la inserción de memoriales de demanda y contestación y escritos de réplica y dúplica, la importancia del Acta de Misión, la regulación de las pruebas, las conferencias para la conducción del procedimiento y el estado actual de la práctica sobre la condena en costos.

Palabras clave: Procedimiento arbitral, prácticas, Latinoamérica.

Perceptions and realities of the arbitration procedure in Latin- American practice

Abstract: *This paper explores certain aspects of the practice of arbitration in Latin America through a survey of arbitration practitioners. It emphasizes that the arbitration procedure is characterized by its essentially party- or tribunal-created design and the level of adoption in the region of some common practices in international arbitration. The effects of the restrictive or expansive interpretation of the requirements for the request of arbitration and response are addressed, such as the inclusion of memorials of claim and defense, joinder and rejoinder, the importance of the Terms of Reference, the regulation of evidence, conferences for procedural management, and the current state of practice regarding cost awards.*

Keywords: *Arbitral proceedings, practices, Latin-America.*

Autor invitado.

* Profesor invitado de Derecho Internacional de Inversiones y Arbitraje en el curso de LLB (pregrado) de *Brunel University London* (2022) y profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018), Universidad Católica del Táchira (2005) y Universidad Central de Venezuela (2003). *Solicitor* de Inglaterra y Gales (2023), *PhD* (Candidato) y *LL.M.* (2004), *King's College London, University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Miembro de la delegación de la Asociación Venezolana de Arbitraje ante la CNUDMI. Socio de JGTorrealba, Londres, Reino Unido. Email: jgtorrealba@jgtorrealba.com.

Percepciones y realidades del procedimiento arbitral en la práctica latinoamericana

José Gregorio Torrealba R.*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 129-143

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación. 1.1. Los Memoriales de Demanda y Contestación (o Statements of Claim and Defense). 1.2. Los escritos de réplica y dúplica. 2. El acta de misión o de términos de referencia. 3. La regulación de las pruebas. 3.1. Herramientas para la eficiencia probatoria. 4. Las conferencias para la conducción del procedimiento. 5. La rigurosidad o flexibilidad de la práctica arbitral latinoamericana. 6. La condena en costos en la práctica arbitral latinoamericana. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Si el lector viene del mundo del litigio ante los tribunales ordinarios, estará acostumbrado a seguir un procedimiento detallado en una ley procesal que cubre todos los aspectos de cómo debe actuar el abogado ante el tribunal, las maneras de comunicarse con el juez, las oportunidades para presentar sus argumentos y pruebas, el procedimiento aplicable a cada incidencia, entre otros. Al leer las reglas de cualquier centro de arbitraje, lo primero que le llamará la atención es que ese detallado procedimiento no existe. Aparte de algunas indicaciones sobre actos o fases en particular, el procedimiento arbitral es diseñado, esencialmente, por las partes o por el tribunal arbitral.

En este trabajo vamos a comentar algunas percepciones y prácticas sobre el procedimiento arbitral en varias jurisdicciones de América Latina sobre la base de una encuesta que circulamos entre los miembros de la comunidad arbitral de la región para explorar las diferentes opciones que manejamos para la estructura del procedimiento arbitral, la sustanciación del procedimiento arbitral, la eficiencia con la que nos manejamos en casos complejos, la formalidad que exigen nuestros árbitros y la manera en que se distribuyen los costos del arbitraje, todas estas cuestiones que, por lo general, no tienen una regulación específica.

* Profesor invitado de Derecho Internacional de Inversiones y Arbitraje en el curso de LLB (pregrado) de *Brunel University London* (2022) y profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018), Universidad Católica del Táchira (2005) y Universidad Central de Venezuela (2003). *Solicitor* de Inglaterra y Gales (2023), *PhD* (Candidato) y *LL.M.* (2004), *King's College London*, *University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Miembro de la delegación de la Asociación Venezolana de Arbitraje ante la CNUDMI. Socio de JGTorrealba, Londres, Reino Unido. Email: jgtorrealba@jgtorrealba.com.

En dicha encuesta se recibieron 78 respuestas provenientes distribuidas de la siguiente forma: Argentina (4), Bolivia (1), Brasil (2), Chile (4), Colombia (4), Costa Rica (3), Ecuador (2), El Salvador (1), Guatemala (3), Honduras (7), México (3), Panamá (3), Paraguay (3), Perú (13) y Venezuela (25).

Claramente, las jurisdicciones que recibieron más respuestas permiten hacer una radiografía más nítida de su práctica arbitral, pero esto no implica que aquellas que recibieron menos respuestas puedan ser descartadas, considerando que debido a los canales por los que circuló la encuesta, todos los que participaron son practicantes activos del arbitraje en sus jurisdicciones y sus respuestas no deben ser descartadas por el hecho de no tener una confirmación o un contraste. Sin embargo, debe tenerse claro que se trata de la experiencia de cada uno y que, por supuesto, aun en una misma jurisdicción, las respuestas no son necesariamente uniformes.

No se pretende que el lector tome este trabajo como un estudio que cumpla con la rigurosidad metodológica de una investigación estadística, pero sin duda, la información resultante es un indicador de la experiencia de un numeroso grupo de quienes se dedican al arbitraje en América Latina.

1. Los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación

Los requisitos con los que deba cumplir una solicitud de arbitraje se encuentran en las reglas de arbitraje que sean aplicables y que, usualmente requieren la identificación de las partes y sus datos de contacto, una exposición de los hechos o actos que fundamenten las pretensiones de la demandante, aspectos relativos al tribunal arbitral (como la designación de un árbitro u observaciones sobre el número de árbitros que deban constituir el tribunal) y del lugar, idioma y derecho aplicable. Los requisitos de la contestación son, por lo general, muy similares a los exigidos para la solicitud de arbitraje.

La interpretación de estos requisitos puede tener un enfoque amplio o restrictivo y esto desencadenará el procedimiento arbitral de formas distintas. Una interpretación que consideramos amplia es que dichos requisitos sean cumplidos de forma exhaustiva, incluyendo todo detalle de hecho y de derecho y toda la documentación fundamental que sustente las pretensiones de la demandante y las defensas de la demandada. La otra posición, restrictiva, es que esos requisitos se cumplen a manera de enunciado y de forma breve, sin exhaustividad, a modo de resumen en cuanto a lo que se refiere a la exposición de los hechos y el derecho aplicable.

El resultado global de la encuesta es que, en América Latina, un 55,7% reporta que la solicitud de arbitraje debe ser solo un resumen de la controversia, generalmente corto y sin mucho detalle. Los resultados por jurisdicción pueden ser muy distintos. Hay jurisdicciones en las que el 100% de los encuestados reportaron que la solicitud

de arbitraje debe ser solo un resumen de la controversia. Entre estos tenemos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, México y Paraguay. Podemos incluir en este renglón aquellas jurisdicciones en los que esta práctica, si bien no es reflejada como absoluta, tiene una superior al 75% de las respuestas recibidas: Perú (92%) y Honduras (85%).

El 44,3% de las respuestas en el resultado global indican que la solicitud de arbitraje y la contestación son documentos que deben ser exhaustivos, contener todos los argumentos y todos los detalles de hecho y de derecho en los que se fundamenta la demanda. Entre los países en los que esta posición fue reflejada en el 100% de las respuestas, se encuentran: Ecuador y Guatemala. Los países en los que esta práctica no es absoluta, pero es una clara tendencia, son: Venezuela (84%) y Colombia (75%).

1.1. Los Memoriales de Demanda y Contestación (o Statements of Claim and Defense)

La exigencia de memoriales de demanda y contestación viene estrechamente relacionada con la posición asumida sobre cómo dar cumplimiento a los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación. Por esto, es comprensible que en aquellas jurisdicciones en las que la solicitud de arbitraje y la contestación asumen un criterio mínimo de cumplimiento de los requisitos exigidos en las reglas aplicables, exista la costumbre de presentar memoriales de demanda y de contestación luego de haberse constituido el tribunal arbitral.

Por lo general, al instalarse el tribunal arbitral, dependiendo de las reglas aplicables, la siguiente actuación será la de preparar el Acta de Misión o Términos de Referencia (Acta de Misión de aquí en adelante) o emitir la Orden Procesal No. 1. Con sus obvias diferencias, a los efectos de este comentario nos interesa que ambos instrumentos suelen contener el calendario procesal, que debería haber sido objeto de consulta con o acuerdo entre las partes.

Los memoriales cumplen con el objetivo de dar a las partes la posibilidad de expresar todos sus argumentos con el detalle y la exhaustividad necesarios cuando la solicitud de arbitraje y la contestación no han satisfecho esta posibilidad.

1.2. Los escritos de réplica y dúplica

La presentación de escritos de réplica y dúplica sobre la demanda y la contestación tienen la finalidad de abordar aquellos aspectos nuevos que hayan sido alegados, primero en la contestación, que se hará mediante la réplica por parte del demandante, y luego en la propia réplica, mediante el escrito de dúplica por la parte demandada. Dar derecho a réplica y dúplica después de la contestación es una clara tendencia en las respuestas recibidas sobre la práctica en Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y México.

Pero esta práctica no es exclusiva de esta fase y, personalmente, la considero muy útil en toda fase que requiera una contestación, como procedimientos que se hayan bifurcado, y en la fase de conclusiones escritas, pues permite a las partes responder absolutamente todas las cuestiones que lo ameriten, sin ventajas tácticas, ni estratégicas.

No en pocas oportunidades nos encontramos en procedimientos arbitrales en los que la demandada, por ejemplo, objeta la jurisdicción del tribunal sin que se bifurque el procedimiento. Si este es el caso, la demandante tendrá hasta el acto final de conclusiones para exponer sus argumentos y, de no darse una oportunidad de réplica a la demandada para presentar una respuesta por escrito a los argumentos de la demandante, se puede ver en desventaja abriendo la posibilidad a un laudo viciado de nulidad e incluso, el tribunal puede dejar de recibir comentarios útiles que aclaren aspectos relevantes. El punto esencial es que las partes deben tener la posibilidad de responder todo argumento en un tiempo razonable que le permita preparar dicha respuesta.

2. El acta de misión o de términos de referencia

El Acta de Misión es un documento que sirve para delimitar la controversia, expresando los puntos sobre los que el tribunal arbitral debe decidir. También es un documento que permite resumir los argumentos de las partes y su sola preparación, en nuestra opinión, es una oportunidad para que los árbitros y las propias partes se familiaricen con los aspectos fundamentales de la demanda y de la contestación, al punto que no es extraño que el ejercicio sirva para alcanzar acuerdos totales o parciales.

En la encuesta quisimos explorar la percepción que tienen los practicantes de arbitraje en Latinoamérica sobre la importancia de este instrumento. Un contundente 89.9% considera que el Acta de Misión es un instrumento útil, mientras que el 8.9% condiciona su importancia a aspectos determinados, como el alcance jurisdiccional del tribunal arbitral, que puede verse reafirmado con el Acta de Misión, la participación de las partes con un enfoque colaborativo, la complejidad del caso y la efectividad del ejercicio de resumir los puntos litigiosos, que no debe convertirse en un ejercicio de copiar y pegar. La importancia del Acta de Misión es afirmada transversalmente con una proporción muy cercana al 100% en todas las jurisdicciones sobre las que se recibieron respuestas.

3. La regulación de las pruebas

Entre los aspectos más liberales del procedimiento arbitral está el probatorio. La estructura del lapso probatorio puede variar, desde un lapso único para la promoción y evacuación de pruebas a lapsos distintos para cada una de estas etapas. Pero el lapso probatorio unificado no implica una promoción de pruebas a cuentagotas, sino que las partes, luego de presentar su escrito para proponer sus pruebas, tienen la posibilidad de

promover pruebas adicionales que deriven de las pruebas de su contraparte. De nuevo, cada arbitraje es distinto.

La regulación de los medios de prueba en el arbitraje ha ido evolucionando, desde las regulaciones *ad-hoc* hasta la adopción de reglas de *soft law*, que las partes pueden incorporar a su procedimiento, como las Reglas de la *International Bar Association* sobre la Práctica de la de Prueba en el Arbitraje (Reglas IBA), las Reglas para la tramitación eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga), las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje para la Actividad Probatoria en el Arbitraje (Reglas AVA). Tampoco es de extrañar que las partes apliquen la normativa procesal civil por analogía al procedimiento arbitral, lo que en nuestra opinión no es aconsejable por las claras diferencias entre uno y otro procedimiento.

En la práctica latinoamericana, conforme a las respuestas recibidas, las Reglas IBA tienen un rol preponderante en la región con un 44.3% de aplicación, frente a un 35.4% que reporta la aplicación analógica de la normativa procesal civil y un 16.5% que reporta la aplicación de reglas *ad-hoc*. Los países que reportan un 100% en la adopción de las Reglas IBA en su práctica arbitral, son: Costa Rica, México y Panamá, seguidos por Perú (76.9%) y Argentina (75%).

La aplicación analógica de la normativa procesal civil es una práctica adoptada plenamente en Bolivia, Colombia y Ecuador, mientras es una tendencia hacia esta práctica en Guatemala (67%) y Paraguay (67%), mientras que en Honduras parece ser la práctica más común con 50%.

Finalmente, la aplicación de reglas *ad-hoc* parecen ser la práctica más común en El Salvador, mientras que resulta muy frecuente en Brasil (50%). Los demás países Latinoamericanos reportan una práctica muy heterogénea en lo que a pruebas se refiere, con casos tan atomizados como Venezuela, donde la aplicación analógica de la normativa procesal civil reportó un 36%, las Reglas IBA, 28%, las Reglas *ad-hoc*, 24%, las Reglas AVA, 8% y las Reglas de Praga, 4%.

3.1. Herramientas para la eficiencia probatoria

La flexibilidad del procedimiento arbitral permite expandir las formas en las que pueden interactuar las partes y los árbitros. En el arbitraje internacional existen algunos instrumentos que facilitan esta interacción. Uno de ellos es la Tabla *Redfern*, que debe su nombre al prestigioso árbitro Alan Redfern.

Es muy común que las partes o sus representantes y los árbitros en un arbitraje internacional, tengan culturas legales distintas y esto hace que pruebas como la exhibición de documentos pueda ser fuente de conflicto dentro del procedimiento, pues la forma y la expectativa sobre cómo promover y evacuar esta prueba es distinta en las familias legales del Derecho Común y las de Derecho Civil. En el Derecho Común, el

discovery o *disclosure* obliga a ambas partes a revelar toda la documentación que tengan sobre el caso, mientras que, en la exhibición del Derecho Civil, la parte promovente se limitará a pedir la exhibición de un documento relevante para el caso, que sepa que existe y que está en poder de la otra parte.

En el arbitraje se han desarrollado instrumentos que pueden ayudar a hacer de esta prueba algo menos conflictivo entre las tradiciones legales presentes en el arbitraje, tales como la Tabla *Redfern* y la Tabla Armesto, ambas adaptadas a las Reglas de la IBA para la producción de la prueba en el arbitraje internacional (Reglas IBA).

Sobre la Tabla *Redfern* se formuló una de las preguntas de la encuesta y, a pesar de ser uno de los instrumentos más conocidos en el arbitraje internacional, un 72.6% reportó que no es utilizada en Latinoamérica. Al indagar sobre los resultados por jurisdicción, tenemos que hay jurisdicciones muy familiarizadas con este instrumento, como Brasil (100%), México (100%) y Argentina (75%). Chile (50%) reportó una familiaridad relativa con la Tabla *Redfern*, mientras que Guatemala (33,3%), Panamá (33,3%), Perú (30.7%), Colombia (25%) y Venezuela (15%) reportaron un uso bajo. Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y Paraguay reportaron que no utilizan esta herramienta.

3.1.1. La Tabla Redfern

La Tabla *Redfern* es un instrumento sumamente útil, que se trabaja en conjunto entre las partes y el tribunal arbitral en casos en los que las partes soliciten la exhibición de documentos conforme a las Reglas IBA, aunque, por supuesto, puede ser modificado a la medida de las reglas que sean aplicables, pues la idea es hacer el procedimiento más eficiente.

Un típico formato de la tabla incluiría el siguiente encabezado:

Nro.	Documento o Categoría de Documento	Relevancia y Pertinencia para la parte promovente		Objeciones de la parte requerida	Contestación de la parte promovente	Decisión del Tribunal
		Referencia a Escritos	Comentarios			

Cada parte y el tribunal arbitral deben completar las columnas que le corresponden. Al identificar el documento, o la categoría de documento cuya exhibición se requiere, es necesario ser lo más preciso posible, de forma que la parte requerida pueda identificar claramente lo se le está solicitando. En la columna sobre "Referencia a Escritos", la parte promovente debe indicar con toda precisión la relación que tiene el documento o categoría de documentos cuya exhibición se solicita con los argumentos expuestos por las partes en sus escritos (idealmente los párrafos de los escritos deberían estar numerados). En la columna sobre comentarios, debe indicarse cuál es el objeto de la prueba y cualquier otro comentario sobre su pertinencia.

La parte requerida debe formular sus objeciones en la columna correspondiente, limitándose a las razones expresadas en el instrumento que hayan escogido las partes para regular el aspecto probatorio del procedimiento. La parte promovente podrá poner sus argumentos en defensa de la admisión de la exhibición solicitada en la columna siguiente y, finalmente, el tribunal incluirá su decisión en la última columna de la tabla.

3.1.2. La Tabla Armesto

La Tabla Armesto¹, inspirada en la Tabla Redfern, también es un instrumento que se trabaja en conjunto entre las partes y el tribunal arbitral. Su uso tiene como base una Orden Procesal² acordada entre las partes y el tribunal (lo que requeriría al menos una conferencia para la conducción del procedimiento), que define los criterios que tomará en cuenta el tribunal para su decisión sobre la exhibición.

El formato de la Tabla Armesto es vertical y cada solicitud de exhibición ocupará una página. Adaptada a las Reglas IBA, los tres requisitos para la exhibición que prevé dicha norma se identifica como R1 Descripción de los documentos solicitados³, R2 Relevancia o materialidad⁴, y R3 No está en posesión de la parte solicitante⁵, mientras que los siguientes seis renglones, corresponden a las objeciones (O1 a O6) que pueden formularse:⁶

¹ «The Armesto Schedule: A Step Further to a More Efficient Document Production», Kluwer Arbitration Blog, 4 de abril de 2020, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/04/the-armesto-schedule-a-step-further-to-a-more-efficient-document-production/>. (Visitado el 20 de diciembre de 2023)

² El modelo de la Orden Procesal se encuentra en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/wp-content/uploads/sites/48/2020/04/Procedural-Order-Model.pdf> (visitado el 20 de diciembre de 2023)

³ International Bar Association, «Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional» (2020), <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3c8cad88-8bac-43c4-85ad-149fbd8a3cdc>. (Visitado el 22 de diciembre de 2023). Ver. Art. 3.3(a)(i) y (ii)

⁴ International Bar Association. Ver Art. 3.3 (b) y 9.2(a)

⁵ International Bar Association. Ver Art. 3.3 (c) (i) y (ii)

⁶ International Bar Association. Ver Art. 3.5

Solicitud de Documento No. 1		
R1: Descripción de los documentos solicitados (máx. 200 palabras)		
<u>Parte solicitante</u>	<u>Destinatario requerido</u>	<u>Tribunal</u>
<u>Plazo de emisión</u>		
R2: Relevancia y materialidad (máx. 250 palabras)		
<u>Parte solicitante</u>	<u>Destinatario requerido</u>	<u>Tribunal</u>
<u>Referencia en Memorial (párrs.)</u>		
R3: No está en posesión de la parte solicitante (máx. 100 palabras)		
<u>Parte solicitante</u>	<u>Destinatario requerido</u>	<u>Tribunal</u>
O1: privilegio legal o de transacción (máx. 250 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O2: La producción es excesivamente onerosa (máx. 200 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O3: Pérdida, destrucción o inexistencia (máx. 100 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O4: Confidencialidad técnica o comercial (máx. 200 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O5: Sensibilidad política o institucional especial (máx. 250 palabras)		
<u>Parte requerida</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O6: La producción afecta a la equidad o a la igualdad del procedimiento (máx. 100 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
Decisión del Tribunal		

La Tabla Armesto debe ser utilizada en conjunto con dos declaraciones juradas para balancear el choque cultural que implica la exhibición de documentos en los distintos sistemas legales. Una declaración jurada la otorga la parte a quién se le requiere la exhibición (no a su abogado), declarando que: (i) ha realizado una búsqueda razonable de los documentos, (ii) que ningún documento de los requeridos por la parte promovente de la exhibición ha sido destruido u ocultado, (iii) que todos los documentos sobre los que pese un privilegio que haya sido invocado, reúnen los requisitos establecidos en la Orden Procesal, y (iv) que ha exhibido todos los documentos.

La segunda declaración jurada es otorgada por el abogado de la parte requerida, en la que jura: (i) haber explicado a su representado la obligación de no destruir ningún documento, y (ii) haber aconsejado a su representado realizar una búsqueda razonable para exhibir todos los documentos que se le hayan requerido (excepto aquellos protegidos por algún tipo de privilegio o confidencialidad).

Otra de las características de la Tabla Armesto es que la Orden Procesal que le sirve de base le permite determinar los costos en los que incurra cada parte por la evacuación de la prueba de exhibición tomando en consideración la razonabilidad de la prueba y de las objeciones, así como la voluntad de las partes para exhibir los documentos que se le hayan requerido y el éxito de cada parte, esto como un incentivo a cooperar y a evitar que la prueba sea promovida sin fundamento.

4. Las conferencias para la conducción del procedimiento

Otra de las ventajas que otorga la flexibilidad del procedimiento arbitral, pero que además brinda mayor seguridad a la estabilidad del laudo arbitral, es la posibilidad de que el tribunal arbitral y las partes puedan llegar a acuerdos sobre múltiples aspectos del procedimiento, lo que generalmente se hace en conferencias para la conducción del procedimiento. Una reunión de este tipo puede ahorrar mucho tiempo, recursos y poner en evidencia la actitud de las partes en el procedimiento.

Estas conferencias pueden convocarse para la preparación del Acta de Misión o las órdenes procesales en conjunto entre las partes y el tribunal arbitral luego de que se haya intercambiado una primera ronda de borradores entre las partes, para discutir el calendario del procedimiento, la forma de conducir audiencias e, incluso, para que el tribunal escuche y decida sobre la relevancia, pertinencia y conducencia de las pruebas promovidas por las partes y la forma de evacuarlas, la necesidad de exhibir documentos, entre otros.

Esto permite que el tribunal explique a las partes cómo será conducido cada aspecto del procedimiento y evitar cualquier sorpresa que luego pueda exponer algún vicio de nulidad o a una objeción contra la ejecución del laudo⁷. La agenda típica de una primera conferencia de conducción del procedimiento arbitral podría incluir:

- i. Confirmar la asistencia e identidad de los representantes legales y de las partes que asistan a la conferencia e informados con antelación al tribunal,
- ii. Confirmar si la conferencia será o no grabada,

⁷ Neil Kaplan y Chiann Bao, *So, Now You are an Arbitrator: The Arbitrator's Toolkit* (Kluwer Law International, 2022), 96.

- iii. Una lista enunciativa de aspectos procesales a ser discutidos: Idioma, si el procedimiento será oral, escrito o mixto, calendario procesal preliminar, forma de presentar las conclusiones de las partes y secuencia de escritos, aspectos relacionados con las zonas horarias, asistencia personal, virtual o híbrida, protocolo aplicable a las audiencias virtuales, cualquier otro que surja en la conferencia.⁸

Mucha de esta información será incluida en el Acta de Misión o la Orden Procesal 1, según corresponda.

Aun cuando pareciera que la utilidad de este tipo de conferencias es clara y así lo reconocieron 88.6% de los encuestados, parece que los árbitros latinoamericanos están divididos casi a la mitad, con un 52.5% de los encuestados respondiendo que los árbitros convocan estas conferencias con poca frecuencia o nunca.

En cuanto a las jurisdicciones en particular, México fue el único en reportar una tendencia clara a la convocatoria de estas conferencias con mucha frecuencia (66.6%), Argentina reportó una frecuencia de moderada a mucha (75%) y Bolivia y Paraguay reportaron una frecuencia moderada (100%). Entre los países en los que se reportó un resultado dividido entre poca y moderada a la frecuencia de convocatoria de estas conferencias, tenemos a Brasil (100%), Colombia (75%), Ecuador (100%), Perú (76.9%) y Venezuela (62.5%), mientras que Chile (75%), El Salvador (100%), Panamá (100%) reportaron poca frecuencia y Honduras (71.4%) reportó una tendencia a que nunca sean convocadas.

5. La rigurosidad o flexibilidad de la práctica arbitral latinoamericana

La flexibilidad del arbitraje solo tiene como límites el respeto a las garantías procesales para el ejercicio al derecho a la defensa, porque en el arbitraje, lo más importante, es poder conocer la verdad de los hechos para resolver el fondo del asunto. Así que, no será extraño que un procedimiento arbitral pueda tener alguna característica que no hayamos visto antes, porque cada arbitraje es distinto, aunque tengan líneas comunes. Esta flexibilidad es, en buen grado, lo que nos motivó a preparar la encuesta que comentamos, pues es la razón por la que la estructura del procedimiento arbitral puede cambiar de un caso a otro.

La encuesta arrojó un resultado global en el que el 67.1% de los encuestados reporta que, en Latinoamérica, en términos generales, el procedimiento arbitral se maneja con flexibilidad, pero respetando las garantías procesales de las partes. El resultado por cada jurisdicción es claro en cuanto a que los países que tienen una tendencia clara

⁸ Kaplan y Bao, 163-64.

hacia la flexibilidad son: Bolivia (100%), Brasil (100%), Costa Rica (100%), Ecuador (100%), México (100%), Argentina (75%), Honduras (71.4%), Perú (69.2%), Venezuela (68%) y Panamá (66.6%).

Por su parte, los países que reportaron una marcada tendencia hacia una formalidad muy parecida al procedimiento ante los tribunales ordinarios, tenemos a: El Salvador (100%), Chile (75%), Guatemala (66.6%) y Paraguay (66.6%).

6. La condena en costos en la práctica arbitral latinoamericana

Este aspecto del arbitraje es uno de los más importantes y en los que el arbitraje se distingue más del litigio ante los tribunales ordinarios. En la mayoría de los reglamentos de las instituciones de arbitraje se encontrarán disposiciones que otorgan al tribunal arbitral el poder para decidir a cuál de las partes corresponde pagar las costas o en qué proporción se reparten entre ellas, siempre en torno a la razonabilidad de los gastos en los que haya incurrido cada una.

En general, ninguna de las partes debe asumir que, por el hecho de resultar victoriosa en el arbitraje, podrá recuperar total o parcialmente sus costos. Muchos factores pueden tener un impacto en la decisión del tribunal arbitral: Intentos de la parte perdedora para llegar a un acuerdo para solucionar la disputa antes del laudo, incluyendo la posibilidad de que haya presentado una oferta – sobre todo si es superior a lo condenado en el laudo – que haya sido rechazada por la otra parte, la conducta de las partes durante el procedimiento, incluyendo la ejecución de tácticas de guerrilla, la utilización de expresiones irrespetuosas hacia la otra parte o sus representantes, escritos con una extensión innecesaria, no colaborar con el tribunal en el cumplimiento de su misión, presentar pruebas incompletas, omitir información de forma deliberada, entre otras conductas, pues la lista parece ser interminable.

Los expertos latinoamericanos reportan que en un 65.8% de los casos, la tendencia de los árbitros es analizar los montos invertidos por las partes y su razonabilidad, así como la conducta de las partes en el procedimiento, frente a un 19% que aplica por analogía la norma procesal civil y un 15.2% que aplica la máxima “el que pierde, paga”.

Los resultados por jurisdicción arrojan que la razonabilidad de los montos invertidos y la conducta de las partes durante el procedimiento son los criterios principales en Argentina (100%), Bolivia (100%), El Salvador (100%), México (100%), Perú (92.3%), Venezuela (68%) Panamá (66.6%), Paraguay (66.6%) y Honduras (57.1%).

La aplicación análoga de la norma procesal civil parece ser la práctica más común en Chile (100%), mientras que Colombia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala, no reportaron una tendencia clara.

CONCLUSIONES

La cultura arbitral de cada jurisdicción latinoamericana juega un rol fundamental en el arbitraje internacional en la región, tal y como sucede en cualquier otra región. Pero la idea de que el arbitraje internacional tenga procedimientos relativamente homogéneos está detrás de las normas de *soft law* que se vienen elaborando por organizaciones dedicadas a la promoción del arbitraje como medio de solución de controversias.

El análisis de las respuestas de la encuesta revela diversas percepciones y prácticas relacionadas con los aspectos procedimiento arbitral en América Latina. A continuación, se presentan algunas conclusiones clave:

- i. La interpretación de los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación puede incidir en la estructura del procedimiento. A excepción de aquellas instituciones cuyas reglas de arbitraje hacen referencia a los requisitos exigidos por la norma procesal civil para el libelo de la demanda, existe una divergencia en la interpretación de los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación. Alrededor del 55.7% sostiene que deben ser resúmenes cortos, mientras que el 44.3% aboga por documentos exhaustivos.

La presentación de memoriales de demanda y contestación es común, especialmente después de la constitución del tribunal arbitral, permitiendo una expresión detallada de los argumentos. Puede decirse que existe una correlación entre las jurisdicciones que requieren una solicitud de arbitraje resumida, sin ser exhaustiva, y la exigencia de los memoriales de demanda y contestación, lo que es totalmente lógico pues las partes deben tener la oportunidad de exponer su caso de forma suficiente.

- ii. Acta de Misión o Términos de Referencia: El 89.9% considera que el Acta de Misión es una herramienta útil para delimitar la controversia y resumir los argumentos de las partes. Sin lugar a duda, se trata de un instrumento valorado por los practicantes del arbitraje en la región.
- iii. Regulación de Pruebas: Las Reglas IBA son ampliamente adoptadas en la regulación de pruebas, con un 44.3% de aplicación regional, seguidas por la aplicación analógica de la normativa procesal civil (35.4%). Esto es un resultado que refleja un progreso interesante en cuanto a la naturaleza misma del arbitraje, pues es parte de la discusión en la comunidad arbitral la aplicación analógica de la normativa procesal civil a los procedimientos arbitrales, particularmente en la fase probatoria. Que las Reglas IBA hayan alcanzado un nivel tan alto de uso en la región, habla muy bien del arbitraje latinoamericano. Sin embargo, todavía queda trabajo por hacer para convencer a todos los actores de que el arbitraje, aun teniendo naturaleza jurisdiccional, no es un procedimiento judicial.

- iv. Herramientas para la Eficiencia Probatoria: Instrumentos colaborativos como la Tabla *Redfern* o la Tabla Armesto son conocidos, pero su utilización varía. El 72.6% indica que la Tabla *Redfern* no se utiliza comúnmente en Latinoamérica. Es recomendable que abogados y árbitros se familiaricen con estos instrumentos pues han probado ser eficientes en cuanto al tiempo invertido en la prueba de exhibición de documentos y, por lo tanto, en materia de costos.
- v. Conferencias para la Conducción del Procedimiento: Aunque la mayoría reconoce la utilidad de estas conferencias, aproximadamente el 52.5% señala que los árbitros las convocan con poca frecuencia o nunca. Este tipo de conferencia, como hemos mencionado antes, son de suma utilidad para hacer del arbitraje un procedimiento eficiente, pero, además, al asegurar la participación de las partes, contribuyen a que el laudo tenga una estabilidad superior.
- vi. Rigurosidad o Flexibilidad de la Práctica Arbitral: El 67.1% sostiene que, en Latinoamérica, el procedimiento arbitral se maneja con flexibilidad, respetando las garantías procesales de las partes. Esto es, probablemente, uno de los aspectos más importantes en el arbitraje y resulta palpable que ha alcanzado un nivel bastante elevado, aunque queda trabajo por hacer. La flexibilidad del procedimiento arbitral es, probablemente, una de sus grandes virtudes.
- vii. Condena en Costos: En la determinación de costas, el 65.8% de los árbitros considera la razonabilidad de los montos invertidos y la conducta de las partes durante el procedimiento, lo que evidencia una clara inclinación hacia las mejores prácticas del arbitraje internacional.

Estas conclusiones proporcionan una visión integral de los aspectos de la práctica arbitral en América Latina que fueron objeto de la encuesta, y reflejan la complejidad y la riqueza de la práctica arbitral en la región.

BIBLIOGRAFÍA

- International Bar Association. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020). <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3c8cad88-8bac-43c4-85ad-149fbd8a3cdc>.
- Kaplan, Neil, y Chiann Bao. *So, Now You are an Arbitrator: The Arbitrator's Toolkit*. Kluwer Law International, 2022.
- Kluwer Arbitration Blog. «The Armesto Schedule: A Step Further to a More Efficient Document Production», 4 de abril de 2020. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/04/the-armesto-schedule-a-step-further-to-a-more-efficient-document-production/>.

¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?*

Victor Hugo Guerra H.**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 145-159

Resumen: En este breve artículo, continúo desarrollando algunas ideas que consideramos relevantes y que deben hacer parte de la teoría general del arbitraje. Especialmente, del derecho al arbitraje como un derecho fundamental. Ello nos lleva a conectarnos con el campo de los derechos humanos, y particularmente, con el trabajo realizado por el sistema multilateral de las Naciones Unidas y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible, específicamente, el número 16 “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”. En este artículo, también insisto en que los mecanismos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje, constituyen hoy un medio fundamental para alcanzar una Paz sostenible, asegurar un amplio acceso a la justicia, y, en definitiva, reforzar la solidez de nuestras instituciones.

Palabras clave: Arbitraje. Derechos Fundamentales. Paz. Acceso a la Justicia.

Is the right to arbitration a fundamental right?

Abstract: *In this brief article, I continue developing some ideas that we consider relevant and should be part of the general theory of arbitration. Especially, the right to arbitration as a fundamental right. This leads us to connect with the field of human rights, and particularly, with the work carried out by the multilateral system of the United Nations and its Sustainable Development Goals, specifically, number 16 “Peace, Justice and Solid Institutions”. In this article, I also insist that alternative conflict resolution mechanisms, such as arbitration, constitute today a fundamental means to achieve sustainable Peace, ensure broad access to justice, and in short, reinforce the solidity of our institutions.*

Keywords: *Arbitration. Fundamental rights. Peace. Access to Justice.*

Autor invitado.

* Este artículo recoge algunas de nuestras ideas sobre el tema publicadas el artículo titulado ¿La constitucionalización del arbitraje? publicado en la Revista MARC CEDCA. Caracas, Venezuela, 2022. https://issuu.com/cedca/docs/marc_3_2022 p. 22.

** Director Legal de Philip Morris Internacional para Latinoamérica, Canadá, y los Estados Unidos. Doctor en Derecho, MSc en Derecho Internacional Privado y Comparado. LLM Universidad de Harvard. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham). Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Negocios de la ICC. Abogado autorizado para ejercer en Colombia y Venezuela. Profesor de Derecho Internacional Privado, Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global Comparado, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial. LinkedIn Victor Hugo Guerra Hernández / victor.guerra@pmi.com / www.pmi.com

¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?*

Victor Hugo Guerra H.**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 145-159

"...En el reloj de sol del Colegio de todas Las Ánimas de la Universidad de Oxford, están esculpidas en latín las siguientes palabras: "perentur et imputantur", que traducen: "las horas pasan y se nos cargan a cuenta". Vale decir que perder el tiempo es una responsabilidad moral, social y política, lo cual es aún más grave cuando se trata de resolver problemas de la sociedad..."

Román José Duque Corredor¹

SUMARIO:

1. Agradecimiento... A manera de introducción. 2. Una mirada al sistema internacional y a las relaciones entre fuentes internacionales e internas. 3. ¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental? 4. Palabras finales. BIBLIOGRAFÍA.

1. Agradecimiento... A manera de introducción

En las siguientes líneas expondré algunos aspectos que considero relevantes en relación con la teoría general del arbitraje, y la posibilidad de considerar el derecho al arbitraje como un derecho fundamental. También, insistiré en la importancia que tienen los mecanismos alternativos, como la conciliación, la mediación, y el arbitraje, como medios de solución pacífica de conflictos, y, por tanto, cómo ellos suman al logro del objetivo global de las Naciones Unidas de alcanzar una Paz sostenible.

Este sencillo artículo lo dedico, muy sentidamente, a la memoria del Doctor, Magistrado, pero sobre todo Maestro, Román José Duque Corredor. Como lo recordara el Dr. Óscar Medina, el Dr. Román fue primogénito entre cinco hermanos, de una respetable familia andina merideña, conformada por el Dr. José Román Duque Sánchez y Doña Carmen Corredor Tancredi. Pero además, fue el nieto de:

* Este artículo recoge algunas de nuestras ideas sobre el tema publicadas el artículo titulado ¿La constitucionalización del arbitraje? publicado en la Revista MARC CEDCA. Caracas, Venezuela, 2022. https://issuu.com/cedca/docs/marc_3_2022 p. 22.

** Director Legal de Philip Morris Internacional para Latinoamérica, Canadá, y los Estados Unidos. Doctor en Derecho, MSc en Derecho Internacional Privado y Comparado. LLM Universidad de Harvard. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham). Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Negocios de la ICC. Abogado autorizado para ejercer en Colombia y Venezuela. Profesor de Derecho Internacional Privado, Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global Comparado, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial. LinkedIn Victor Hugo Guerra Hernández / victor.guerra@pmi.com / www.pmi.com

¹ Discurso de Orden pronunciado por Dr. Román Duque Corredor, con motivo de la entrega de distinciones honoríficas en el marco de la celebración del XXXVI Aniversario de la UNET. UNIVERSIDAD NACIONAL EXPERIMENTAL DEL TÁCHIRA, San Cristóbal, 2010, p. 13. En: <http://secretaria.unet.edu.ve/archivos/DrRomanDuque.pdf>

...Don Félix Román Duque Morales, hombre con inagotables capacidades de emprendedor y baluarte de la creación que aun dentro del marco de las limitaciones de información, estudios y formación de una época, donde la experiencia práctica, la curiosidad y el manejo de uno que otro libro o documento familiarizaban al demandante del saber y lo aventuraban en la búsqueda de la verdad, o al menos de una aproximación al descubrimiento de una realidad consecuente con su afán de conocimiento, supo vivir su tiempo.²

Al fallecimiento del Dr. Román, no faltaron las palabras de consideración, estima, y elogio a su labor docente y profesional. Mi Profesor de Casación, el Dr. Ramón Escovar León, recordó así, pertinentemente, la dedicatoria que él le hiciera al Dr. Román, en 1989, con ocasión de la publicación de su tesis, "La casación sobre los hechos": "A José Román Duque Sánchez y Román José Duque Corredor, dos generaciones de sabios juristas"³. No pude conocer al Dr. Duque Sánchez, pero tuve el honor y privilegio de contar con el Dr. Duque Corredor como Presidente del Jurado de mi tesis doctoral en Derecho, en la Universidad Central de Venezuela. Además de tener la fortuna de poder compartir con él, en varias ocasiones, en el marco del grupo de pensamiento democrático auspiciado por la Universidad Católica Andrés Bello, en las instalaciones del Colegio San Ignacio de Loyola, en Caracas.

Maestro, sus ideas y amor por la patria, por las ciencias sociales, jurídicas y políticas, ¡nos acompañaran siempre!

Finalizo esta introducción, agradeciendo la invitación de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), de la cual fuimos fundadores, y al Comité Editorial de su respetable Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, y muy especialmente, al abogado Wilfredo Monsalve García, por su generoso y desinteresado apoyo para hacer posible este artículo.

2. Una mirada al sistema internacional y a las relaciones entre fuentes internacionales e internas

Hoy más que nunca los sistemas jurídicos están conformados por fuentes internacionales y domésticas. Incluso, vemos cómo las soluciones a los conflictos interpersonales se nutren y solventan de las fuentes del Derecho anacional, los Incoterms ya son, tan sólo, un clásico ejemplo de ello.

Con el inicio del nuevo milenio, el sistema multilateral representado por las Naciones Unidas imprimió un giro radical a la participación del sector privado en la agenda mundial. Nos referimos específicamente a los efectos del llamado "Pacto Global" o "UN

² Presentación del Dr. Román Duque Corredor, por parte del Dr. Óscar Medina Secretario de la UNET, con motivo de la entrega de distinciones honoríficas en el marco de la celebración del XXXVI Aniversario de la UNET. UNIVERSIDAD NACIONAL EXPERIMENTAL DEL TÁCHIRA, San Cristóbal, 2010, p. 7. En: http://secretaria.unet.edu.ve/archivos/DrRoman_Duque.pdf

³ Ramón Escovar León, *Román José Duque Corredor*, en: <https://www.analitica.com/opinion/roman-jose-duque-corredor/> 26 de septiembre de 2023.

Global Compact”, que es la iniciativa de sostenibilidad corporativa más importante de las Naciones Unidas a la fecha. En la aprobación de esta iniciativa participaron más de 12.000 corporaciones transnacionales, ininidad de organismos y agencias no gubernamentales, y más de 170 países de la comunidad internacional.

A partir del Pacto Global, y los 10 Principios que lo integran, se desarrolló la base conceptual internacional de los llamados Objetivos de Desarrollo Sostenible u ODS. Los ODS encuentran sustento en importantes convenciones internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En tal sentido, soy de la opinión que el auge, desarrollo y sostenibilidad de del ODS 16, es decir, “Paz, Justicia e Instituciones Sólidas”, se viene alcanzando, entre otros factores, gracias al ímpetu de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente el arbitraje. Tomemos en cuenta, por ejemplo, que, gracias al arbitraje de inversión, la empresa privada ha logrado zanjar importantes controversias económicas, que de lo contrario hubieran podido terminar en conflictos o amenazas bélicas entre Estados, tal y como ocurrió en el siglo pasado.⁴

Igualmente, el ODS 16 tiene como aspecto primordial promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas, y busca superar los conflictos, la inseguridad, la fragilidad estatal, y el acceso limitado a la justicia. Todos ellos, aspectos que continúan suponiendo una grave amenaza para el desarrollo sostenible, y en especial, para alcanzar la paz mundial.⁵

Si examinamos las metas medibles del ODS 16⁶, encontramos, en mi opinión, dos metas que se relacionan, especialmente, con el tema de la “justicia” y, con la posibilidad de considerar el derecho al arbitraje como un derecho fundamental. Así, tenemos:

- 16.3 Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos.
- 16.10 Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.

⁴ Debe resaltarse la importante labor desarrollada en esta materia por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (Convenio del CIADI o de Washington, 1966). Ver enlace en: <https://icsid.worldbank.org/es/node/2931>

⁵ Sólo a título de ejemplo, en el 2018 el número de personas que huyen de los diversos conflictos armados superó los 70 millones, la cifra más alta registrada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en casi 70 años. Y, en el 2019, las Naciones Unidas registró 357 asesinatos y 30 desapariciones forzadas de defensores de los derechos humanos, periodistas y sindicalistas en más de 47 países. Ver enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>. En suma, un panorama desalentador frente a la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

⁶ Ver enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

En mi opinión, estas dos metas están directamente conectadas con nuestro tema, pues persiguen garantizar el acceso a la justicia para todos, sin distinguir la forma en que esa justicia se debe administrar. Es decir, bien por la vía ordinaria o de manera alternativa. Y, en segundo lugar, porque se refuerza la necesidad de proteger las libertades fundamentales, de acuerdo con las normas internas e internacionales que, como veremos, es precisamente uno de los argumentos constitucionales sostenidos en Costa Rica y El Salvador, para considerar, al arbitraje como un derecho fundamental.

Así, el sistema multilateral ha dado una importante guía, y llama nuestra atención a la necesaria fusión que debe existir entre la realidad internacional y la doméstica o nacional, incluyéndose en los sistemas jurídicos estatales, fuentes que emanan de ambas esferas. Ello teniendo en cuenta que, la respuesta jurídica debe partir siempre de la Constitución, pues como lo establece la propia Constitución colombiana de 1991, "*La Constitución es norma de normas...*" (Art. 4); o la Constitución venezolana de 1999, "*La Constitución es la norma suprema, y el fundamento del ordenamiento jurídico*" (Art. 7).

En tal sentido, y luego de haber repasado múltiples textos constitucionales latinoamericanos, consideramos que la mejor solución es la establecida en la Constitución de Panamá. Es decir, en materia de aplicación de las fuentes internacionales. En general, las constituciones latinoamericanas consagran la relación entre las fuentes internacionales e internas, dando clara supremacía a los tratados sobre derechos humanos y los relativos a temas limítrofes; se desbordan en la diversa denominación de los instrumentos internacionales (tratados, convenciones, acuerdos, concordatos, etc.); y buscan precisar, con exceso de palabras, la forma en como estos tratados son admitidos internamente.

En cambio, la solución prevista por la Constitución Política de la República de Panamá (1972, última reforma 2004), en la norma del artículo 4, es como he dicho, técnicamente impecable:

"La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional."

Es una norma sencilla y atemporal, que dice lo que tiene que decir. En especial, la obligación que tiene Panamá, pues "acata", de aplicar y cumplir con las normas internacionales, sin necesidad de tener que explicar en el texto de la norma constitucional cuáles son los pasos y aprobaciones internas y externas que son necesarios en Panamá para la vigencia de la fuente internacional.

En segundo lugar, esta norma constitucional panameña se refiere a las normas del "Derecho Internacional" como un todo, sin entrar a listar cuáles son esas fuentes internacionales. Así, es una solución que supera, incluso, a la propia consagración de las fuentes internacionales prevista por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es decir, a las limitaciones que ya han sido advertidas y criticadas por los *ius privatistas* y *publicistas* internacionales.⁷

En conclusión:

- i. En materia de relaciones entre la Constitución y la fuente internacional, específicamente los tratados internacionales, en mi opinión el verdadero problema radica cuando hay un conflicto sobrevenido entre la norma constitucional y el tratado.
- ii. No es razonable pensar, aunque haya pasado en la práctica, que un representante plenipotenciario o, en general los operadores jurídicos de un Estado firmen un tratado internacional contrario a su Constitución.
- iii. Por consiguiente, en los conflictos sobrevenidos, mi respuesta y, exhortación inmediata será, primero acudir al propio texto constitucional como norma de normas, y, en segundo lugar, respetar las soluciones del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), específicamente, y si fuera el caso, al mecanismo de la "denuncia" del tratado, cumpliendo para ello con los pasos legales internos e internacionales necesarios.⁸
- iv. En segundo lugar, los Estados deben acatar, como lo señala de manera clara la Constitución panameña, las normas de Derecho Internacional, las cuales, por estricta lógica, deberán aplicarse preferentemente a las normas internas. De lo contrario, se produciría una fragmentación incomprensible e innecesaria en la aplicación de las soluciones internacionales que hace parte del sistema jurídico estatal.
- v. Por último, los tratados de derechos humanos, así como las iniciativas del sistema multilateral que los promueven como los ODS de las Naciones Unidas deben considerarse y aplicarse preferentemente. En dicho contexto, el ODS 16, relativo a la "Paz, la Justicia y a las Instituciones Sólidas", se ve reafirmado por los mecanismos alternativos de solución de controversias, especialmente la conciliación, la mediación y el arbitraje. Más aún, cuando consideramos que el derecho al arbitraje es un derecho constitucional fundamental, lo cual analizaré en la siguiente sección.

3. ¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?

El siguiente análisis lo abordaré desde la perspectiva del Derecho Comparado, escogiendo para ello algunos países latinoamericanos representativos, siendo algunos de ellos, miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), es decir, México, Costa Rica, Colombia y Chile.⁹

⁷ Ver Victor H. Guerra: *Análisis de las Fuentes en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 75 y ss. <https://www.urbe.edu/UDWLibrary/InfoBook.do?id=513365> [Obra en proceso de revisión y reedición 2023-2024].

⁸ Ver texto español y nota explicativa de este tratado en Organización de Estados Americanos: *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969, http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf.

⁹ Ver <https://www.oecd.org/>, y además en materia de Derecho Comparado, se puede consultar Victor Hugo Guerra, *Rol del Derecho Comparado en los procesos de Codificación Nacional*. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández, Revista de la

En términos generales, y en el marco de los sistemas jurídicos de los países que analizo, el derecho al arbitraje, o el derecho a los medios alternativos de solución de conflictos en general, no es considerado, expresamente, como un derecho fundamental. Excepción hecha del caso específico de Costa Rica que lo consagra expresamente en su Constitución, como indicaré seguidamente. Y, luego por interpretación doctrinal, en El Salvador y en Venezuela, como una variante, respectivamente, de los derechos fundamentales a la libertad y al derecho de acceso a la justicia.

Comencemos por la norma constitucional costarricense, la cual está sistemática y convenientemente ubicada en el Título IV de la Constitución Política, denominado "Derechos y Garantías Individuales". Así en su artículo 43 se dispone, expresamente, lo siguiente:

"Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente."¹⁰

Esta norma ha sido desarrollada, abundantemente, por la jurisprudencia costarricense, especialmente por la Sala Constitucional, a favor de su caracterización como un "derecho fundamental individual".¹¹

Me detengo, especialmente en la ya clásica sentencia de la Sala Constitucional del año 2000¹², que se pronunció sobre el arbitraje como una de las vías de resolución alterna de conflictos, indicando que el arbitraje es un derecho fundamental:

... **ARBITRAJE DERECHO FUNDAMENTAL.** *El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado "Derechos y Garantías individuales", lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo. El contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir un conflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolución alterna de conflictos. Esta facultad no se ve siquiera diezmada o restringida, aunque penda de ser final-*

Facultad de Derecho, Año 2020-2021. N° 75, UCAB 2022 <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/index>. En materia de préstamo constitucional como método del Derecho Comparado se puede consultar también Víctor Hugo Guerra Hernández, *Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una jurisdicción especial?* Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, Cali/Medellín, Segunda Edición, Colombia, 2022, pp. 257 y ss.

¹⁰ El texto de la Constitución de Costa Rica se puede consultar en: <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf> Además, Costa Rica, hace más de 20 años, promulgó la *Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz* (Ley RAC de 1997), para promover el uso del arbitraje nacional como medio de resolución de disputas. Y en el 2011, promulgó una ley que regula los arbitrajes internacionales comerciales, Ley LACI o Ley 8937. Ver Felipe Volio Soley, *Hay que reformar el arbitraje en Costa Rica*, 4 de Octubre de 2019, en: <https://www.elfinancierocr.com/opinion/hay-que-reformar-el-arbitraje-en-costa-rica/APODP5LVVDDXM40E3HD77W3Q4/story/>

¹¹ Ver entrevista a la árbitro costarricense Andrea Hulbert, realizada por los también árbitros Adolfo Hobaica y José Antonio Elíaz, en el programa "Al Día Arbitraje Comercial y de Inversión" #9 <https://www.youtube.com/watch?v=ZGLqoleTwxA&t=6s>

¹² Sentencia No. 2000-10352 del 22 de noviembre 2000. Las sentencias de la Sala Constitucional se pueden consultar en <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php>

mente conocido y resuelto un litigio ante los Tribunales de la República. A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial.

En tal sentido, la doctrina costarricense también ha señalado que:

Cabe resaltar que esto no significa que las personas estén obligadas a someter su caso o controversia a un arbitraje. El derecho radica en la libertad para elegir entre los distintos mecanismos de solución; permitiendo que la persona tenga opciones para elegir la que, a sus efectos, se convierte en la mejor para dirimir su conflicto. Así, las técnicas de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos están diseñadas para que coexistan con el proceso judicial y las personas puedan elegir libremente cuál resulta más conveniente a sus intereses y derechos, según el tipo de conflicto.¹³

Puede apreciarse el énfasis dado a la conexión entre este derecho al arbitraje y el derecho a la libertad individual de las personas a elegir, en este caso a elegir el medio por el cual quieren zanjar sus controversias. En el sentido de las libertades individuales, la doctrina española ha señalado que:

...El principio de libertad es, en palabras del Tribunal Constitucional, fundamento y motor del arbitraje. Al propio tiempo, es la razón de su constitucionalidad. Que las partes contendientes decidan resolver sus conflictos al margen de los Tribunales de Justicia no menoscaba el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva.¹⁴

En fecha más reciente, en sentencia de la Sala Constitucional del año 2022¹⁵, se reiteró que:

El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado "Derechos y Garantías individuales", lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo...

¹³ Ver Carolina Castro V., *El arbitraje es un derecho fundamental*, 15 de Junio de 2018, en: <https://officiumlegal.com/el-arbitraje-es-un-derecho-fundamental/>. En el mismo sentido, y muy recientemente la autora Castro V. ha reiterado esta misma opinión, *El arbitraje es un derecho fundamental en Costa Rica*, 23 de Octubre de 2023, en: <https://blog.officiumlegal.com/es/el-arbitraje-es-un-derecho-fundamental>

¹⁴ Marta García Pérez, *El arbitraje y la constitución española de 1978. una reflexión desde el derecho público*, trabajo que forma parte de un análisis más completo de la autora sobre Arbitraje y Derecho Administrativo, recientemente publicado por la Editorial Thomson-Aranzadi (2011), ver artículo en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9170/comunicacions_10_Garcia_Perez_Marta_435-450.pdf?sequence=1

¹⁵ Ver Sentencia de la Sala Constitucional No. 5556 – 2022 del 8 de Marzo de 2022, en <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-1100696>

Pero, además, esta decisión del 2022 fue más allá, e indicó que:

Analizado el caso que nos ocupa, la mayoría de esta Sala encuentra que el derecho fundamental contenido en el artículo 43 de la Constitución Política, ampara el derecho de cualquier persona de acudir a la mediación y conciliación, como mecanismos legítimos para componer conflictos de orden patrimonial, lo que la norma constitucional establece expresamente inclusive cuando están pendientes de ser resueltos jurisdiccionalmente. (...) Además de la regulación constitucional, la ley hace el desarrollo de este derecho fundamental al instaurar los diferentes mecanismos de solución alternativo de conflictos, entre ellos, el de la mediación y la conciliación. De conformidad con el Capítulo II, artículo 4 y siguientes, de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley N° 7727 del 9 de diciembre de 1997), se sientan las bases legales para que las partes en conflicto puedan acercarse con un tercero componedor, con el fin de ayudar a las partes a encontrar una solución acorde a sus intereses de forma consensuada, de un modo más rápido y eficiente, así como económico para las partes involucradas...

Ampliando entonces a otros medios de solución alternativa de conflictos, como la mediación y la conciliación el carácter de derecho fundamental. Sin embargo, la decisión no fue unánime y tuvo varios votos salvados. Entre ellos y, en la materia que nos ocupa, el de la Magistrada Garro Vargas, quien sostuvo que:

...Además, es claro que dicho artículo [43] no cobija a la mediación ni a la conciliación, que son medios de resolución alterna esencialmente distintos y que sólo tienen raigambre legal (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Código de Trabajo). Respecto de estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos hay una lógica distinta, es decir, son posibilidades para las personas, mas no así propiamente un derecho fundamental o constitucional.

Otro ejemplo centroamericano es el de El Salvador. La doctrina de este país ha sostenido lo siguiente:

...Nuestro país ha contado con diversas Constituciones desde su independencia hasta la actual CN que se promulgó en el año de 1983; y algo que se puede enfatizar es que, en casi todas las Constituciones nuestro legislador ha adoptado una postura a favor de brindar el reconocimiento constitucional al arbitraje como un método alterno de solución de conflictos.¹⁶

Así, el artículo 23 de la Constitución de El Salvador establece que:

Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles.¹⁷

¹⁶ Tesis doctoral titulada "El derecho fundamental a arbitrar y el principio de mínima intervención judicial como garantía de su eficacia. un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño", trabajo presentado por: Mardoqueo Josafat Tóchez Molina, Bajo la dirección del Dr. Armando Laínez Olivares, Catedrático de derecho administrativo del programa de doctorado de la Universidad Dr. José Matías Delgado, San Salvador, enero 2020.

¹⁷ Ver texto constitucional en: https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf

Al igual que en Costa Rica, la doctrina sostiene que este derecho fundamental tiene su sustento en el derecho a la libre disposición, el cual fue establecido por primera vez en la declaración del buen pueblo de Virginia, en los Estados Unidos en 1776, a lo cual ha sumado la jurisprudencia que éste se encuentra íntimamente ligado al derecho de propiedad, por lo que debe entenderse que “una vez reconocida la propiedad en favor de una persona, esta puede usar, explotar y disponer plenamente del bien del que se trate, sea este material o inmaterial.”¹⁸

Y, de hecho, la norma constitucional salvadoreña del artículo 23 se ubica en el “Titulo II, Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona, Capítulo I, Derechos Individuales y Su Régimen de Excepción, Sección Primera, Derechos Individuales”. Sin embargo, a diferencia de Costa Rica, y a pesar de que, en El Salvador, desde tiempos de la colonia española, como he dicho, se ha reconocido al arbitraje como un derecho fundamental, en la práctica la jurisprudencia salvadoreña no ha cumplido cabalmente con este mandato constitucional.

En países como Chile y México, sus constituciones no prevén normas sobre el arbitraje o los medios alternativos en general y, por consiguiente, tampoco los consagran como un derecho fundamental. En estos dos países, las soluciones se han desarrollado por la vía jurisprudencial y legal. Por ejemplo, la Constitución mexicana establece en su artículo 17 que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.

En Colombia y Venezuela si hay normas constitucionales sobre el arbitraje y los medios alternativos. Estas normas se encuentran ubicadas, respectivamente, en el Título V y el Capítulo III de sus textos constitucionales, y se refieren, a la “Estructura del Estado y Función Pública”, y “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”.

En Colombia, el artículo 116 establece que:

“...Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros...”.

En Venezuela, el artículo 253 prevé que:

“...El sistema de justicia está constituido por...los medios alternativos de justicia...”.

Como hemos dicho en escritos anteriores, hay algunas diferencias evidentes entre ambas normas, por ejemplo, la mayor amplitud de la norma venezolana al referirse a los “medios alternativos” en general, o la mayor claridad de la norma colombiana respecto al carácter transitorio del poder de los conciliadores y árbitros.

¹⁸ *Ibid.* pp. 103 y ss.

Ahora bien, lo cierto es que ambas normas ubican sus referencias al arbitraje y a los medios alternativos dentro de la estructura del poder judicial y del sistema de justicia, y no como lo hacen, expresamente, las Constituciones de Costa Rica y El Salvador en el Título referido a los derechos y garantías individuales.

Por ello, al menos desde la perspectiva de la ubicación literal en el texto constitucional, consideramos que, en Colombia y Venezuela, más que un “derecho individual al arbitraje”, o a los “medios alternativos”, como derecho fundamental, lo que existe es una conexión de éstos al “derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”, consagrado, respectivamente en estos dos países, en los artículos 229 y 26 de sus Constituciones.

Para la doctrina colombiana, la administración de justicia es una función pública, por lo tanto, la conciliación y el arbitraje, son una delegación excepcional y temporal a los particulares para que puedan conocer y dirimir un conflicto. Así:

...De manera expresa, el arbitraje se habilita por disposición constitucional en dos dimensiones, la primera, la delegación de la función jurisdiccional a particulares para que sean administradores de justicia. La segunda, mediante el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para acudir a arbitraje, es decir la legitimidad mínima de la institución jurídica como una disposición de los sujetos.¹⁹

Por su parte, la doctrina venezolana sí ha sostenido, y desde hace más de dos décadas que el derecho al arbitraje es un derecho fundamental, el cual se:

...inscribe en el tema de la justicia, mas concretamente en la contemplación del derecho de acceso a la justicia, de acceso a los órganos del sistema nacional de justicia. Se trata aquí de una variante del derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.²⁰

El Dr. Román Duque Corredor sostuvo esta misma posición para al caso venezolano, en el Prólogo que el Maestro hiciera al libro de Paolo Longo sobre “Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia”, según lo informara nuestro Profesor Eugenio Hernández-Bretón, en su artículo aquí citado.

Personalmente, me gusta la opinión de la doctrina venezolana y la comparto, sin antes advertir que la misma debería ir acompañada de un reconocimiento judicial acorde, por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Ello con el fin de evitar la situación de contradicción práctica que alertamos en El Salvador.

¹⁹ Laura Alejandra Guarnizo Cascavita, *El arbitraje en la constitución Colombiana*, 2022, pp. 50-54, en: <https://1library.co/article/el-arbitraje-en-la-constituci%C3%B3n-colombiana.zx5kvxxn>

²⁰ Eugenio Hernández-Bretón, *Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental*, en: I. Valera (coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005, pp. 21-34. En este artículo el Profesor Hernández-Bretón expone importantes datos históricos constitucionales venezolanos sobre el tema, además de un hacer un análisis concordado con otras disposiciones constitucionales que sustentan su tesis.

Quisiera finalizar agregando que el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y a la libertad de elección se extiende a las personas jurídicas. Un ejemplo importante de estos derechos, en cabeza de las personas jurídicas, lo encontramos en los llamados tratados o acuerdos bilaterales de inversión, que establecen el arbitraje como el mecanismo para la solución de tales controversias. Es interesante también recordar que esta preocupación de acceso a los órganos de administración de justicia ya se había consagrado en nuestros países desde el siglo XIX, a través de los llamados tratados de amistad, comercio y navegación, que así lo preveían en relación con la jurisdicción ordinaria del Estado.

4. Palabras finales

El arbitraje en especial, y los mecanismos alternativos en general, constituyen un medio para materializar la Paz. El ODS N. 16 de las Naciones Unidas, y sus respectivas metas medibles, nos brindan las luces necesarias al respecto, tal y como lo he indicado en este artículo.

Las fuentes del sistema jurídico están integradas por soluciones internacionales, nacionales y anacionales. La relación entre las normas internacionales e internas debe ubicarse en el texto constitucional, y cumplir con la Constitución como “norma de normas”.

Los Estados deben acatar las normas del Derecho Internacional, afirmación que esta hoy más vigente que nunca, en la dinámica entre los diversos actores de la comunidad internacional: Estados, individuos, empresas transnacionales, organismos multilaterales, etc.

La constitucionalidad latinoamericana se presenta variopinta en la aceptación del arbitraje como derecho fundamental. La Constitución de Costa Rica, y su consistente interpretación jurisprudencial, es el ejemplo más claro al respecto en nuestro continente. En otros textos constitucionales se requiere de una construcción doctrinal positiva al respecto, por ejemplo, los casos de El Salvador y Venezuela, y como hemos dicho debe ir acompañada del respaldo jurisprudencial constitucional.

Las bases de la argumentación del derecho al arbitraje como derecho fundamental se pueden encontrar en otros derechos constitucionales como el derecho a la libertad individual y el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

Resulta de Perogrullo, pero debo recordar que, admitido el derecho al arbitraje como un derecho fundamental, éste deberá arropar tanto a las personas naturales como a las jurídicas.

Refuerzo la importancia que tiene la investigación científica y los estudios de Derecho Comparado, a través, por ejemplo, de la micro comparación y del préstamo

constitucional, precisamente para comprender mejor, actualizar o llenar los vacíos que pudieran existir en instituciones jurídicas como, por ejemplo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, especialmente el arbitraje.

Concluyo señalando, tal y como lo indicaba de manera pertinente el Dr. Román José, "...perder el tiempo es una responsabilidad moral, social y política, lo cual es aún más grave cuando se trata de resolver problemas de la sociedad..." Entonces, no lo perdamos, y abordemos oportuna y pertinentemente los temas asociados a la consecución sostenible de la Paz, la adecuada administración de justicia por medios ordinarios y alternativos y, procuremos la tan necesaria solidez en nuestras instituciones democráticas.

BIBLIOGRAFÍA

CASTRO V., Carolina, *El arbitraje es un derecho fundamental*, 15 de Junio de 2018, en: <https://officiumlegal.com/el-arbitraje-es-un-derecho-fundamental/>

_____, *El arbitraje es un derecho fundamental en Costa Rica*, 23 de Octubre de 2023, en: <https://blog.officiumlegal.com/es/el-arbitraje-es-un-derecho-fundamental>

ESCOVAR LEÓN, Ramón, *Román José Duque Corredor*, en: <https://www.analitica.com/opinion/roman-jose-duque-corredor/> 26 de septiembre de 2023.

GARCÍA PÉREZ, Marta, *El arbitraje y la constitución española de 1978. una reflexión desde el derecho público*, trabajo que forma parte de un análisis más completo de la autora sobre Arbitraje y Derecho Administrativo, recientemente publicado por la Editorial Thomson-Aranzadi (2011), ver artículo en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9170/comunicaciones_10_Garcia_Perez_Marta_435-450.pdf?sequence=1

GUARNIZO CASCAVITA, Laura Alejandra, *El arbitraje en la constitución Colombiana*, 2022 en: <https://1library.co/article/el-arbitraje-en-la-constituci%C3%B3n-colombiana.zx5kvxxn>

GUERRA HERNÁNDEZ, Victor H.: *Análisis de las Fuentes en el Sistema Venezolano de Derecho Internacional Privado*. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 75 y ss.

_____, *Rol del Derecho Comparado en los procesos de Codificación Nacional. Aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández*, Revista de la Facultad de Derecho, Año 2020-2021. N° 75, UCAB 2022 <https://revistasenlinea.saber.ucab.edu.ve/index.php/rfderecho/index>.

_____, *Límites constitucionales del Derecho Internacional Privado ¿Hacia una jurisdicción especial?* Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Díké, Cali/Medellín, Segunda Edición, Colombia, 2022.

_____, *¿La constitucionalización del arbitraje?* En: Revista MARC CEDCA. Caracas, Venezuela, 2022 https://issuu.com/cedca/docs/marc_3_2022

HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio, *Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental*, en: I. Valera (coord.), *Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005.

TÓCHEZ MOLINA, Mardoqueo Josafat, Tesis doctoral titulada "*El derecho fundamental a arbitrar y el principio de mínima intervención judicial como garantía de su eficacia. un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico salvadoreño*", Doctorado de la Universidad Dr. José Matías Delgado, San Salvador, enero 2020.

VOLIO SOLEY, Felipe, *Hay que reformar el arbitraje en Costa Rica*, 4 de Octubre de 2019, en: <https://www.elfinancierocr.com/opinion/hay-que-reformar-el-arbitraje-en-costa-rica/APOPDP5LVVDDXM40E3HD77W304/story/>

Otros documentos y enlaces:

CIADI <https://icsid.worldbank.org/es/node/2931>

Constitución de Costa Rica <https://www.tse.go.cr/pdf/normativa/constitucion.pdf>

Constitución de El Salvador https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf

Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados y Nota Explicativa, Organización de Estados Americanos: *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980*. Viena, 23 de mayo de 1969, http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf.

Discurso de Orden pronunciado por Dr. Román Duque Corredor, con motivo de la entrega de distinciones honoríficas en el marco de la celebración del XXXVI Aniversario de la UNET. UNIVERSIDAD NACIONAL EXPERIMENTAL DEL TÁCHIRA, San Cristóbal, 2010, p. 13. En: http://secretaria.unet.edu.ve/archivos/DrRoman_Duque.pdf

Entrevista a la árbitro costarricense Andrea Hulbert, realizada por los también árbitros Adolfo Hobaica y José Antonio Elíaz, en el programa "*Al Día Arbitraje Comercial y de Inversión*" #9 <https://www.youtube.com/watch?v=ZGLqoleTwxA&t=6s>

OCDE <https://www.oecd.org/>

Sentencias de la Sala Constitucional de Costa Rica en <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/index.php>

UN Objetivos de Desarrollo Sostenible <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>

Anti-suit injunctions en el sistema cautelar arbitral venezolano: ¿realidad o quimera?

Wilfredo Monsalve García*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 161-187

Resumen: Uno de los desafíos que enfrenta el arbitraje es el inicio de procesos paralelos con el objetivo de entorpecer el desarrollo natural del procedimiento arbitral. Cuando esto ocurre es posible que se dicten decisiones contradictorias, que incrementen los gastos procesales y que se generen retrasos en la obtención de justicia. Las *anti-suit injunctions* (ASIs) han sido una herramienta eficaz para enfrentar esta problemática. En el contexto del arbitraje internacional, las ASIs tienen por objeto ordenar a las partes de un proceso a no iniciar, desistir o informar sobre el estatus de procesos en Estados distintos, so pena de ser condenados al pago de una multa. En este estudio formularemos algunas consideraciones sobre la compatibilidad de las ASIs y el sistema de tutela cautelar arbitral venezolano.

Palabras clave: *Anti-suit injunctions*, poder cautelar, arbitraje internacional.

Anti-suit injunctions in the Venezuelan arbitral precautionary system: reality or chimera?

Abstract: *One of the challenges of arbitration is to prevent parties seeking to avoid arbitral jurisdiction from initiating parallel proceedings. When this happens, contradictory decisions may be rendered, increasing procedural costs and causing delays in obtaining justice. Anti-suit injunctions (ASIs) have been an effective tool to address this problem. In the context of international arbitration, the purpose of ASIs is to order the parties to a proceeding not to initiate, withdraw or report on the status of proceedings in different States, on pain of being ordered to pay a fine. In this study we will formulate some considerations on the compatibility of the ASIs and the Venezuelan system of interim injunctive relief.*

Keywords: *Anti-suit injunctions, injunctive relief, international arbitration.*

Autor invitado.

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela. Vocal por los sectores vinculados ante el Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA); Cofundador de la Red de Jóvenes de la AVA; Cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado (UCV) y Especialización en Derecho Procesal (UCV).

Anti-suit injunctions en el sistema cautelar arbitral venezolano: ¿realidad o quimera?

Wilfredo Monsalve García*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 161-187

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. *Anti-suit injunctions*. 1.1. Noción. 1.2. Origen. 1.3. ¿Por qué discutir el tema en sistemas de *civil law*? 2. Viabilidad en Venezuela. 2.1. Sistema de tutela cautelar arbitral en Venezuela. 2.1.1. Breve apostilla sobre el poder cautelar de los árbitros y su fundamento. 2.1.2. Alcance de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral. 2.1.3. Presupuestos de procedencia de las medidas cautelares. 2.1.3.1. ¿Cómo podría acreditarse una *anti-suit injunction*? 2.1.3.2. Volviendo al sistema de tutela cautelar arbitral venezolano. 3. Algunas ideas sobre la necesaria medida en el decreto de *Anti-Suit Injunctions*: ¿un límite al derecho de acción? 4. *Friend or Foe*: la relación de las *Anti-Suit Injunctions* y el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*. 5. Comentarios finales. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Uno de los retos que enfrenta el arbitraje es que los litigantes de mala fe inicien procedimientos paralelos ante tribunales judiciales¹ —o incluso arbitrales—, domésticos o extranjeros, con el objetivo de retrasar el proceso arbitral principal². Esta conducta

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela. Vocal por los sectores vinculados ante el Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA); Cofundador de la Red de Jóvenes de la AVA; Cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado (UCV) y Especialización en Derecho Procesal (UCV).

¹ El funcionamiento del arbitraje depende, en buena medida, de su relación con el poder judicial. De allí que el respeto recíproco y la comprensión de los límites que existen entre uno y otro es clave para el desarrollo —sostenible y organizado— de la institución arbitral. El poder judicial y el arbitraje se necesitan mutuamente. Por ello debe procurarse que exista una buena relación — y no una constante reacción — entre ambos. Aspecto que se ha cumplido en términos generales, aunque no sin tropiezos. Véase: Álvaro Badell Madrid, "Reacción o relación. Poder judicial y arbitraje", Revista MARC, 2da Edición, 2019, Caracas. pp. 18-19. Disponible en: https://issuu.com/cedca/docs/marc_iiedicion_f. En el mismo sentido puede consultarse: Álvaro Badell Madrid, "Pasado, presente y futuro del arbitraje en Venezuela y su relación con el poder judicial", Principia, No. 2, Caracas, 2020. pp. 29-31. Disponible en: https://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_28-31.pdf. Para un estudio sobre la jurisprudencia del TSJ en materia de arbitraje véase: Andrea Cruz Suárez y Gabriel Sira Santana, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1, Caracas, 2021. pp. 323-356. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A15-pp-323-365.pdf>. Sobre este particular y uno de los ataques que ha sufrido el arbitraje en Venezuela hemos consignado nuestra opinión en un estudio previo, véase: Wilfredo Monsalve García, "Venezuela, España y arbitraje: un breve estudio a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Español", *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 6, Caracas, 2021. pp. 351-354. Disponible en: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/6/RVDM_2021_6_323-361.pdf.

² La doctrina arbitral internacional ha identificado algunas de las posibles actitudes de la parte demandada para cuestionar la jurisdicción de un tribunal arbitral: (i) boicotear el arbitraje; (ii) oponer las objeciones pertinentes ante el tribunal; (iii) presentar una petición ante un tribunal judicial para que resuelva la cuestión o (iv) impugnar el laudo una vez que ha sido emitido por el

puede generar problemas, entre ellos: (i) que se dicten múltiples decisiones contradictorias, (ii) incremento en los costos y (iii) retardo procesal.

Las *anti-suit injunctions* (ASIs) han sido una respuesta ante esta situación en algunos sistemas de *common law*. A través de ellas se ordena a las partes de un proceso —arbitral o judicial— a no iniciar, desistir o informar sobre el estatus de otros procesos iniciados en Estados distintos al de la sede del arbitraje, so pena de ser condenados al pago de una multa.

Es necesario aclarar previamente que nuestro análisis se centra en la posibilidad de que los árbitros dicten ASIs, en casos en los que la *lex arbitri* sea el derecho venezolano. Por lo tanto, este trabajo está especialmente orientado al análisis del poder cautelar de los árbitros en el ordenamiento jurídico venezolano, tanto en arbitrajes domésticos como en arbitrajes internacionales.

Quedan excluidos de nuestra investigación otros interesantes aspectos académicos y prácticos relacionados con las ASIs, entre ellos: las diversas formas en las que pueden interferir con el funcionamiento del arbitraje cuando son dictadas por tribunales judiciales —especialmente en el contexto de arbitrajes de inversión— o la interesante relación que tienen respecto de las representaciones del arbitraje internacional³.

1. *Anti-suit injunctions*

1.1. Noción

Las *anti-suit injunctions* (ASIs), también conocidas como medidas anti-proceso⁴, han sido definidas como una orden emitida por los tribunales de un estado para que un litigante no presente una demanda ante los tribunales de otro Estado o ante otro tribunal arbitral, o, si ya lo ha hecho, para que desista de la acción en cuestión⁵.

tribunal arbitral. En este estudio nos centramos especialmente en el (iii), precisamente desde la perspectiva según la cual se pretende alterar el proceso que cursa ante un tribunal arbitral debidamente constituido. Para consultar la clasificación de las actitudes referidas véase: Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, *Redfern y Hunter sobre Arbitraje Internacional*, primera edición en castellano, Oxford University Press, 2020. pp. 545-550.

³ Al respecto véase Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010. pp. 70-86. Emmanuel Gaillard, "Las representaciones del arbitraje internacional", en Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo (Dirs.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, especialmente pp. 25-26.

⁴ Véase, por ejemplo, Raúl Pereira Fleury, «Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral», *Revista Paraguaya de Derecho, Economía y Política*, No. 3, 2017. Disponible en: https://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=37adf40163cab052c1d4e68f34ae2a68&hash_t=f47d63787c2b1c5ffa8879576ec1de54#:~:text=En%20las%20palabras%20del%20Profesor.en%20cuesti%C3%B3n%E2%80%9D%5B2%5D.

⁵ Emmanuel Gaillard, "Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siege: une evolution remarquable de la jurisprudence américaine", *Journal du Droit International*, No. 130, 2003. pp. 1105-1106. Traducción libre del siguiente texto: "Une anti-suit injunction est un ordre donné à un plaideur par les juridictions d'un État de ne pas saisir les juridictions d'un autre Etat ou un tribunal arbitral, ou, s'il l'a déjà fait, de se désister de l'action en cause". Ver también Emmanuel Gaillard, "Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration", en: Loukas A. Mistelis y Julian D M Lew (Eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law Intl, 2008. p. 203. En este último estudio citado el professor Gaillard señala lo siguiente:

De tal suerte que las ASIs buscan desalentar —que no es igual que impedir— a una parte de iniciar procesos ante tribunales distintos. La principal forma de conseguir este resultado es mediante la amenaza de potenciales sanciones económicas que serán impuestas por el tribunal arbitral a la parte que desobedezca la orden⁶.

El decreto de ASIs obedece a una exigencia derivada de la realidad de las disputas internacionales. Esto es, el uso —y abuso— por parte de algunos litigantes en cuanto al inicio de múltiples procesos —judiciales o arbitrales— en distintos países a objeto de agotar los recursos de sus contrapartes y generar presión para llegar a acuerdos mediante transacciones extrajudiciales⁷.

Es discutido si el objeto de una ASI constituye o no una prohibición a una de las partes que impida el ejercicio del derecho de acción ante tribunales distintos al tribunal arbitral que decreta la medida. Simultáneamente, reconocemos que se trata de un asunto delicado⁸ y que, a todo evento, deberán examinarse las particularidades de cada caso y la forma en que se acreditaron las condiciones de procedencia de la medida.

Adicionalmente, podría pensarse que la desobediencia de una parte respecto de la ASI decretada por el tribunal arbitral no sólo se contenta con la sanción que deriva inmediatamente de esta conducta. Los árbitros también podrían valorar esta actitud al momento de determinar la asignación de costas procesales.

1.2. Origen

El origen de las ASIs se remonta al siglo XV en Inglaterra. En aquel momento eran utilizadas como herramientas de distribución ante la existencia de conflictos de jurisdicción en casos nacionales y para restringir la expansión de las cortes eclesiásticas⁹.

"Traditionally, anti-suit injunctions, a well-known device in common law systems, are issued upon the request of a party that the other party be enjoined from initiating or from proceeding with a legal action in a different jurisdiction".

⁶ Jokin Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, "Controlando al litigante rebelde: las anti-suit injunctions en los tribunales españoles", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Número 32 (2015): 77. Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6436>. Es necesario tener presente que se trata de "una orden dirigida a una persona, no al tribunal extranjero, estando respaldada por todas las consecuencias que el cumplimiento de una orden judicial puede significar".

⁷ Connor Cohen, "Foreign Antisuit Injunctions and the Settlement Effect", *Northwestern University Law Review*, Vol. 116, No. 6 (2022): 1592. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol116/iss6/4>.

⁸ De hecho, por las numerosas cuestiones susceptibles de profundos análisis jurídicos relacionadas con las anti-suit injunctions algunos autores las han calificado como "bombas nucleares". En este sentido véase Carrier R., *L'antisuit injunction*, Centre de Droit Maritime et des Transports, 2001, p. 5; Heim L. E., «Protecting Their Own?: Pro-American Bias and the Issuance of Anti-Suit Injunctions», *Ohio State Law Journal*, Vol. 69, 2008, pp. 701 y ss. Esta idea también es descrita, siguiendo a Carrier y a Heim, por Jokin Beltrán de Lubiano Sáez de Urabain, *ob. cit.*, p. 77.

⁹ Raúl Pereira Fleury, *ob. cit.*

Aunque las ASIs como las comprendemos en la actualidad surgen en 1821 en el caso *Bushby c. Munday*¹⁰. En esta disputa el actor demandó en Inglaterra y pretendía la anulación de un bono del cual era deudor. Durante el trámite del procedimiento el demandante solicitó al tribunal judicial inglés que dictara una orden contra el demandado prohibiéndole ejecutar el bono ante los tribunales escoceses¹¹.

El tribunal inglés declaró con lugar la orden solicitada por el actor. Como fundamento de esta decisión el tribunal inglés se basó "en el hecho de que las reglas de *discovery* inglesas daban a sus cortes la posibilidad de emitir una sentencia mejor informada"¹².

Desde entonces las ASIs constituyen un mecanismo procesal útil para evitar conflictos de jurisdicción. Además, refuerzan el principio de economía procesal, previniendo el dictamen de decisiones contradictorias por parte de distintos órganos jurisdiccionales.

Considerando las ventajas de las ASIs, no transcurrió demasiado tiempo para que la institución arbitral comenzara a beneficiarse de ella. El caso *Copper Mines* contra Río Tinto resuelto en 1911 es el primer precedente de las ASIs en favor del arbitraje. En este caso las partes habían pactado un acuerdo de arbitraje para resolver las disputas surgidas con ocasión de un contrato. Cuando surgió la controversia, Río Tinto demandó ante los tribunales de España, ignorando la cláusula de arbitraje previamente pactada¹³.

Como reacción ante la conducta de Río Tinto, *Copper Mines* acudió ante los tribunales ingleses y solicitó que se ordenara a Río Tinto desistir de su acción ante los tribunales españoles¹⁴. Los tribunales ingleses decretaron esta medida con fundamento en la existencia de la cláusula arbitral y su efecto negativo, considerando que la conducta de Río Tinto era contraria a sus obligaciones contractuales¹⁵.

1.3. ¿Por qué discutir el tema en sistemas de *civil law*?

Es ampliamente conocido que las partes suelen recurrir al arbitraje en búsqueda de un foro neutral que les permita resolver sus diferencias¹⁶. Tal neutralidad que se

¹⁰ *Bushby c. Munday* (1821) 5 Madd., p. 297 cit. en Raúl Pereira Fleury, *ob. cit.* También encontramos un extracto de la decisión referida en High Court of Chancery, sentencia del caso "William Bushby v James Munday, Jeremiah Cloves and C. W. Cracroft", de fecha 8 de marzo de 1821. Disponible en: <https://vlex.co.uk/vid/william-bushby-v-james-806354217>.

¹¹ Ídem.

¹² Raúl Pereira Fleury, *ob. cit.*

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Véase: Christopher Ryan, Henry Weisburg y David Earnest, «A Common Right to Arbitrate: Anti-Suit Injunctions In New York and England», *New York Law Journal*, Special Report, de fecha 18 de julio de 2016. Disponible en: [shearman.com/~/_/media/files/newsinsights/publications/2016/07/070071629-shearman.pdf](https://www.shearman.com/~/_/media/files/newsinsights/publications/2016/07/070071629-shearman.pdf).

¹⁶ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009. p. 72.

refleja en múltiples aspectos del arbitraje, como la selección de árbitros¹⁷, las normas procesales¹⁸ y las normas sustantivas aplicables al fondo del asunto¹⁹.

Bajo la premisa anterior, conviene recordar algunas interrogantes claves que hace algunos años planteó el Dr. Alejandro Garro:

- ¿Qué buscan realmente las partes al elegir el arbitraje como modo de resolución de conflictos cuando su contrato presenta vínculos relevantes con más de un Estado?
- ¿Esperan que su elección del arbitraje internacional tenga algún efecto sólo en lo que respecta al proceso de toma de decisiones, o también en lo que respecta al derecho sustantivo que debe aplicarse a su litigio?²⁰

Las respuestas del Dr. Garro a estas interrogantes ilustran muy bien la necesidad de preocuparnos por comprender y tolerar el derecho de sistemas distintos al nuestro. Veamos:

En su mayoría, al elegir el arbitraje las partes buscan un foro neutral, un esquema procesal neutral dentro del cual los árbitros deben conducir el proceso arbitral y, por último, pero no menos importante, un derecho sustantivo neutral que rija el fondo de la disputa. Por "neutral" me refiero, en el caso del derecho sustantivo aplicable al arbitraje, a un conjunto de principios y reglas que no tengan ninguna conexión particular con ninguna de las partes, pero que sea accesible, comprensible y adecuado a las expectativas de las personas que hacen negocios en todo el mundo²¹.

El Dr. José Carlos Fernández Rozas también reconoce la importancia de la neutralidad como uno de los alicientes del arbitraje internacional, el cual "despliega toda su eficacia debido al hecho añadido de que las partes en litigio acostumbran a potenciar una neutralidad que no se predica precisamente de los tribunales ordinarios en los litigios con elemento extranjero"²².

De manera que lo que ocurre en el arbitraje internacional —y se refleja también en los arbitrajes domésticos— es un verdadero mestizaje entre culturas y sistemas jurídicos diversos, producto de un diálogo auténtico entre *civil law* y *common law*²³.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 73-74.

¹⁸ Ídem. Véase también: Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, *ob. cit.*, p. 275.

¹⁹ Véase en general Alejandro Garro, "The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 1/2, 1994.

²⁰ Alejandro Garro, "The Contribution of the UNIDROIT Principles to the Advancement of International Commercial Arbitration", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, n. 1/2, 1994. p. 93. Traducción libre para este estudio.

²¹ Ídem.

²² José Carlos Fernández Rozas, "El arbitraje internacional y sus dualidades", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XV, 2006: p. 2

²³ *Ibid.*, p. 3. En este sentido véase también Javier Rubinstein, "International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions Perspective", *Chicago Journal of International Law* 5 (2004): p. 304 quien indica que "the rules and procedures that commonly apply today in international arbitration reflect a mixture of common law and civil law norms..."

Para comprender este mestizaje se deben tomar en consideración las particularidades de cada sistema. Eso implica abandonar la idea de observar sólo lo “nuestro” y evitar pasar todas las instituciones sólo por nuestro propio tamiz.

Por ello, entre las más valiosas herramientas del arbitraje internacional destaca el Derecho comparado. Sólo observando con detenimiento aquello que nos resulta ajeno podrá determinarse si constituye una ventaja o un retroceso. A nuestro juicio, las ASIs no escapan de esta realidad.

2. Viabilidad en Venezuela

2.1. Sistema de tutela cautelar arbitral en Venezuela

2.1.1. Breve apostilla sobre el poder cautelar de los árbitros y su fundamento

Antes de analizar si las ASIs son una figura jurídicamente viable en Venezuela conviene hacer algunas precisiones sobre nuestro sistema de tutela cautelar arbitral.

El poder cautelar de los árbitros tiene fundamento normativo en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela (LAC) que establece lo siguiente: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante”²⁴.

Este artículo contempla, en primer lugar, el poder cautelar de los árbitros de forma expresa. Este poder cautelar se presume y, en consecuencia, sólo puede ser prohibido por las partes mediante pacto en contrario²⁵.

²⁴ La redacción y espíritu de esta norma obedece sin reservas al contenido del artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 que prevé lo siguiente: “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”. La doctrina nacional ha afirmado que la inclusión de una norma que consagrara expresamente los poderes cautelares del árbitro dentro del ordenamiento jurídico de nuestro foro constituye un gran avance, no sólo porque es un tema aún discutido en doctrina, sino porque todavía varios ordenamientos jurídicos del mundo imponen serias limitaciones a lo que debería ser una facultad inherente a la función del árbitro. Véase: Andrés A. Mezgravis, “Las medidas cautelares en el sistema arbitral venezolano”, *Derecho y Sociedad*, No. 5, (2004): 21.

²⁵ Esta norma ha sido objeto de elogios por parte de la doctrina venezolana porque sigue el espíritu y letra del artículo 17 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y del artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL. Lo anterior se traduce en un aspecto positivo para la regulación del arbitraje en Venezuela porque: (i) reconoce expresamente el poder cautelar de los árbitros y (ii) implícitamente distingue la fase de cognición del árbitro y el poder coactivo del juez, comprendiendo que la facultad de decretar medidas cautelares pertenece a la fase de cognición del árbitro. Véase: Andrés A. Mezgravis, *ob. cit.*, p. 22.

En segundo lugar, el artículo citado se refiere al alcance del poder cautelar de los árbitros permitiéndoles ordenar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto en litigio. De manera que no existe un límite, más allá del orden público y el acuerdo de las partes²⁶, en cuanto al contenido de las medidas cautelares²⁷.

Tal como indica la Dra. Claudia Madrid Martínez, con arreglo a las normas de la LAC “el árbitro puede dictar las medidas que considere necesarias para asegurar las resultas del procedimiento arbitral, debido a que goza de poder cautelar general, siempre y cuando éstas recaigan sobre los bienes que sean objeto del litigio”²⁸.

Por último, en el artículo 26 de la LAC se establece la facultad discrecional que tiene el tribunal arbitral para exigir caución a la parte que solicita la medida cautelar.

No puede negarse el valioso aporte que constituye la positivización del poder cautelar de los árbitros. Sin embargo, compartimos el criterio según el cual el poder cautelar es inherente a la función del árbitro y tiene origen en el acuerdo arbitral suscrito por las partes²⁹. Bajo esta premisa, la LAC —al igual que los reglamentos de los centros de arbitraje— sólo ratifica la facultad de los árbitros para decretar medidas cautelares, pero no la crea.

En efecto, si los árbitros pueden resolver el fondo de la disputa, también deben estar facultados para decretar medidas cautelares una vez satisfechas las condiciones requeridas a tal efecto³⁰.

²⁶ Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011. pp. 81-82. El Dr. Araque Benzo, al referirse a la extensión de las facultades de los árbitros, formula interesantes comentarios sobre la relación entre arbitraje y orden público. En su narrativa señala que: “las facultades de los árbitros tienen como límite lo que las partes les hayan encomendado y también el llamado “orden público”. Por ello, los árbitros carecen de facultades para decidir algún tema que no pueda considerarse incluido en el acuerdo de arbitraje”. En este sentido conviene destacar que la doctrina mayoritaria ha sostenido que el poder cautelar de los árbitros se encuentra implícito en el propio acuerdo de las partes que cristaliza en el pacto arbitral. *Vid.* nota infra.

²⁷ Véase Claudia Madrid Martínez, «Medidas cautelares y arbitraje: especial referencia a la Ley de Arbitraje Comercial», en *Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, Caracas, 2001, Tomo II, pp. 87-117. La Dra. Madrid Martínez señala que: “En el especial caso del arbitraje, las medidas sólo podrán dictarse ante la ausencia de un acuerdo de las partes que impida al tribunal arbitral tal actuación”.

²⁸ Ídem.

²⁹ Para un estudio detallado sobre el tema véase: Andrés A. Mezgravis, *ob. cit.*, pp. 25-27; Ricardo Henríquez La Roche, *El arbitraje comercial en Venezuela*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000. p. 226; En sentido similar véase Luis Alfredo Araque Benzo, *ob. cit.*, p. 117: “Al tener el arbitraje una base contractual nada obsta para que las partes puedan, aún si no estuviese previsto subsidiariamente en las leyes locales de arbitraje comercial, facultar a los árbitros directamente o a través de la elección del correspondiente reglamento de arbitraje para dictar medidas cautelares o para llevar a cabo la evacuación de pruebas”. A la acertada opinión del Dr. Araque Benzo cabría añadir que aun en ausencia de la norma del artículo 26 de la LAC, por la naturaleza del proceso arbitral, sería posible presumir que los árbitros tienen poder cautelar, tal como lo hace el referido artículo. En efecto, el artículo 26 de la LAC otorga reconocimiento expreso a una facultad del árbitro que se deduce, naturalmente, del propio acuerdo arbitral. Además, al analizar este asunto habría que tomar en cuenta que para que la función jurisdiccional sea realmente efectiva es necesario que, cuando las circunstancias lo ameriten, pueda brindarse tutela cautelar para proteger los derechos e intereses de las partes en litigio y que la decisión final del órgano jurisdiccional no se haga ilusoria.

³⁰ Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos 74, Caracas, 2001. p. 200.

El poder cautelar de los árbitros es tan necesario como el de los jueces. Teniendo en cuenta la duración de cualquier proceso, es imprescindible que la autoridad jurisdiccional tenga el poder suficiente para garantizar la efectividad de la futura decisión que dictará sobre el fondo del asunto³¹.

Un proceso sin eficacia carece de sentido³². Por ello se ha afirmado acertadamente que la tutela cautelar acompaña el ejercicio de la función jurisdiccional del árbitro "pues responde a una necesidad de prevenir o asegurar que la tutela definitiva sea efectiva y real"³³.

En el arbitraje internacional esta afirmación no es menos veraz. De hecho, las medidas cautelares, en el contexto de los arbitrajes internacionales, son consideradas importantes remedios y herramientas³⁴. Su importancia radica en que, a menudo, las medidas solicitadas inicialmente en la demanda no son suficientes para tutelar los derechos e intereses de la parte presuntamente afectada³⁵.

Lo anterior se debe al tiempo que toma el procedimiento, lo que podría conducir a la desaparición del objeto del proceso o de las pruebas que sirven para verificar las afirmaciones de las partes. También podrían producirse daños irreparables, imposibles de compensar o, en general, la frustración de los derechos de alguna de las partes mediante la obstaculización de la futura ejecución del laudo³⁶.

2.1.2. Alcance de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral

La LAC guarda silencio sobre cuáles son las medidas específicas que puede dictar el tribunal arbitral. Al efecto conviene recordar la amplitud con la cual fue contemplado el poder cautelar de los árbitros en el artículo 26 de la LAC:

³¹ Luis Alfredo Araque Benzo, *ob. cit.*, p. 117: "Si antes o durante el proceso arbitral no fuese posible el decreto y ejecución de medidas cautelares, ello podría traducirse en serios perjuicios para las partes en conflicto".

³² Paolo Longo F., "Sistematización procesal del principio de tutela judicial efectiva", en Nelson Chacón Quintana y Magaly Vásquez González (Coords.), *El Derecho venezolano hoy: visiones críticas. Homenaje al R.P. Fernando Pérez-Llantada, s.j.*, Alcaldía de Chacao-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010. p. 242.

³³ Alfredo Almandoz, Pedro Perera, Humberto Angrisano y Jorge González Carvajal, "La colaboración de los tribunales ordinarios", en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers y Carlos Lepervanche (coords.), *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, 2013. p. 439. En sentido similar véase Jorge I. González Carvajal, "Comentario al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", en: Caterina Jordan y Fernando Sanquírigo (Coords.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo II, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávil, Caracas, 2023. p. 1055. Para el autor "la tutela cautelar es consustancial con el ejercicio de la función jurisdiccional del árbitro, pues responde a una necesidad de prevenir o asegurar que la tutela definitiva sea efectiva y real, y que el transcurso del tiempo y la actividad de las partes no conspiran en contra de la materialización del derecho o interés jurídico tutelado definitivamente por el órgano jurisdiccional".

³⁴ Julian M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan Michael Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003. p. 586.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. El tribunal arbitral podrá exigir garantía suficiente de la parte solicitante.

La redacción de la norma sugiere que el tribunal arbitral goza de una amplia libertad para determinar el contenido de las medidas cautelares que pueda dictar durante el proceso. Un buen sector de la doctrina nacional respalda esta interpretación³⁷. Creemos que es posible predicar la misma conclusión respecto de las normas pertinentes de los reglamentos de los principales centros de arbitraje nacionales³⁸.

De tal suerte que la tendencia moderna apunta hacia el reconocimiento expreso del poder cautelar de los árbitros y a la idea de que no debe restringirse el poder cautelar de los árbitros³⁹.

Se ha afirmado que un tribunal arbitral puede recurrir a las medidas cautelares previstas en otros cuerpos normativos del ordenamiento jurídico venezolano en atención a dos criterios generales: (i) la necesidad de aseguramiento y (ii) la dependencia lógica con el objeto del proceso arbitral⁴⁰.

Además, hay quien señala que los árbitros pueden aplicar, por analogía, las normas sobre medidas cautelares contenidas en el Código de Procedimiento Civil⁴¹. Sin embargo, esta afirmación ha sido cuestionada porque en los arbitrajes institucionales las reglas aplicables al procedimiento dependen estrictamente de la regulación de los reglamentos sobre las normas aplicables al procedimiento⁴².

³⁷ Francisco Hung Vaillant, *ob. cit.*, p. 199; Ricardo Henríquez La Roche, *El arbitraje comercial en Venezuela*, *ob. cit.*, p. 222.

³⁸ Ver: Artículo 38.1. del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, el Tribunal Arbitral, a solicitud de parte, podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar el decreto de tales medidas, al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, por los daños y perjuicios que éstas pudieren ocasionarle. Las medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada." Ver también: Artículo 66 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC): "A partir de su constitución, el tribunal arbitral que conozca de los méritos del asunto podrá, de oficio o a solicitud de parte, decretar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. A los fines de su dictamen, el tribunal arbitral podrá solicitar al interesado, dentro del plazo que estime razonable, la presentación de escritos o la ampliación de las pruebas que demuestren la necesidad de su decreto, así como el otorgamiento de una caución o de una garantía que considere suficiente."

³⁹ Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 29.

⁴⁰ Jorge I. González Carvajal, "Comentario al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", *ob. cit.*, pp. 1058-1059.

⁴¹ Francisco Hung Vaillant, *ob. cit.*, p. 199; Jorge I. González Carvajal, "Comentario al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", *ob. cit.*, p. 1059.

⁴² Véase Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 33. En general Mezgravis sostiene esta idea en el contexto de los reglamentos de los principales centros de arbitraje venezolanos (CACC y CEDCA) vigentes para ese momento. Sin embargo, las versiones actuales de estos reglamentos han cambiado la formulación de sus normas relativas al procedimiento arbitral e, incluso, el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas de 2022 (RGCACC 2022) prevé una solución distinta a la que otrora había contemplado en sus versiones del 2005 y del 2013. Ahora, el RGCACC 2022 otorga mayor importancia a la sede del arbitraje como elemento de anclaje para la determinación de la *lex arbitri*. En efecto, el artículo 54 establece en su tercer párrafo lo siguiente: "La ley de la sede del arbitraje será la ley aplicable al procedimiento en todo aquello no regulado por este Reglamento". De manera que, si la sede del arbitraje es Venezuela, la ley adjetiva aplicable al arbitraje será la venezolana y por lo tanto las medidas cautelares previstas en la ley procesal venezolana serán también aplicables, ya no por vía analógica, sino por aplicación directa. Este es uno de los principales factores que distingue el artículo 54 del RGCACC 2022 de los RGCACC de 2005 y 2013. Estos últimos establecían, en el artículo 6: "Las reglas aplicables al procedimiento arbitral por ante el CACC son las que

En todo caso, los reglamentos de los principales centros de arbitraje venezolanos no contemplan posibilidad de aplicación analógica de normas procesales internas, sino que basados en la libertad de los árbitros o en el concepto de sede del arbitraje ordenan la aplicación directa de dichas normas procesales⁴³.

Además se ha señalado que también es posible que el árbitro aplique normas sobre medidas cautelares previstas en el Código de Comercio, la Ley de Derecho de Autor, entre otros⁴⁴. Sin embargo, en estos casos la razón sugiere “que el árbitro exija los presupuestos requeridos en la norma de la cual hace uso”⁴⁵.

La amplitud de la norma del artículo 26 permite a los árbitros decretar medidas nominadas e innominadas⁴⁶. Dentro del elenco de medidas cautelares que puede dictar el tribunal arbitral se incluyen:

...medidas que mantengan o restablezcan el statu quo en espera de que se dirima la controversia; medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral (incluyendo medidas anti-proceso), o medidas para que una parte se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; o medidas para que se proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo; o medidas para preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia⁴⁷.

Mezgravis ejemplifica con detalle cuáles son las medidas cautelares que suelen ser solicitadas en los arbitrajes. Al efecto indica:

...la venta de artículos perecederos; órdenes de no hacer efectivas las fianzas de fiel cumplimiento o cartas de crédito standby por parte del beneficiario; continuación del trabajo o la obra a que se refiere el contrato mientras dure el arbitraje; orden de depósito de cantidades

establezcan las partes en la cláusula o acuerdo arbitral, las previstas en este Reglamento, y en caso de silencio, serán aplicables aquellas previstas en la Ley de Arbitraje. Ante cualquier otro vacío que pudiera existir, el Tribunal Arbitral determinará la regla aplicable. Si el Tribunal Arbitral estuviese compuesto por más de un (1) árbitro, se decidirá la regla aplicable por mayoría simple”. Por su parte el RCEDCA 2020 ha conservado la misma solución, que ahora está prevista en el artículo 32.1. en los siguientes términos: “El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por las normas que las partes acuerden, supletoriamente por las normas contenidas en este Reglamento, y en caso de silencio, por las que el Tribunal Arbitral determine, ya sea con referencia o no a una disposición legal o de cualquier otra naturaleza. Las partes pueden acordar la utilización de normas distintas a las previstas en este Reglamento siempre que lo notifiquen al Tribunal Arbitral y este, luego de revisadas, determine que no existen impedimentos legales o procedimentales para su implementación”.

⁴³ En este sentido, conserva plena vigencia el comentario de Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 33, “existe una fuerte y peligrosa tendencia en nuestro foro de aplicar el CPC, casi de manera automática, ante cualquier duda o silencio que pudiera surgir en el desarrollo del procedimiento arbitral. Se olvida así, que todo lo concerniente al procedimiento arbitral se rige, si es un arbitraje institucional, por el respectivo reglamento al cual las partes se hayan sometido, reglamentos éstos que generalmente indican a los árbitros qué hacer en caso de silencio”, y si es un arbitraje independiente, entonces, conforme al parágrafo primero del artículo 618 del CPC, las partes, pueden indicar a los árbitros las formas y reglas de procedimiento que deban éstos seguir, y sólo a falta de esa indicación es que, por disposición expresa contenida en esa misma norma legal, se debe observar el procedimiento legal correspondiente (Arts. 585 y siguientes del CPC). Como puede apreciarse, en ningún caso se trataría de una aplicación analógica, en razón de que el propio legislador ha previsto la solución”.

⁴⁴ Jorge I. González Carvajal, “Comentario al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana”, *ob. cit.*, p. 1059.

⁴⁵ Ídem.

⁴⁶ Ricardo Henríquez La Roche, *ob. cit.*, p. 231. Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 32.

⁴⁷ Jorge I. González Carvajal, “Comentario al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana”, *ob. cit.*, p. 1059.

dinero, acciones u otros activos, con fines de garantía; ordenes de abstenerse de realizar ciertos actos o, incluso, de intentar o desistir ciertas acciones judiciales relacionadas con el arbitraje⁴⁸.

Resaltamos que entre las medidas frecuentemente solicitadas en los arbitrajes — referidas arriba— se incluyan aquellas que tienen por objeto la orden dirigida a una parte de abstenerse de intentar —o desistir si fuere el caso— de acciones judiciales vinculadas con el arbitraje.

2.1.3. Presupuestos de procedencia de las medidas cautelares

La doctrina patria parece conteste en afirmar que los presupuestos de procedencia requeridos para que los árbitros decreten medidas cautelares son la pendencia de una litis, la presunción grave del derecho que se reclama y la presunción de peligro en la demora⁴⁹.

Aunque la redacción del artículo 26 de la LAC sugiere que el tribunal arbitral no está atado a la verificación estricta de los requisitos que tradicionalmente se han exigido en sede judicial para el decreto de medidas cautelares. Así, las partes pueden pactar condiciones de procedencia distintas a las que hemos mencionado antes⁵⁰.

Un autor sostiene que, en realidad, los árbitros decretan medidas cautelares según su prudente arbitrio y su leal saber y entender⁵¹. Esta tesis se basa en la redacción empleada por el legislador en el artículo 26 de la LAC, según la cual “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias”.

Para arribar a dicha conclusión se ha interpretado que la palabra “podrá” constituye el núcleo de esta interpretación, tomando como referencia la norma el artículo 23 del CPC que trata la aplicación de la equidad *ex lege*. En este sentido, señala Mezgravis, “es importante recordar que conforme al artículo 23 del CPC cuando la Ley dice: “El Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad”⁵².

⁴⁸ Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 32.

⁴⁹ Ricardo Henríquez La Roche, *ob. cit.*, p. 227, quien señala lo siguiente: “...en el arbitraje comercial es necesario que se cumpla la tricotomía que engloba el artículo 585 de dicho Código: pendencia de una litis (*pendente lite*), presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y presunción de peligro en la mora (*fumus periculum in mora*)”. Es necesario aclarar que, a nuestro juicio, el hecho de que el Dr. Henríquez La Roche mencione el CPC para enunciar los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares en los arbitrajes no significa que este código sea aplicable para la determinación de dichos requisitos, sólo se trata de una mera referencia. También sobre los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares véase Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 34.

⁵⁰ Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 34.

⁵¹ Ídem.

⁵² Ídem.

La aplicación de la equidad *ex lege*, como ha señalado el Dr. Arístides Rengel Romberg, “no se trata de una arbitraria discrecionalidad, sino de una discrecionalidad técnica”⁵³. En todo caso, conviene precisar que las partes “pueden dificultar esa potestad cautelar, añadiendo no sólo los requisitos contemplados en el CPC, sino otros no contemplados en este texto legislativo”⁵⁴.

González Carvajal prefiere dar respuesta a la cuestión de los requisitos de las medidas cautelares en sede arbitral sin recurrir a las normas del CPC ni al leal saber y entender de los árbitros. El análisis del autor en referencia atiende a las implicaciones semánticas de la expresión “medidas cautelares”, en cotejo con la norma del artículo 26 de la LAC, deduciendo que el árbitro debe decretar estas medidas con base en un criterio de necesidad respecto del objeto del litigio⁵⁵. En este sentido, señala:

...surge como primer requisito el que se acredite la indispensabilidad de la tutela asegurativa sin la cual no podrá garantizarse la ejecución del laudo. En pocas palabras el *periculum in mora*. De la interpretación ensayada pareciera no haber rastros de la exigencia de acreditar la apariencia del derecho que se reclama, sin embargo, resulta lógico sostener, que si dicha tutela es necesaria respecto del objeto del litigio (pretensión), debe acreditarse, al menos sumariamente la credibilidad de la petición de voluntad (*fumus boni iuris*). El argumento del que nos valemos puede parecer artificioso, sin embargo, en nuestro humilde criterio, consideramos que resulta mucho mejor llegar a la conclusión ensayada por la vía que hemos optado, pues lo contrario negaría en cierto sentido la autonomía del arbitraje como una institución que goza de una existencia y legislación independiente⁵⁶.

De este modo el autor citado arriba a la conclusión de que en materia de medidas cautelares:

...por interpretación del artículo 26 de la Ley de Arbitraje, y sin acudir a otra norma o argumento, el peticionante de la medida cautelar deberá acreditar de manera concurrente el peligro en la demora y la apariencia del derecho reclamado para que se le otorgue la medida. Sin embargo, quedará en la convicción del árbitro el establecer si han sido acreditados los requisitos de la tutela cautelar, tomando en cuenta, que dicha convicción debe obedecer a una discrecionalidad técnica que considere la necesidad y la situación particular.

A nuestro juicio, si los árbitros se exigen los presupuestos de procedencia de las medidas cautelares previstos en el CPC no lo hacen en virtud de la aplicación de este instrumento normativo, sino en ejercicio de la discrecionalidad que les brinda la LAC y los reglamentos de los centros de arbitraje. De manera que:

⁵³ Arístides Rengel Romberg, “Medidas cautelares innominadas”, *Revista de Derecho Mercantil*, No. 16-17, 1994, p. 86.

⁵⁴ Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 35.

⁵⁵ Jorge Isaac González Carvajal, “Algunas consideraciones sobre la potestad cautelar en la Ley de Arbitraje Comercial”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 146, Caracas, 2008. p. 242.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 243.

...el tribunal arbitral podría acordar una medida cautelar a pesar de que “la presunción del buen derecho” de la parte solicitante no esté suficientemente demostrada, si considera que el riesgo del *periculum in mora* es extremadamente grave, y la medida en sí no causaría mayores inconvenientes a la parte contra quien se dirige. También podría exigir garantías, a pesar de que el solicitante de la medida haya demostrado fehacientemente las referidas presunciones, si considera, por ejemplo, que son cuantiosos los daños que se le pueden causar a la otra parte⁵⁷.

Se presume *iure et de iure* que los árbitros gozan de esta discrecionalidad respecto de las condiciones de procedibilidad de las medidas cautelares. Toda limitación —o exclusión— de este poder deberá ser impuesto por las propias partes⁵⁸ en forma expresa e inequívoca.

De allí que el Dr. Henríquez La Roche afirme que las condiciones de procedibilidad de las medidas cautelares en el arbitraje “pueden ser otras, más adecuadas a la causa concreta, si lo disponen así las partes en el acuerdo arbitral”⁵⁹.

¿Cómo podría acreditarse una *anti-suit injunction*?

Los requisitos para que un tribunal —arbitral o judicial— decrete una medida cautelar varían dependiendo del ordenamiento jurídico bajo examen. Por lo que se refiere a los presupuestos de procedencia de las ASIs, los países latinoamericanos se han caracterizado por tener escaso tratamiento jurisprudencial de este tema⁶⁰.

Lo anterior no implica que las ASIs sean improcedentes entre nosotros. En cambio, su procedencia dependerá de la *lex arbitri* aplicable. Recordemos que nos interesa especialmente el análisis de la procedencia de las ASIs dentro del sistema de tutela cautelar arbitral venezolano.

Dado que las ASIs son un tipo de medida cautelar originada en el *common law*, es indispensable observar que la jurisprudencia inglesa, donde tuvo origen la figura, ha sostenido diversos criterios a lo largo del tiempo.

La doctrina ha identificado el caso *Cohen c. Rothfield*⁶¹ resuelto en 1919, como el primero en el que se estableció una suerte de test de procedencia para las ASIs. En ese caso, la parte demandante solicitó al tribunal inglés que dictara una ASI a objeto

⁵⁷ Andrés Mezgravis, *ob. cit.*, p. 35.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁹ Ricardo Henríquez La Roche, *ob. cit.*, p. 227.

⁶⁰ Raúl Pereira Fleury, *ob. cit.*

⁶¹ La decisión está registrada como Court of Appeal, “*Cohen v Rothfield* 11 Dec 1918 [1919] 1 KB 410, CA”. Disponible en: https://www.iclr.co.uk/document/1911000072/casereport_79430/html. La sentencia, como antigua visión británica sobre el uso de ASIs para evitar los litigios paralelos, aparece reseñada en George A. Bermann, “The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation”, *Columbia Journal of Transnational Law* 28 (1990): pp. 618-619. Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3115&context=faculty_scholarship.

de evitar que la parte demandada continuara un proceso judicial que había iniciado en Escocia⁶².

En esa ocasión el juez Scrutton indicó que las ASIs tienen el efecto de “interferir con el proceso en otra jurisdicción, este poder debe ser ejercido con suma cautela a los efectos de evitar incluso la apariencia de una interferencia inapropiada con otra Corte”⁶³. En el mismo fallo, el juez Eve destacó que “la corte solamente ordenaría una *anti-suit injunction* si es que la continuación de ambas acciones sería opresiva y vejatoria”⁶⁴.

Esta percepción de los presupuestos de procedencia de una ASI ocasionó que acreditarlas se convirtiera en un verdadero reto para la parte interesada⁶⁵. Con el tiempo, los tribunales ingleses relajaron un poco la carga de las palabras “opresiva” y “vejatoria” y empezaron a recurrir a principios como el *forum non conveniens*⁶⁶.

Luego, en el caso *Société Nationale Industrielle Aerospatiale contra Lee Kui Jak* de 1987 se establecieron ciertos principios incuestionables —a juicio del tribunal— relacionados con los presupuestos de procedencia de las ASIs.

- i. la jurisdicción se ejerce cuando “los fines de la justicia” lo requieren;
- ii. cuando el tribunal decide otorgar una medida cautelar que impide los procedimientos en un tribunal extranjero, su orden no se dirige contra el tribunal extranjero, sino contra las partes que proceden o amenazan con proceder de esa manera;
- iii. estas medidas solo serán decretadas a objeto de restringir a una parte que esté sujeta a la jurisdicción del tribunal, contra quien la medida cautelar será un remedio efectivo; y
- iv. entendiéndose que estas medidas afectan indirectamente al tribunal extranjero, la jurisdicción debe ejercerse con cautela⁶⁷.

Los principios mencionados se volvieron esenciales para decretar y acreditar una ASI. Además, estuvieron basados en importantes precedentes jurisprudenciales de la figura, que incluyen el caso *Bushby contra Munday*, reseñado al referirnos al origen de las ASIs.

Vale ahora preguntarnos si ha habido alguna variación en los requisitos de las ASIs cuando están dirigidas a proteger o favorecer la institución arbitral.

⁶² Raúl Pereira Fleury, *ob. cit.*

⁶³ Ídem.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Véase Privy Council, «*Societe Nationale Industrielle Aerospatiale contra Lee Kui Jak and Another*», 1987. p. 892. Disponible en: <https://uniset.ca/other/cs2/1987AC871.html>. Traducción libre para este estudio.

En este sentido es interesante observar lo decidido por la Corte de Apelaciones inglesa en el caso *Aggeliki Charis Compania Maritima SA c. Pagnan S.p.A.* Aquí el análisis fue más simple, con un novedoso enfoque liberal⁶⁸, lo que parece justificado tomando en consideración la existencia de una cláusula arbitral. En efecto, el tribunal decretó una ASI basándose en la sencilla razón de que el demandado se había comprometido a no iniciar un proceso en el extranjero⁶⁹.

A partir de este caso, la actitud moderna de los tribunales es dar pleno efecto a las expectativas comerciales de las partes en el contexto del pacto arbitral. Esta actitud se fundamenta en el entendimiento de que las partes, como empresarios racionales, no han tenido la intención de sufrir la incomodidad de que posibles disputas derivadas de su transacción sean atendidas en lugares diferentes⁷⁰.

De modo que los criterios basados en que la continuación de la actuación de la parte ante tribunales diferentes sea vejatoria u opresiva, en principio, no son más un estándar de obligatorio cumplimiento para dictar ASIs⁷¹.

Adicionalmente, la jurisprudencia inglesa ha establecido implícitamente que las ASIs deben ser solicitadas por la parte interesada tan pronto como sea posible. De lo contrario, es previsible una decisión como la del caso *Ecobank contra Tanoh*, en el que la Corte de Apelación se basó en el principio de cortesía internacional para negar una ASI⁷².

En *Ecobank contra Tanoh* la Corte de Apelaciones afirmó que hay varias etapas en las que se podría solicitar una ASI:

- a) antes de que hayan comenzado cualquier procedimiento en el extranjero;
- b) una vez que hayan comenzado;
- c) dentro de un tiempo relativamente corto después;
- d) cuando las alegaciones estén completas;
- e) después de eso, pero antes de que comience el juicio;

⁶⁸ Geoffrey Fisher, "Anti-suit Injunctions to Restrain Foreign Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement, *Bond Law Review*, Vol. 22, Issue 1 (2010): p. 2. Disponible en: <https://blr.scholasticahq.com/article/5548-anti-suit-injunctions-to-restrain-foreign-proceedings-in-breach-of-an-arbitration-agreement.pdf>. Traducción libre para este estudio.

⁶⁹ Raúl Pereira Fleury, *ob. cit.*

⁷⁰ Geoffrey Fisher, *ob. cit.*, p. 5. Traducción libre para este estudio.

⁷¹ Ídem. Aunque en ciertos casos, como *Continental Bank contra Aekos Cie Naviera*, la Corte de Apelación volvió a este estándar. Sobre ello véase el comentario de Raúl Pereira Fleury, *ob. cit.*: "En *Continental Bank c. Aekos Cie Naviera*, la Corte de Apelación revocó una *anti-suit injunction* ordenada en contra de Aekos para que esta última suspenda un juicio iniciado ante las cortes griegas. La Corte de Apelación fundamentó su decisión indicando, entre otras cosas, que la *anti-suit injunction* solo podría ser utilizada para impedir una conducta vejatoria y opresiva."

⁷² *Ecobank Transnational c. Tanoh* [2015] EWCA Civ. 1309, p. 106. Cit en: Raúl Pereira Fleury, *ob. cit.*

- f) en el transcurso del juicio;
- g) después de la sentencia⁷³.

Mientras más avanzado se encuentre el proceso, es posible incurrir en un mayor desperdicio de tiempo y recursos si se dicta una ASI. Bajo esta premisa, las consideraciones de cortesía internacional tienen mayor peso en la medida que se haya permitido que un proceso continúe sin intentar detenerlo oportunamente mediante una ASI⁷⁴.

Volviendo al sistema de tutela cautelar arbitral venezolano

Partiendo de la discrecionalidad técnica que tienen los árbitros para decretar medidas cautelares y de que el ordenamiento jurídico no prohíbe expresamente el decreto de una ASI, vale la pena preguntarnos cuáles requisitos deben satisfacerse para que un tribunal las dicte.

Probablemente, el escenario más sencillo es cuando las propias partes han definido los requisitos de procedencia de las medidas cautelares dentro del propio acuerdo arbitral. Aunque, en nuestra experiencia, este supuesto no es frecuente.

Lo cierto es que el fundamento para dictar ASIs no debe ser simplista. El razonamiento del tribunal arbitral no se agota con el argumento de que tiene jurisdicción y que, por lo tanto, los demás órganos jurisdiccionales deben abstenerse de conocer el asunto⁷⁵.

Bajo esta lógica, el fundamento para dictar ASIs no tiene tanto que ver con jurisdicción. Tampoco con litispendencia ni cosa juzgada⁷⁶. Los árbitros pueden dictar este tipo de medidas, pero deben cuidar el fundamento en el que se basan al hacerlo⁷⁷.

En general, los criterios para dictar una ASI son (i) el cumplimiento de las condiciones de procedencia y (ii) que sean apropiadas en el contexto de la disputa⁷⁸.

En cuanto a las condiciones de procedencia los árbitros deben verificar que la medida solicitada tenga carácter urgente y que persiga la prevención de un daño irreparable o, alternativamente, que es necesaria para facilitar la ejecución del futuro laudo⁷⁹.

⁷³ Twenty Essex, "Ecobank Transnational v Tanoh [2015] EWCA Civ 1309", artículo publicado el 17 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.twentyessex.com/ecobank-transnational-v-tanoh-2015-ewca-civ-1309/>

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ Laurent Lévy, "Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators", in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI International Arbitration Series, No. 2, Juris Publishing, 2005. p. 120. Disponible en: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/L%C3%A9vy-Anti-suit-Injunctions-Issued-by-Arbitrators.pdf>.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 123.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 123-124.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 125. Traducción libre para este estudio. En idioma original: "Arbitrators will have to ensure that the requested measures are urgent, aimed at preventing irreparable harm or necessary to facilitate the enforcement of the upcoming award". En este

En tal sentido, conviene señalar algunas de las condiciones de procedencia de este tipo de medidas, referidas en la doctrina arbitral internacional:

- a. Existencia de jurisdicción *prima facie* del tribunal arbitral
- b. Existencia de derechos procesales y sustantivos susceptibles de ser protegidos;
- c. Necesidad, es decir, la protección debe tener por objeto la prevención de un daño irreparable;
- d. Urgencia; y
- e. Proporcionalidad...⁸⁰

Estos criterios generales sirven para orientar la decisión de los árbitros al momento de dictar este tipo de medidas cautelares, pero no son los únicos. El árbitro podría considerar otros criterios y, en consecuencia, exigir otros requisitos para decretarlas.

En todo caso, un principio general de técnica ha sido que una ASI no se ordena, sino que se recomienda. Esto quiere decir que los tribunales que dictan ASIs cuidan el lenguaje y las formas al momento de decretarlas, para que no luzca como una injerencia indebida al funcionamiento de otros órganos jurisdiccionales.

3. Algunas ideas sobre la necesaria mesura en el decreto de *anti-suit injunctions*: ¿un límite al derecho de acción?

Puede resultar difícil aceptar la idea de que un tribunal arbitral pudiera decretar ASIs. Especialmente teniendo en cuenta que una ASI es una orden dirigida a una parte mediante la cual se le prohíbe demandar ante otros tribunales arbitrales o judiciales.

Podría pensarse que mediante el decreto de una ASI se está limitando el derecho de acción, esto es, "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión"⁸¹.

sentido Lévy sigue a Sébastien Besson, "Arbitrage international et mesures provisoires — Étude de droit comparé". In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 52 N°4, octubre-diciembre, Zurich, 2000. pp. 961-963.

⁸⁰ Ugale Anastasiya y Vysúdilová Zuzana, "Anti-Suit Injunctions", *Jus Mundi*, 6 de junio de 2023. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-anti-suit-injunctions>.

⁸¹ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1997. p. 57. Formulación que como indica el autor citado fue incluida en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos bajo la siguiente fórmula: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

Quizá el origen principal de esta dificultad deviene de nuestra propia tradición jurídica y nuestra manera de comprender la acción —separándola claramente del derecho material discutido en el proceso—, la cual ha sido bien recibida por la doctrina venezolana⁸², aunque en ocasiones la jurisprudencia pueda ser regresiva en este aspecto⁸³.

Siguiendo esta concepción de la acción se destaca la doble faz del derecho de acción y su importancia dentro de nuestro sistema. En efecto:

...en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución⁸⁴.

Si insistimos un poco más en esta lógica y acudimos a la revisión de las normas constitucionales venezolanas advertiremos que el artículo 26 establece el derecho de acción y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Es posible señalar que las ASIs constituyen una limitación indirecta al derecho de acción. Pero el decreto de una ASI no impide *per se* que la parte contra quien va dirigida esté impedida de iniciar o continuar (u obligada a desistir, si fuere el caso) de su acción ante otro tribunal.

La parte limitada por la ASI puede perfectamente decidir cuál será su conducta a partir del momento en que se decreta la medida. Entendiendo que si infringe el mandato del tribunal sufrirá una sanción pecuniaria, claro está.

Recordemos que las medidas cautelares limitan temporalmente derechos, esto no es nada nuevo. Dicha restricción se encuentra justificada en la verificación de ciertos presupuestos de procedencia. De allí que sea fundamental que el tribunal que decrete una ASI fundamente su necesidad y su relación con el objeto del litigio.

En el contexto de un arbitraje, según lo ha señalado la doctrina patria, las medidas cautelares persiguen tres objetivos, que son los siguientes:

⁸² Aristides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano*, Editorial Arte, Caracas, 1995. p. 162. El Dr. Rengel concibe la acción como "el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar del juez, la composición de la litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado". En sentido similar véase Rafael Ortiz-Ortiz, *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, Caracas, 2004. p. 60.

⁸³ Véase Rafael Ortiz-Ortiz, *ob. cit.*, p. 59.

⁸⁴ Eduardo J. Couture, *ob. cit.*, pp. 58-59.

1. Aseguran que la ejecución final del laudo no sea ilusoria, al preservar los bienes sobre los cuales el demandante podrá ejecutar el laudo emitido;
2. Regulan las conductas y relaciones inter-partes durante el decurso del litigio arbitral; y
3. Preservan los elementos probatorios aducidos al juicio por las partes y regulan su administración⁸⁵.

Para lograr estos fines, las medidas cautelares no se limitan a las denominadas en nuestro derecho interno como medidas nominadas o típicas. En efecto:

Dadas las múltiples funciones que las medidas preventivas representan, es evidente que existe una variedad posible de ellas, por lo que su uso y concepción, más allá de las denominadas medidas típicas (embargo-secuestro-prohibición de enajenar y gravar) llama en el arbitraje comercial por el reconocimiento de medidas de tipo innominado⁸⁶.

De modo que, como señalamos antes, pareciera que en nuestro sistema de tutela cautelar arbitral nada se opone al decreto de ASIs. Sólo deberá tratarse con especial cautela la acreditación de los presupuestos de procedencia y, en general, que obedezcan a los caracteres de las medidas cautelares: necesidad, proporcionalidad y provisionalidad.

No puede negarse el importante y merecido sitio del derecho de acción en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, es importante retomar una de las ideas claves de este estudio: el mestizaje de culturas jurídicas en el arbitraje internacional. Ese mestizaje supone un ejercicio de comprensión de las figuras más allá del prisma de nuestro propio sistema jurídico.

4. *Friend or foe*: la relación de las anti-suit injunctions y el efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz*

El principio de *kompetenz-kompetenz* es una de las bases fundamentales del arbitraje⁸⁷, indispensable para el correcto funcionamiento de la institución. Con el reconocimiento de este principio se pretende acabar con la idea equivocada de que los tribunales judiciales son los únicos facultados para determinar la existencia y el alcance de los poderes de los árbitros⁸⁸.

⁸⁵ Ivor Dalvano Mogollón Rojas, *El arbitraje comercial venezolano*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004. p. 98.

⁸⁶ Ídem.

⁸⁷ Emmanuel Gaillard y Yas Banifatemi, "Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators" en Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008. p. 258

⁸⁸ Véase Roque Caivano, "El principio *kompetenz-kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina", *THÉMIS-Revista de Derecho*, 77 (2018): 16. El profesor Caivano señala que el principio *kompetenz-kompetenz* tiene como objetivo "erradicar la creencia de que los árbitros no pueden resolver los cuestionamientos de su propia competencia porque, al estar esa misma competencia en tela de juicio, es necesario que un tribunal judicial la confirme, como paso previo a cualquier otra decisión."

En Venezuela se ha reconocido el efecto dual del principio de *kompetenz-kompetenz*, esto es, tanto su efecto positivo y su efecto negativo. En cuanto al efecto positivo, la LAC, que sigue el ejemplo de la Ley Modelo UNCITRAL⁸⁹, el artículo 7 indica que:

El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

En el mismo sentido, el primer párrafo del artículo 25 establece lo siguiente:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite.

En cambio, el efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz*⁹⁰ fue reconocido por la jurisprudencia venezolana de forma expresa mediante la conocida sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictada en el caso Astilleros Astivenca C.A.:

...el principio competencia-competencia permite al Tribunal Arbitral decidir acerca de su propia competencia (independientemente de lo que sostenga un tribunal nacional), incluso sobre las relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje; por lo que puede afirmarse el carácter bifronte del mismo, bien desde una perspectiva positiva, o en la potestad de los árbitros de resolver sobre su propia competencia aun respecto a cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje... o, en relación a su aspecto negativo, conforme al cual los tribunales no deben decidir en paralelo y con el mismo grado de profundidad sobre la validez, eficacia o aplicabilidad que los órganos arbitrales...⁹¹

En particular, opinamos que las ASIs, entendidas correctamente y en el contexto de una sana cultura arbitral, constituyen un refuerzo al efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz* cuando son dictadas por un tribunal arbitral.

⁸⁹ Al efecto véase el artículo 16.1) de la Ley Modelo UNCITRAL: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria".

⁹⁰ Conviene tener presente que el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz* "a diferencia del "efecto-positivo", se basa más en la actitud del poder judicial de los Estados hacia el arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de disputas válido y útil, que en las reglas que rigen los procedimientos arbitrales". Véase: Gilberto A. Guerrero-Rocca, "Venezuela: 10 años del reconocimiento al efecto-dual del *Kompetenz-Kompetenz*", *CIAR Global*, 26 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://ciarglobal.com/venezuela-10-anos-del-reconocimiento-al-efecto-dual-del-kompetenz-kompetenz/>.

⁹¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Sentencia N° 1067 del 03 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>.

Ciertamente la acreditación de la existencia de un acuerdo arbitral válido debería ser suficiente para que los tribunales arbitrales declinen su jurisdicción. Sin embargo, la existencia de una ASI podría contribuir, como elemento adicional, a que el tribunal judicial decline su jurisdicción.

En especial, este efecto podría producirse cuando la ASI esté debidamente fundada con base en criterios aceptables de necesidad respecto la adopción de la medida. En este sentido destacan dos elementos clave:

- i. Por parte de los árbitros: la comprensión del delicado ejercicio de ponderación de las condiciones de procedibilidad al momento de decretar una ASI.
- ii. Por parte de los jueces: la exigencia de una adecuada comprensión del poder cautelar de los árbitros en el contexto de la *lex arbitri* aplicable al proceso arbitral.

No es nueva la idea de que el poder cautelar de los árbitros está directamente vinculado con la eficacia del efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*. En efecto, se ha afirmado que la protección cautelar complementa y asegura el efecto negativo del referido principio⁹².

De hecho, el estatus actual del arbitraje en Venezuela permite que los tribunales arbitrales dicten “medidas cautelares contra juicios ordinarios paralelos”. En este sentido, se ha entendido este tipo de medidas como un:

...mecanismo eficaz contra las partes renuentes al arbitraje, tentadas a iniciar procedimientos ordinarios en tribunales locales. Al bloquear la “apertura” de nuevos flancos, los tribunales arbitrales evitan vías que puedan comprometer la integridad del “efecto negativo” del principio competencia-competencia⁹³.

De modo que parece que las ASIs constituyen una herramienta útil para tratar de aliviar los efectos nocivos de las criticadas tácticas de guerrilla. Específicamente aquellas que pretenden alterar el curso natural del proceso arbitral y generar aparentes desordenes procesales mediante el inicio indiscriminado de procesos paralelos ante otros órganos jurisdiccionales.

5. Comentarios finales

El arbitraje se ha posicionado como una institución de avanzada que permite resolver disputas domésticas e internacionales con un alto nivel de adaptabilidad. La sofisticación del arbitraje también se ve reflejada en la interacción de distintos sistemas jurídicos en la resolución de disputas internacionales.

⁹² Gilberto A. Guerrero-Rocca, *ob. cit.*

⁹³ *Ídem.*

De allí que el arbitraje, en cierto sentido, se haya complejizado para incrementar su eficiencia como foro neutral de solución de controversias. Esta complejidad implica, ya no sólo la interacción de sistemas jurídicos, sino también un verdadero mestizaje de culturas jurídicas.

Evidentemente, no todas las instituciones del *civil law* y el *common law* son compatibles. Aunque es imposible negar la influencia que han tenido algunas instituciones propias del *common law* en el sistema de arbitraje internacional.

Así, es importante observar las instituciones que podrían favorecer la resolución de disputas internacionales en sede arbitral. Tal examen debe ser efectuado con mesura para evitar incurrir en la adopción irrazonable de instituciones ajenas.

Las ASIs podrían ser una herramienta útil por varias razones. Una de ellas es que contribuyen a garantizar la buena fe procesal en el arbitraje, otorgando a los árbitros la facultad de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva ante el inicio de procedimientos paralelos.

A pesar de su origen anglosajón, las ASIs no son incompatibles con nuestro ordenamiento jurídico. Si se quiere, es posible calificarlas como medidas cautelares in-nominadas que los árbitros pueden dictar en ejercicio del poder cautelar inherente a su función de administrar justicia.

En todo caso, este breve estudio no pretende ser más que el inicio de una discusión más profunda sobre la interacción de las ASIs con los ordenamientos jurídicos de Civil Law y, en particular, en sede arbitral. Siempre quedará abierto el debate a posiciones diferentes y a la incómoda (válida) pregunta: ¿está nuestro foro preparado para esto?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMANDOZ, Alfredo, PERERA, Pedro, ANGRISANO, Humberto y GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge, "La colaboración de los tribunales ordinarios", en Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt Catalá, Diana Droulers y Carlos Lepervanche (coords.), *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, 2013.
- ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, *Manual del Arbitraje Comercial*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.
- BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Redfern y Hunter sobre Arbitraje Internacional*, primera edición en castellano, Oxford University Press, 2020.

- BADELL MADRID, Álvaro, "Pasado, presente y futuro del arbitraje en Venezuela y su relación con el poder judicial", *Principia*, No. 2, Caracas, 2020. pp. 29-31. Disponible en: https://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_28-31.pdf.
- ____ "Reacción o relación. Poder Judicial y arbitraje", *Revista MARC*, 2da Edición, 2019, Caracas. Disponible en: https://issuu.com/cedca/docs/marc_iiedicion_f.
- BELTRÁN DE LUBIANO SÁEZ DE URABAIN, Jokin, "Controlando al litigante rebelde: las *anti-suit injunctions* en los tribunales españoles", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Número 32 (2015). Disponible en: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6436>.
- BERMANN, George A., "The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation, *Columbia Journal of Transnational Law* 28" (1990). Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3115&context=faculty_scholarship.
- BESSON, Sébastien, "Arbitrage international et mesures provisoires - Étude de droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 52 N°4, octubre-diciembre, Zurich, 2000.
- CAIVANO, Roque, "El principio *kompetenz-kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina", *THĒMIS-Revista de Derecho*, 77 (2018).
- CARRIER, R., *L'antisuit injunction*, Centre de Droit Maritime et des Transports, 2001.
- COHEN, Connor, "Foreign Antisuit Injunctions and the Settlement Effect", *Northwestern University Law Review*, Vol. 116, No. 6 (2022). Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol116/iss6/4>.
- COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- CRUZ SUÁREZ, Andrea y SIRA SANTANA, Gabriel, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1, Caracas, 2021. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A15-pp-323-365.pdf>.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "El arbitraje internacional y sus dualidades", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, XV, 2006.
- FISHER, Geoffrey, "Anti-suit Injunctions to Restrain Foreign Proceedings in Breach of an Arbitration Agreement, *Bond Law Review*, Vol. 22, Issue 1 (2010). Disponible en: <https://blr.scholasticahq.com/article/5548-anti-suit-injunctions-to-restrain-foreign-proceedings-in-breach-of-an-arbitration-agreement.pdf>.
- GAILLARD, Emmanuel, "Las representaciones del arbitraje internacional", en Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo (Dir.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.
- ____ *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2010.

- ____ "Reflections on the Use of Anti-Suit Injunctions in International Arbitration", en: Loukas A. Mistelis y Julian D M Lew (Eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law Intl, 2008.
- ____ "Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siege: une evolution remarquable de la jurisprudence américaine", *Journal du Droit International*, No. 130, 2003.
- GAILLARD, Emmanuel y BANIFATEMI, Yas, "Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators" en Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in Practice*, Cameron May, Londres, 2008.
- GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac, "Comentario al artículo 26 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", en: Caterina Jordan y Fernando Sanquírigo (Coords.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, Tomo II, Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, Caracas, 2023.
- ____ "Algunas consideraciones sobre la potestad cautelar en la Ley de Arbitraje Comercial", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, número 146, Caracas, 2008.
- GUERRERO-ROCCA, Gilberto A., "Venezuela: 10 Años Del Reconocimiento Al Efecto-Dual Del *Kompetenz-Kompetenz*", *CIAR Global*, 26 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://ciarglobal.com/venezuela-10-anos-del-reconocimiento-al-efecto-dual-del-kompetenz-kompetenz/>.
- HEIM, L. E., "Protecting Their Own?: Pro-American Bias and the Issuance of Anti-Suit Injunctions", *Ohio State Law Journal*, Vol. 69, 2008.
- HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo, *El arbitraje comercial en Venezuela*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000.
- HUNG VAILLANT, Francisco, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos 74, Caracas, 2001.
- LÉVY, Laurent, "Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators", in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, IAI International Arbitration Series, No. 2, Juris Publishing, 2005. Disponible en: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/L%C3%A9vy-Anti-suit-Injunctions-Issued-by-Arbitrators.pdf>.
- LEW, Julian M., MISTELIS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan Michael, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- LONGO F., Paolo, "Sistematización procesal del principio de tutela judicial efectiva", en Nelson Chacón Quintana y Magaly Vásquez González (Coords.), *El Derecho venezolano hoy: visiones críticas. Homenaje al R.P. Fernando Pérez-Llantada, s.j.*, Alcaldía de Chacao-Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia, "Medidas cautelares y arbitraje: especial referencia a la Ley de Arbitraje Comercial", en *Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y académica*

- de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Fundación Roberto Goldschmidt, Caracas, 2001, Tomo II.
- MEZGRAVIS, Andrés A., "Las medidas cautelares en el sistema arbitral venezolano", *Derecho y Sociedad*, No. 5, (2004).
- MOGOLLÓN ROJAS, Ivor Dalvano, *El arbitraje comercial venezolano*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2004.
- MONSALVE GARCÍA, Wilfredo, "Venezuela, España y arbitraje: un breve estudio a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Español", *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 6, Caracas, 2021. Disponible en: http://www.ulpiano.org/ve/revistas/bases/articulo/texto/RVDM/6/RVDM_2021_6_323-361.pdf.
- ORTIZ-ORTIZ, Rafael, *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, Caracas, 2004.
- PEREIRA FLEURY, Raúl, "Anti-suit Injunctions en favor del arbitraje. Protegiendo la jurisdicción arbitral", *Revista Paraguaya de Derecho, Economía y Política*, No. 3, 2017. Disponible en: https://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=37adf40163cab052c1d4e68f34ae2a68&hash_t=f47d63787c2b1c5ffa8879576ec1de54#:~:text=En%20las%20palabras%20del%20Profesor,en%20cuesti%C3%B3n%E2%80%9D%5B2%5D.
- RENGEL ROMBERG, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil venezolano*, Editorial Arte, Caracas, 1995.
- RUBINSTEIN, Javier, "International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions Perspective", *Chicago Journal of International Law* 5 (2004).
- RYAN, Christopher, WEISBURG, Henry y EARNEST, David, "A Common Right to Arbitrate: Anti-Suit Injunctions In New York and England", *New York Law Journal*, Special Report, de fecha 18 de julio de 2016. Disponible en: [shearman.com/~/media/files/newsinsights/publications/2016/07/070071629-shearman.pdf](https://www.shearman.com/~/media/files/newsinsights/publications/2016/07/070071629-shearman.pdf).
- UGALE Anastasiya y VYSÚDILOVÁ Zuzana, "Anti-Suit Injunctions", *Jus Mundi*, 6 de junio de 2023. Disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-anti-suit-injunctions>.

ARTÍCULOS
Autores participantes
de la convocatoria

Cautelar anticipada judicial en arbitraje independiente con autoridad nominadora designada

José Armando Sosa Ochoa*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 191-209

Resumen: Ante la necesidad de una medida cautelar previa al proceso arbitral, en arbitraje institucional, se puede hacer uso del árbitro de emergencia según el reglamento respectivo, y en arbitraje independiente, implicaría llamar a la contraparte previamente, lo cual afectaría su eficacia. En un arbitraje independiente, en auxilio surge la doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad de solicitar la cautelar al poder judicial, o bien, que las partes apliquen las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje, usando una Autoridad Nominadora y su facultad de nombrar un árbitro de emergencia. Se propone utilizar las normas sugeridas por la AVA, pero excluyendo el procedimiento cautelar de emergencia, aplicándose el poder cautelar general del poder judicial.

Palabras clave: Arbitraje independiente, arbitro de emergencia, medida cautelar anticipada vía judicial.

Advance judicial protection in independent arbitration with designated appointing authority

Abstract: *Given the need for a precautionary measure prior to the arbitration process, in institutional arbitration, the emergency arbitrator can be used according to the respective arbitration rules, and in independent arbitration, it would imply calling the counterparty previously, affecting its effectiveness. In an independent arbitration, jurisprudential doctrine arises in aid of the possibility of requesting a precautionary measure from the judiciary, or that the parties apply the Rules of the Venezuelan Arbitration Association, using an Appointing Authority and its power to assign an arbitrator of emergency. It is proposed to use the rules suggested, but excluding the precautionary procedure, applying the general precautionary power of the judiciary.*

Keywords: *Independent arbitration, emergency arbitrator, advance precautionary measure through the courts.*

Recibido: 31/10/2023

Aprobado: 8/1/2024

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, Venezuela en 1992. Maestría en Gerencia, Mención Administración en la Universidad Bicentenario de Aragua (UBA), en 1996 (Tesis pendiente). Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 2000. Certificado de Formación Profesional para la Aplicación de la Conciliación y el Arbitraje Comercial por el CEDCA / UCAB, 2003. Especialización en Derecho Procesal Laboral en la Universidad Arturo Michelena, 2005. Post-Grado en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana (UNIMET), 2006. Post-Grado en Derecho de Hidrocarburos con la Universidad Monteávila, 2008. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Cautelar anticipada judicial en arbitraje independiente con autoridad nominadora designada

José Armando Sosa Ochoa*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 191-209

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Del arbitraje a escoger con miras a una eficiente medida cautelar anticipada. 1.1. El arbitraje institucional y su árbitro de emergencia, o uno independiente. 1.2. El arbitraje independiente en las Reglas AVA y su árbitro de emergencia. 2. Las medidas cautelares en procedimientos arbitrales independientes. 2.1. Pertinencia de un procedimiento cautelar independiente en sede judicial. 2.2. Recomendación procedimental para una cautelar en sede judicial con proceso llevado en un arbitraje independiente. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Siempre ha sido un problema para las partes en una contratación comercial, ante un eventual proceso entre las mismas, sobre todo cuando se hace en lugares del interior de cualquier país donde los centros de arbitraje institucional se encuentran usualmente en sus capitales, por un lado, si es pertinente el uso del arbitraje o dejar las controversias para la aplicación de los procedimientos judiciales y sus especiales contenciosos establecidos en leyes procesales para ser llevados ante el poder judicial respectivo, para el cobro de obligaciones de dar, es decir, entrega de cosas o pago de deudas dinerarias liquidas y de plazo vencido, que puede ser el tipo de controversia con más posibilidades de ocurrencia durante el contrato o a su finalización; y por el otro, si se decide por un arbitraje, no solo escoger entre uno institucional o uno independiente, por razones de costo y logística en la realización del proceso, sino que además, se debaten las partes entre aplicar el arbitraje para algunas cosas y para otras no, como los cobros de facturas, o la debida escogencia de un régimen cautelar eficaz.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas, Venezuela en 1992. Maestría en Gerencia, Mención Administración en la Universidad Bicentennial de Aragua (UBA), en 1996 (Tesis pendiente). Especialización en Derecho Procesal en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), 2000. Certificado de Formación Profesional para la Aplicación de la Conciliación y el Arbitraje Comercial por el CEDCA / UCAB, 2003. Especialización en Derecho Procesal Laboral en la Universidad Arturo Michelena, 2005. Post-Grado en Derecho Corporativo en la Universidad Metropolitana (UNIMET), 2006. Post-Grado en Derecho de Hidrocarburos con la Universidad Monteávila, 2008. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

En Venezuela los centros institucionales de arbitraje han venido creando ágiles normas y procedimientos para la reducción del costo del proceso, como el denominado Procedimiento Expedito del CEDCA para cuando se trate de controversias que no excedan el monto establecido en el Apéndice de Costos y Honorarios vigente al momento de introducción de la solicitud de arbitraje y en las cuales no estén involucrados más de un sujeto como demandante ni más de un sujeto como demandado. En la CACC, existe un Procedimiento Arbitral Abreviado para cuando la cuantía de la solicitud de arbitraje no supere una determinada cantidad, el arbitraje será administrado bajo las reglas de procedimiento abreviado que contemplan plazos más cortos que el procedimiento arbitral general y la constitución de un Tribunal Arbitral compuesto por un árbitro único.

De la misma manera, han venido creando procedimientos como el del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) con una Guía práctica para arbitrajes fuera de Caracas, hoy depuradas en una normativa para tramitar procedimientos por medios electrónicos¹. De la misma manera, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) ha creado el Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos² con lo cual dicha problemática puede encontrar una viable resolución.

Es así como entonces se plantea la problemática de escoger el procedimiento arbitral dependiendo de lo que pueda ser más eficaz al momento de tener que necesitar una medida cautelar. Se debaten las partes en la viabilidad de medidas cautelares en arbitraje dependiendo de si existe un procedimiento cautelar específico en el arbitraje institucional o aplicar las normas procesales ordinarias. En dicho marco deben tenerse en cuenta los criterios jurisprudenciales que puedan tener aplicación, sobre todo cuando se escoja un arbitraje independiente.

La Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) ha creado una normativa denominada "Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente"³ en las cuales se propone una cláusula y procedimiento para establecer una Autoridad Nominadora y/o Designadora de árbitros de derecho o de equidad, para arbitrajes independientes.

¹ CEDCA, "Guía Para la Conducción de Casos a través de Medios Electrónicos", acceso el 29 de julio de 2023, <https://cedca.org/wp-content/uploads/2023/03/Guia-de-Medios-Electronicos.-CEDCA-Marzo-2022.pdf>

² "Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos", acceso el 29 de julio de 2023, <https://arbitrajeccc.org/normativa/reglamento-procedimientos-on-line/>

³ "Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente", acceso el 29 de julio de 2023, <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

Dichas creadas por dicha asociación "con el propósito de ofrecer a la comunidad jurídica y empresarial, nacional e internacional, un procedimiento arbitral acorde con las modernas tendencias legislativas y jurisprudenciales, sin dejar de lado la flexibilidad y el valor de la libre autonomía de la voluntad de las partes que caracteriza al arbitraje independiente como medio idóneo para la resolución de controversias". El texto de las reglas, calificadas por la propia asociación como "un instrumento de *soft law*".

La doctrina ha puntualizado acerca de ello lo siguiente⁴:

En términos generales, el soft law, o "derecho blando", está constituido por una serie de normas, principios, declaraciones, acuerdos y leyes modelo que son emitidas por personas u organizaciones no estatales bajo el convencimiento de que su aplicación resulta de utilidad. Las cuales, al no formar parte del ordenamiento jurídico formal carecen de obligatoriedad y fuerza intrínseca.

El problema se plantea cuando en el dinamismo de un contrato en marcha, o cuando haya la necesidad de un cobro expedito, se pretenda la realización de una medida cautelar cuando aún no se haya constituido el tribunal arbitral independiente, lo cual requeriría llamar a la contraparte previamente y ello preavisaría de la intención de realizar una medida cautelar, lo cual evidentemente afectaría su eficacia. Si el arbitraje es independiente, y no hay un reglamento de un centro de arbitraje institucional, se puede utilizar la doctrina *Astivenca*⁵ y pedir cautelar al poder judicial, antes de la constitución del tribunal. Pero si existe un arbitraje institucional con procedimiento para cautelar, pues debe solicitarse la cautelar al árbitro del centro institucional y para eso hay procedimientos en CEDCA y CACC.

Si la cláusula establece un arbitraje independiente con reglas AVA, queda la duda, pues en esas reglas hay procedimiento para Árbitro de Emergencia, aunque no es un arbitraje institucional. En efecto en el artículo 44.2 de dichas reglas se establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros, solicitar a la Autoridad Nominadora para que nombre a un árbitro de emergencia que decidirá de manera motivada sobre las medidas solicitadas, inclusive inaudita parte cuando así lo considere debidamente justificado.

Todo deriva de que la Sala Constitucional en la mencionada sentencia, apoyándose en varios antecedentes internacionales, sentó el criterio conforme al cual los órganos que integran el poder judicial mantienen su competencia para resolver (exclusivamente) sobre la medida cautelar solicitada o para la resolución aun cuando se determine la falta de jurisdicción para el conocimiento del fondo del asunto controvertido en virtud de la existencia de un compromiso arbitral, siempre y cuando no se consagren en las normas o reglamentos del respectivo Centro de Arbitraje al cual se encuentra sometida la controversia. De hecho, ello ha sido ratificado por sentencia de la Sala de Casación Civil.⁶

⁴ Juan Bautista Carrero Marrero, *Reflexiones para la práctica eficaz del arbitraje independiente en Venezuela*, anuario Venezolano de arbitraje nacional e internacional n° 3 - 2022

⁵ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sentencia del 3-11-2010, caso *ASTIVENCA ASTILLEROS DE VENEZUELA, C.A.* publicada en Gaceta Oficial N° 39.561 de 26 de noviembre de 2010 y su referencia a la no renuncia tácita al arbitraje por la solicitud de medida en forma previa al arbitraje.

⁶ Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° RC.000495 de fecha: 08 de mayo de 2016, Caso: Recurso de casación en el juicio por rescisión de contrato de prestación de servicios que sigue *INGISERCA contra PIRELLI DE VENEZUELA*. con acceso en fecha 31 de julio de 2023. Puede ser consultada en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/189838-RC.000495-8816-2016-15-869.HTML>

Es de destacar que en la sentencia Astivenca, la fundamentación de ello viene dado por el análisis que se hace acerca de la operatividad de la "excepción de arbitraje" frente a la jurisdicción ordinaria y, en particular, a su tratamiento jurisprudencial por parte de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en materia de arbitraje, teniendo como parámetro conceptual lo plasmado entre otras, en la sentencia N° 2.571/05.

Adicionalmente, hay un reconocimiento tácito de que, en un mismo procedimiento cautelar, pueden coexistir las pautas procedimentales legales aplicables junto con las pautas reglamentarias del arbitraje, al establecerse que luego de las actuaciones del tribunal judicial, podrá el tribunal arbitral proveer sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla.

Por ello, cuando por diversas circunstancias o contexto, las partes se decidan por un arbitraje independiente, pudiera proponerse se escoja un arbitraje independiente de derecho, delegando desde la cláusula el nombramiento a una autoridad Nominadora del árbitro de conformidad con reglas AVA, y de esa manera las partes no deban nombrar conjuntamente a los árbitros sino delegar su nombramiento a un tercero, evitando los problemas de la constitución del tribunal arbitral por no haber acuerdo en nombramiento del árbitro o árbitros, o no haber acuerdo en el nombramiento de la autoridad Nominadora, debiendo acudir a una Autoridad Designadora para que elija dentro entre una institución académica o un centro de arbitraje con las condiciones propuestas en las reglas, a la Autoridad Nominadora; además, que se acuerde que la cautelar sea sin reglas AVA para cuando deban hacerse previamente (y así ejecutar la medida de una vez con el poder judicial usando la doctrina Astivenca, evitando el tener que constituir el tribunal de emergencia).

Ello viene dado a que si la medida involucra la realización material de algún acto (embargo, secuestro o alguna medida innominada), siempre se va a necesitar la actuación del poder judicial, siendo el trámite previo del nombramiento de un árbitro de emergencia un retardo que puede ser perjudicial. La paradoja es que ante las variables que afectan la fluidez del arbitraje, como la designación del árbitro, posibles incidencias en su nombramiento, del trámite de fijación de honorarios, el procedimiento aplicable a la cautelar y sus incidencias, y la necesidad de que sea inaudita parte, deben las partes, desde la redacción de la cláusula arbitral, ponderar y decidir la mejor forma de llevar el procedimiento ante el tribunal arbitral y la necesaria complementariedad del poder judicial.

1. Del arbitraje a escoger con miras a una eficiente medida cautelar anticipada

1.1. El arbitraje institucional y su árbitro de emergencia, o uno independiente

Si bien el arbitraje es una institución de vieja data en la humanidad para resolver controversias, se plantea que, ante la diversidad de posibilidades procedimentales, y sus diferentes modos de acceso, costos y operatividad, dependiendo del tipo de relación contractual dentro del cual se vaya a enmarcar, debe escogerse la que sea más adecuada entre un arbitraje independiente y uno institucional, entre otros aspectos, a la luz de la mejor materialización de medidas cautelares.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela⁷, se establece en su artículo 258, la promoción del arbitraje y en la Ley de Arbitraje Comercial⁸, se establece que puede ser institucional o independiente. Es arbitraje institucional el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley, o los que fueren creados por otras leyes. Es arbitraje independiente aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje.

Es usual, tal como lo reconoce la sentencia Astivenca, encontrarse con contratos de larga ejecución, por las cuales se entrega una obra o servicio, y en el transcurso del mismo se van generando facturaciones, créditos, financiamientos entre partes, que pueden ser susceptibles de ser tratados en un procedimiento ejecutivo⁹. Como hemos dicho, puede ser una decisión importante si el proceso de cobro ejecutivo se incluye o no dentro del ámbito del arbitraje¹⁰, o se deja para los procedimientos especiales ante el poder judicial¹¹. Al respecto ver interesante sentencia que estableció mientras que las cartulares que constituyeron el objeto de juicio ante la jurisdicción civil ordinaria estuvieron contenidas en el contrato, por lo que al estar causadas las mismas, se debió interponer la controversia en sede arbitral, pero como ambas partes se sometieron voluntariamente a la jurisdicción civil ordinaria, la cláusula anteriormente transcrita quedó tácitamente derogada para resolver controversias ligadas al contrato que vincula a las partes.¹²

⁷ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999

⁸ Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998

⁹ Jose Armando Sosa, *Aplicabilidad del arbitraje y medidas cautelares para cobro de deuda basada en título que apareje ejecución*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1 - Año 2020

¹⁰ Ver por ejemplo caso en Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Caracas, en fecha 16 de febrero de 2012, donde se declaró con lugar la acción que por cobro de bolívares intentara la sociedad mercantil MARCELO & RIVERO C.A., contra la sociedad mercantil DISTRIBUIDORA EL RODEO C.A., condenando a ésta última al pago de las facturas demandadas y sus correspondientes intereses moratorios

¹¹ Ver sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, Caso DISTRIBUIDORA DE MATERIALES PETROLEROS Y PETROQUÍMICOS, C.A. (DIMAPECA), contra la empresa SERVICIOS HALLIBURTON DE VENEZUELA, S.A., de fecha 27 de abril de 2010, en la cual se estableció que en la cláusula se dispuso que "cualquier disputa que surja o esté relacionada con este Acuerdo", lo cual no se verifica en este caso al pretenderse con la demanda simplemente el cobro de unas facturas, que no aparecen vinculadas con el referido contrato.

¹² Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia de fecha 14 de mayo de 2021, Caso DESARROLLOS MERCAYAG, C.A.

Tal como lo reseña, Lilian Cristina Chávez Quintero¹³, la Corte Constitucional en Sentencia T-057 de 1995¹⁴, considera la inaplicabilidad del proceso ejecutivo ante un tribunal de arbitraje basándose en que el título ejecutivo tiene como fin que el Juez decrete y ordene el cumplimiento coactivo.

No obstante, tal como lo relata, Martha Isabel Robles Ustariz¹⁵, a pesar de la posición inicial de la Corte Constitucional, hay dos claros ejemplos de la posibilidad de tramitar un proceso ejecutivo ante un tribunal arbitral, estos son el artículo 87 de la Ley 510 de 1999 y el artículo 78 de la Ley 1676 de 2013. Aquí es importante hacer mención a la sentencia 294/95, la cual, sentó las bases que permiten utilizar el arbitraje para dirimir no solo controversias que tengan trámite declarativo, sino también para demandar el cumplimiento forzado de obligaciones. Sin embargo, en dicho caso C-294, estableció que no existe un procedimiento legal expreso para el trámite del mismo por esta vía, en tanto la normatividad actual del proceso arbitral lo concibe para que a través del mismo se diriman controversias de naturaleza declarativa y no de ejecución forzada.

En caso de escogerse en Venezuela cualquiera de los dos procedimientos de arbitraje institucional (CEDCA o CACC), nos encontraríamos con la existencia, tanto de procedimientos expeditos o abreviados, respectivamente, como de posibles medidas cautelares anticipadas con árbitros de urgencia o emergencia, lo cual ofrece una vía expedita para tratar el caso. En estos casos no sería aplicable la doctrina Astivenca, dado que existe un procedimiento cautelar en el reglamento de arbitraje respectivo.

Ahora bien, para el caso de que por cualquier razón se haya escogido un arbitraje independiente, nos encontraríamos con la problemática de que su inicio depende de la constitución del tribunal, lo cual requiere el concurso de ambas partes, al no existir un procedimiento de urgencia o emergencia.

De esta manera, en la Ley de Arbitraje Comercial¹⁶ se establece que hay una aplicación residual de la misma. En efecto el Artículo 15 establece:

Artículo 15. Cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, las reglas aquí establecidas serán las aplicables. Asimismo, estas reglas podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes.

Es así como las partes pudieran escoger una normativa como las denominadas “Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente” que son distintas a las establecidas en la ley de forma residual.

¹³ Chávez Quintero, Lilian Cristina, *Trámite de un proceso ejecutivo mediante el proceso de arbitraje*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de humanidades y ciencias sociales maestría en derecho empresarial, Santiago de Cali, 2019.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-057 (Eduardo Cifuentes Muñoz 1995).

¹⁵ <https://procesal.uexternado.edu.co/proceso-ejecutivo-y-arbitraje/>

¹⁶ Ley de Arbitraje Comercial (LAC). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 36.430 del 7 de abril de 1998

1.2. El arbitraje independiente en las Reglas AVA y su árbitro de emergencia

Establecen las mencionadas Reglas lo siguiente:

Artículo 21. Ámbito de Aplicación

1. *Las partes podrán acordar, bien en el acuerdo de arbitraje, o por acuerdo separado, o durante el arbitraje, la Autoridad Nominadora de su preferencia;*
2. *En caso de no haber acuerdo previo entre las partes, cualquiera de ellas podrá proponer, en cualquier momento, una institución o persona para que actúe como Autoridad Nominadora.*
3. *Si a los diez (10) días hábiles siguientes a la propuesta mencionada en el punto anterior, las partes no han llegado a un acuerdo sobre la Autoridad Nominadora, cualquiera de ellas podrá solicitar a una de las siguientes instituciones que actúe como Autoridad Designadora de la Autoridad Nominadora:*
 - 3.1. *Una institución de arbitraje con más de 10 años de fundada;*
 - 3.2. *Una institución académica que cumpla con alguna de las siguientes condiciones:*
 - 3.2.1. *Cuente con una cátedra de pregrado o postgrado en estudios Medios Alternos de Solución de Conflictos; o,*
 - 3.2.2. *Se dedique a la investigación y estudio de los Medios Alternos de Solución de Conflictos.*
4. *Cuando por algún motivo la Autoridad Nominadora acordada por las partes rechace, niegue u omita la función solicitada por las partes, cualquiera de las partes podrá solicitar al Consejo Directivo de la AVA que actúe como Autoridad Designadora del sustituto de la Autoridad Nominadora.*

En su Artículo 44 se refiere a las Medidas Cautelares de la siguiente manera:

1. El Tribunal Arbitral podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas, mediante decisión motivada. El Tribunal Arbitral podrá subordinar el decreto de tales medidas, al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, por los daños y perjuicios que estas pudieren ocasionarle.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros, solicitar a la Autoridad Nominadora para que nombre a un árbitro de emergencia que decidirá de manera motivada sobre las medidas solicitadas, inclusive inaudita parte cuando así lo considere debidamente justificado.

Esta figura de la autoridad nominadora es de aplicación internacional como por ejemplo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como Autoridad Nominadora en Arbitrajes CNUDMI u Otros Arbitrajes Ad Hoc, vigente a partir del 1° de enero de 2004 pero reformuladas en 2017 con vigencia desde 2018¹⁷, y asimismo, el nuevo reglamento de Uncitral/2021¹⁸, el cual incluye un procedimiento abreviado o

¹⁷ Reglamento de la CCI como Autoridad Nominadora en Arbitrajes CNUDMI u Otros Arbitrajes Ad Hoc con acceso en fecha 31 de julio de 2023. Puede ser consultada en <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/2018-rules-icc-appointing-authority-uncitral-arbitration-proceedings/>

¹⁸ Reglamento de Arbitraje Acelerado de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) adoptado en 2021.

acelerado en el cual cuando se envía la notificación, se envía con el libelo o demanda y debe darse el nombre del árbitro que se propone, siendo una característica esencial que hay un árbitro único, no usan árbitro colegiado sino un solo árbitro y hay que nombrar una autoridad nominadora. La autoridad nominadora, si las partes no están de acuerdo, será la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya.

Como puede apreciarse, en ordenamientos jurídicos internacionales se prevé la figura como un mecanismo para destrabar el nombramiento del árbitro cuando ello por alguna razón no haya sido posible. Y es que resulta que en los arbitrajes independientes o Ad Hoc, es problemático dicha fase inicial de designación y nombramiento del árbitro, lo cual puede ser originado por una noble y justa causa, pero ciertamente, también puede ser una estrategia de alguna de las partes para retardar el pleno funcionamiento jurisdiccional del tribunal arbitral.

Estando en un arbitraje independiente en Venezuela, esa posibilidad está permitida desde la misma Ley de Arbitraje Comercial que establece que las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero.¹⁹ Como vemos, en las propuestas Reglas AVA, las partes pueden acordar, bien en el acuerdo de arbitraje, o por acuerdo separado, o durante el arbitraje, la Autoridad Nominadora de su preferencia.

La disyuntiva está en decidir, qué es más recomendable para cuando circunstancias de urgencia ameriten la realización de una medida cautelar anticipada en el arbitraje independiente, entre las siguientes opciones graduales:

1. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, sin Reglas AVA, ateniéndose solo a lo establecido en la ley, con la posibilidad de aplicar doctrina Astivenca para el decreto y materialización de la medida cautelar por parte del poder judicial, pero con las complicaciones para la constitución del tribunal, poniendo en riesgo la medida, pues puede revocarse si en un plazo mayor de treinta (30) días continuos no se ha constituido el tribunal arbitral, o que decaiga si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido.
2. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, con Reglas AVA, dejando el momento de acuerdo entre las partes para la designación del árbitro o árbitros, y en caso de no haber acuerdo, establecer una autoridad nominadora, y en caso de no haber acuerdo en ello, solicitar a la autoridad designadora, que elija una autoridad nominadora que a su vez designe al árbitro y sea a este a quien se solicite como Árbitro de Emergencia las medidas cautelares procedentes de acuerdo con la ley.

¹⁹ Artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial N° 36.430 de 7 de abril de 1998.

3. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, con Reglas AVA, y cualesquiera de las partes puedan, antes del nombramiento del árbitro y constitución del tribunal, solicitar conforme con las Reglas AVA a la autoridad Nominadora previamente designada desde la cláusula arbitral, el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para las medidas cautelares procedentes de conformidad con la ley.
4. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, con Reglas AVA, y cualesquiera de las partes puedan, antes del nombramiento del árbitro y constitución del tribunal, solicitar conforme con las Reglas AVA a la autoridad Nominadora previamente designada desde la cláusula arbitral, el nombramiento de un Árbitro de Emergencia para las medidas cautelares procedentes de conformidad con la ley y que establezcan que el Tribunal Arbitral de Urgencia podrá ser designado como Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto.
5. Que las partes procedan a pactar una cláusula de arbitraje independiente, con Reglas AVA, con la designación de la autoridad Nominadora previamente desde la cláusula arbitral, pero excluyendo la materia cautelar al tribunal arbitral de emergencia, con la posibilidad de aplicar doctrina Astivenca para el decreto y materialización de la medida cautelar por parte del poder judicial, sin las complicaciones del nombramiento del tribunal de emergencia. La constitución se deja a la autoridad Nominadora previamente designada, agilizándose dicha instalación.

De conformidad con el artículo 17 de la Ley de Arbitraje Comercial, las partes deberán nombrar conjuntamente a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero. Si no hubiere acuerdo entre las partes en la elección de los árbitros, cada parte elegirá uno y los dos árbitros designados elegirán un tercero, quien será el presidente del tribunal arbitral. Si alguna de las partes estuviere renuente a la designación de su árbitro, o si los dos árbitros no pudieren acordar la designación del tercero, cualquiera de ellas podrá acudir al Juez competente de Primera Instancia con el fin de que designe el árbitro faltante. A falta de acuerdo entre las partes, en el arbitraje con árbitro único, la designación será hecha a petición de una de las partes, por el Juez competente de Primera Instancia. Finalmente, conforme al artículo 19, aceptado el cargo por cada uno de los árbitros, se instalará el tribunal arbitral, entendiéndose que se encuentra entonces constituido.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 17 de las Reglas AVA, una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el Tribunal Arbitral se considerará válidamente constituido, en un trámite que puede ser más sencillo cuando hay autoridad nominadora designada desde la misma cláusula. Además, en el artículo 22 de dichas Reglas, la Autoridad Nominadora tiene facultad de nombramiento del árbitro de emergencia, de conformidad con los artículos 42.6 y 44.2.

El quid del asunto estriba en que de acuerdo con la mencionada sentencia Astivenca de 2010 y su criterio vinculante, tenemos:

(i) Podrán solicitarse medidas cautelares antes de constituirse el panel arbitral, ante los Tribunales ordinarios que resulten competentes en base al objeto de la medida que se pretende, sin que tal actuación pueda considerarse incompatible con el acuerdo de arbitraje o como una renuncia a ese acuerdo. En este supuesto, el peticionante de la providencia cautelar debe acompañar el contrato contentivo de la cláusula o el pacto arbitral, y expresar su única pretensión cautelar; así como indicarle que ya ha iniciado o iniciará los actos tendentes a la constitución del tribunal arbitral.

(ii) El tribunal competente se determinará por las normas atributivas de competencia aplicables, tomando en consideración que en aquellos casos en los cuales cursen ante órganos del Poder Judicial, acciones relativas a la controversia sometida a arbitraje, el tribunal que conozca de los mismos será el competente para la resolución de las medidas cautelares que le sean solicitadas por alguna de las partes conforme al presente fallo, independientemente de la interposición y trámite de los recursos o consultas establecidas en el ordenamiento jurídico adjetivo aplicable, incluso en los supuestos relativos a la falta o regulación de jurisdicción regulados en los artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

(iii) Corresponde a la parte solicitante acreditar los fundamentos para la procedencia de la medida cautelar solicitada; esto es, la satisfacción del peligro en la mora, o la apariencia de buen derecho.

(iv) El tribunal sólo podrá decretar medidas cautelares, previa verificación de la no existencia en las normas o reglamentos del respectivo centro de arbitraje al cual se encuentra sometida la controversia, que prevea el nombramiento de árbitros de emergencia para el otorgamiento de medidas cautelares en los términos expuestos infra, salvo que las partes por acuerdo en contrario excluyan la posibilidad de someterse a árbitros ad hoc para el otorgamiento de tales medidas -vgr. Artículo 1, 1.1 del Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el artículo 35.2 del Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-, así como el cumplimiento de los extremos para la procedencia de las medidas cautelares, lo cual realizará en forma motivada.

(v) Decretada las medidas cautelares, corresponde al solicitante, en un plazo no mayor de treinta (30) días continuos, acreditar que llevó a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Requisito que no será necesario, si ello se ha hecho constar en el mismo escrito de solicitud cautelar.

(vi) Vencido el lapso al cual hace referencia el anterior punto (v), sin que el solicitante haya cumplido con la carga impuesta, el tribunal de oficio revocará la medida cautelar decretada, y condenará en costas al solicitante.

(vii) El solicitante de la medida cautelar que sea revocada conforme al anterior supuesto (vi), es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

(viii) Hasta que se constituya el tribunal arbitral, la incidencia generada por la petición cautelar seguirá su curso de ley; siendo admisibles todos los recursos que asistan a las partes. Una vez constituido el Tribunal Arbitral, deberán remitírsele inmediatamente las actuaciones para que provea sobre la incidencia cautelar, pudiendo revocarla, ampliarla o modificarla.

(ix) Cualquiera que sea el caso, la medida cautelar acordada decaerá automáticamente, si luego de transcurridos noventa (90) días continuos desde su efectiva ejecución, el panel arbitral no se ha constituido.

Si dicho numeral iv) lo concatenamos con la norma propuesta de la Regla AVA para el Arbitraje Independiente referida, tenemos que el artículo 44 expresamente plantea el asunto en estos términos:

Artículo 44. Medidas Cautelares.

1. *El Tribunal Arbitral podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas, mediante decisión motivada. El Tribunal Arbitral podrá subordinar el decreto de tales medidas, al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, por los daños y perjuicios que estas pudieren ocasionarle.*
2. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualquiera de las partes podrá, antes del nombramiento de los árbitros, solicitar a la Autoridad Nominadora para que nombre a un árbitro de emergencia que decidirá de manera motivada sobre las medidas solicitadas, inclusive inaudita parte cuando así lo considere debidamente justificado.*
3. *Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral podrá dictar un Laudo Arbitral contentivo de los acuerdos pactados entre las partes.*
4. *Por acuerdo de las partes, o cuando corresponda a la autoridad Nominadora su designación, el Tribunal Arbitral de Urgencia podrá ser designado como Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto.*

Es interesante el numeral 2 y su concatenación con el numeral 4, pues en base a ello, antes del nombramiento de los árbitros, se puede solicitar a la Autoridad Nominadora que nombre un árbitro de emergencia y si ha sido establecido que ello corresponda a la autoridad Nominadora, el Tribunal Arbitral de Urgencia podrá ser designado como Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto, entendiéndose entonces con ello constituido el tribunal. Hay que percatarse que la norma establece que ello puede suceder o bien cuando hay acuerdo de las partes, o bien, cuando corresponda a la autoridad Nominadora la designación del Tribunal Arbitral, entendiéndose que en este último escenario no hay necesidad de acuerdo de las partes.

De esta manera, somos de la opinión de que así como por acuerdo de las partes pueden excluir la posibilidad de someterse a árbitros *ad hoc* del arbitraje institucional para el otorgamiento de tales medidas, no existiría impedimento alguno para que las partes tramiten su arbitraje independiente de acuerdo con las reglas AVA y complementariamente, conforme al criterio jurisprudencial, también pueden acordar excluir la posibilidad de someterse a árbitros *ad hoc* del arbitraje independiente para el otorgamiento de tales medidas y que, por tanto, a los fines de evitarse trámite de nombramiento por la Autoridad Nominadora del Árbitro de Emergencia (con la consiguiente realización de pasos procedimentales tales como la necesidad solicitar a la autoridad nominadora el nombramiento, de que el árbitro suscriba un documento en el que acepte su nombramiento, confirme su disponibilidad y revele cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, suscripción adicional de una Declaración de Imparcialidad e Independencia, entre otros), entonces se establezca en su lugar, que el tribunal judicial podrá decretar medidas cautelares conforme a doctrina Astivenca, que en definitiva, si se trata de una medida que acarrea alguna actuación material, está reservada su materialización al poder judicial y su coacción, en el marco de la necesaria colaboración entre el arbitraje y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial como partes integrantes del sistema de justicia.

Ello sería perfectamente aplicable conforme a la ley dado lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial en su Artículo 15 según el cual, cuando las partes pueden fijar sus propias reglas de procedimiento para llevar a cabo un arbitraje independiente, concatenado con el artículo 28 según el cual, el tribunal judicial actuante en la cautelar, atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.

2. Las medidas cautelares en procedimientos arbitrales independientes

2.1. Pertinencia de un procedimiento cautelar independiente en sede judicial

La tramitación procedimental de medidas cautelares variará dependiendo del tipo de procedimiento escogido. Ahora bien, a fin de precisamente promover la mayor expansión del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, debemos resolver los escollos que se le presentan usualmente a las partes cuando por motivos logísticos o de costo, han escogido un arbitraje independiente en lugar de uno institucional, y por razones de eficiencia y rapidez, escojan excluir la posibilidad de someterse al procedimiento de que una Autoridad Nominadora del árbitro proceda con dicha incidencia de nombramiento el Árbitro de Emergencia para el otorgamiento de tales medidas.

Si se aplicase el criterio de la sentencia Astivenca, se podría tener lo mejor de los dos mundos al acogerse a las normas de procedimiento de las Reglas AVA para el procedimiento independiente, pero para la cautela, que se excluya dicha posibilidad del árbitro de emergencia, acudiendo directamente al tribunal judicial, que siempre ha de participar cuando deba materializarse una medida, dado que es el Poder Judicial el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia²⁰.

Tal como ha sido aseverado por algunos autores²¹, la falta de regulación especial en materia de medidas cautelares, ha hecho que en los reglamentos de los centros de arbitraje institucional se establezcan algunas normas al respecto. Allí el autor nos recuerda que "Por ejemplo, si bien se regula la oposición a la cautelar en los reglamentos de centros institucionales, no habría incidencia derivada de la eficacia o suficiencia de la garantía, aunque los árbitros pudieran modificar su cuantificación de forma prudente y motivada de acuerdo a lo que informen las partes."

En efecto, dada la informalidad como principio de procedimientos arbitrales, en dichas normativas incluyen, sin mayor formalidad ni precisión de lapsos, pautas para la constitución de un tribunal de urgencia o emergencia para la cautela, para los gastos

²⁰ Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, 192/2008

²¹ Jose Armando Sosa, *Aplicabilidad del arbitraje y medidas cautelares para cobro de deuda basada en título que apareje ejecución*, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1 - Año 2020

iniciales a tal fin, menciones acerca de la motivación de la cautela y posible constitución de garantía para su decreto, incidencias de suspensión por ofrecer caucionamiento, así como trámites de oposición que pueden desembocar en la revocación, suspensión o confirmación de la cautelar.²²

Por la prohibición de incidencias adicionales a las que expresamente estén pautadas, como la de oposición, no se hace referencia a articulación probatoria alguna, aunque los árbitros deberán fijar cómo lo harán. No hay un régimen de control de la caución por razones de suficiencia o eficacia. Tampoco se hace mención a recursos en contra de la decisión que se genere en dicha incidencia de oposición, atendiendo al principio de una sola instancia en sede arbitral. Lo que es interesante en ambos reglamentos, es que los terceros o cualquier persona que resulte afectada por la medida, podrá hacer oposición, aunque no sean partes del contrato con la cláusula arbitral.

El problema que surge es que el poder judicial, muchas veces en exceso, se pronuncia acerca de la ausencia de formalidades en el proceso arbitral que precisamente se basa en la flexibilidad de las formas, como motivo para atacar e incluso anular los laudos cautelares. Tenemos como ejemplo el caso de en el cual se introdujo un amparo constitucional contra el laudo arbitral de urgencia²³, motivado principalmente en que no había un trámite de oposición a la cautelar (a pesar de que el árbitro de urgencia lo previó y además efectivamente fue ejercida) y allí se decidió en fecha 4 de mayo de 2021 por el Juzgado Superior correspondiente, lo siguiente:

(...)

CUARTO: Se exhorta a la ASOCIACI[Ó]N CIVIL CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACION Y ARBITRAJE (CEDCA) a la actualización, ampliación, modificación, creación o cualquiera otra acción destinada a reglar y ampliar las normas que regulen lo relativo a la materia cautelar y actuaciones del [t]ribunal de [u]rgencia dentro del marco de protección de garantías constitucionales en los procesos allí llevados.

QUINTO: NULO el procedimiento cautelar de urgencia y NULAS las decisiones contenidas en el laudo arbitral cautelar de fecha 18 de diciembre de 2020 y su corrección en fecha 18 de enero de 2021, dictadas por el ciudadano -----, en su carácter de [Á]RBITRO DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE URGENCIA en el marco del arbitraje institucional administrado por el CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE – CEDCA.”. (Corchetes de la Sala).

Ello fue conocido en apelación por el Tribunal Supremo de Justicia y se decidió lo siguiente²⁴:

²² Ver artículo 38 Reglamento de Conciliación y Arbitraje 2020 del CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA. También el Reglamento de REGLAMENTO GENERAL DE CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS en <https://arbitrajecce.org/>

²³ Laudo cautelar de urgencia en fecha 18 de diciembre de 2020 y corregido el 18 de enero de 2021, CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA, Caso *CARROFERTA MEDIA GROUP C.A.*

²⁴ Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de fecha 01 de noviembre de 2022, Caso *CARROFERTA MEDIA GROUP, C.A.*, acceso el 31 de julio de 2023. Puede ser consultada en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/320484-0882-11122-2022-21-0217.HTML>

(...)

REVOCA oficiosamente el dispositivo cuarto expresado en la parte resolutive de la sentencia dictada en este caso, en fecha 4 de mayo de 2021, por el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

CONFIRMA en los términos expresados en la presente decisión, el resto de la sentencia dictada por el a quo constitucional, por lo que se declara: CON LUGAR la acción de amparo constitucional, incoada por la sociedad mercantil CARROFERTA MEDIA GROUP C.A. y el ciudadano EDUARDO ENRIQUE MULLER ARTEAGA, contra el TRIBUNAL ARBITRAL DE URGENCIA y el CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (CEDCA), todos plenamente identificados en el texto del presente fallo; NULO el procedimiento cautelar de urgencia y NULAS las decisiones contenidas en el laudo arbitral cautelar de fecha 18 de diciembre de 2020 y su corrección en fecha 18 de enero de 2021, dictadas por el ciudadano CARMINE PASCUZZO, en su carácter de árbitro del tribunal arbitral de urgencia en el marco del arbitraje institucional administrado por el mencionado centro de arbitraje.

Como se puede evidenciar, si bien el máximo tribunal revoca la exhortación al centro institucional de arbitraje a la actualización, ampliación, modificación, creación o cualquiera otra acción destinada a reglar y ampliar las normas que regulen lo relativo a la materia cautelar, lo cual hace fundamentado en que se consideraría como una indebida afectación al principio de autonomía de voluntad de las partes que en definitiva pliega a toda la actividad arbitral el que se haya realizado esa exhortación por el juez del amparo, y por tanto, en resguardo al principio de autonomía de voluntad de las partes como expresión del derecho constitucional al desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 20 de la Constitución, revoca oficiosamente el dispositivo cuarto expresado²⁵; sin embargo, declara nulo el procedimiento cautelar de urgencia y nulas las decisiones contenidas en el laudo arbitral cautelar.

Es importante establecer también que, además de la oposición a la cautelar, se discute en la jurisprudencia la posibilidad de interponer una solicitud de amparo constitucional, en lugar de recurrir en nulidad contra el laudo cautelar, conforme al artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, por considerar que dicha norma hace referencia solo al laudo definitivo²⁶. Consideraciones aparte existirían sobre si puede entablarse un procedimiento de ejecución de hipoteca o incluso de vía ejecutiva por intermedio de un arbitraje²⁷, así como el tipo de recurso cuando se decreta un embargo si se tramitase por el arbitraje un procedimiento de vía ejecutiva, pues la medida no sería cautelar sino ejecutiva.²⁸

²⁵ En el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA 2020, ya existe la previsión de un posible recurso de oposición a la cautelar en el artículo 38.5.

²⁶ Ver Caso *Consortio Barr, S.A.*, en sentencia del Tribunal Superior Cuarto Civil Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 18-6-2010

²⁷ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia del 20 de junio del 2007, Caso *DISTRIBUIDORA PUNTO FUERTE D.P.F. C.A.*, en el cual se declaró sin lugar un amparo en el cual se denunciaba que esos procedimientos solo pueden ser conocidos por el poder judicial.

²⁸ Sala de Casación Civil, Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 000043 del 01/03/2023 que ratifica criterio referido al procedimiento de la vía ejecutiva. El medio de impugnación del embargo es la apelación y no la oposición, pues esta última acción resulta procedente solo para los terceros. Puede consultarse en:

<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/322969-000043-1323-2023-22-166.HTML>

2.2. Recomendación procedimental para una cautelar en sede judicial con proceso llevado en un arbitraje independiente

Al final, estando en un arbitraje independiente, la balanza estará entre el ahorro de tiempo y trámite del decreto y práctica de la medida cautelar por el poder judicial por la puesta en uso del criterio Astivenca, por un lado, con la aplicación por dicha misma razón, de todos los tramites e incidencias procesales existentes en el sistema normativo del Código de Procedimiento Civil y sus formalidades hasta que se constituya el tribunal arbitral, como lo plantea el numeral viii de la sentencia Astivenca.

En cuanto al procedimiento, siempre se ha discutido si en la tramitación de las medidas cautelares en un arbitraje, se deben aplicar todas las incidencias cautelares, toda vez que, de conformidad con la Ley de Arbitraje Comercial, y en acatamiento a los principios de actuación en este procedimiento, en el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias²⁹. Los árbitros deberán resolver sobre impedimentos y recusaciones, tacha de testigos y objeciones a dictámenes periciales y cualquier otra cuestión de naturaleza semejante que pueda llegar a presentarse.

Este aparente dilema se decanta por la tramitación del recurso que debe darse a quien se considere afectado por la medida, pero que deberá ser resuelto en el Laudo Arbitral. Al respecto, se ha pronunciado la doctrina de la siguiente manera:

Indiscutiblemente, la oposición contra el proveimiento cautelar deberá ser ejercida y resuelta en sede arbitral y nunca ante el tribunal judicial encargado de su ejecución, cuya competencia se limitará exclusivamente al estricto cumplimiento de la solicitud de auxilio recibida, salvo nuevo decreto del tribunal arbitral solicitante del auxilio judicial, y no podrá ser diferido con el pretexto de consultar a aquel sobre la inteligencia de su solicitud de auxilio judicial, por aplicación extensiva de los artículos 237 y 238 del Código de Procedimiento Civil.³⁰

Adicionalmente, estando en un arbitraje independiente, la balanza estará también entre la confidencialidad y no publicidad de una tramitación de medida cautelar por intermedio de un árbitro de emergencia, por un lado, y por el otro, la muy posible divulgación de la intención de la medida cautelar si se tramita ante un tribunal del poder judicial lo cual evidentemente es público. Ello se exacerba al deberse proceder a una previa distribución entre tribunales, lo cual aumenta la cantidad de personas que pueden enterarse de la solicitud y además, estarse aplicando en Venezuela actualmente una instrucción no escrita por la cual las medidas cautelares, cualquiera que ellas sean, deban ser "autorizadas" por el juez rector de la circunscripción judicial, previa notificación a la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual puede conllevar el transcurso de 15 días aproximadamente.

²⁹ Ley de Arbitraje Comercial del 25 de marzo de 1998 (Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998), artículo 27.

³⁰ Luis Rodolfo Herrera G, *Algunas implicaciones del trámite cautelar a partir de la Ley de Arbitraje Comercial* Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e internacional N° 1 - 2020

Este escollo puede que no tenga mayor incidencia en el desarrollo del proceso (siendo que no se puede evitar), pero lo que representaría mayor riesgo es que la medida cautelar tramitada conforme a un reglamento de arbitraje institucional o en base a Reglas AVA, pueda ser anulada entre otras cosas, por no existir un mecanismo recursivo plenamente desarrollado. La paradoja estará en que, aunque se decida resolver las controversias con un arbitraje independiente acogiendo plenamente el sistema de nominación del árbitro de emergencia, y que sea este quien decrete y ordene al tribunal judicial la práctica de la medida, la misma deberá tramitarse ante el poder judicial que siempre deberá hacer la materialización de la medida.

Es así como insistimos y proponemos la opción 5 antes descrita, para que la solución ahora sea que por acuerdo de las partes tramiten el arbitraje independiente de acuerdo con las reglas AVA, con la ventaja de una Autoridad Nominadora designada desde la cláusula arbitral, pero excluyendo el someterse a árbitros *ad hoc* del arbitraje independiente para el otorgamiento de tales medidas y que, se establezca que el tribunal judicial podrá directamente decretar medidas cautelares conforme a doctrina Astivenca, inclusive para cobros ejecutivos. Dentro del lapso previsto, proceder a la constitución del tribunal arbitral para el fondo del asunto, lo cual será más ágil con la Autoridad Nominadora previamente escogida.

Siendo una materia no regulada suficientemente, rogamos porque la interpretación y accionar del árbitro que se designe sea progresiva y extensiva en el sentido de favorecer una solución efectiva de la controversia, atendiendo al espíritu de las partes tanto principales como los directa o indirectamente vinculados (sobre todo cuando hay un conocimiento implícito de la existencia del arbitraje en la contratación), y atendiendo a la necesaria eficacia del procedimiento.³¹

BIBLIOGRAFÍA

- Guía Para la Conducción de Casos a través de Medios Electrónicos, acceso el 29 de julio de 2023, <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2023/03/Guia-de-Medios-Electronicos.-CEDCA-Marzo-2022.pdf>
- Hernando Díaz-Candía, Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica, Arbitraje, vol. VIII, n° 2, 2015, pp. 413–442
- Jose Armando Sosa, Aplicabilidad del arbitraje y medidas cautelares para cobro de deuda basada en título que apareje ejecución, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1 - Año 2020

³¹ En el mismo sentido, Hernando Díaz-Candía, en su obra *Tendencias actuales del arbitraje en Latinoamérica*, Arbitraje, vol. VIII, n° 2, 2015, pp. 413–442, al referirse al tema específico de las Partes no signatarias y terceros intervinientes

Juan Bautista Carrero Marrero, Reflexiones para la práctica eficaz del arbitraje independiente en Venezuela, anuario venezolano de arbitraje nacional e internacional n° 3 – 2022

Lilian Cristina Chávez Quintero, Trámite de un proceso ejecutivo mediante el proceso de arbitraje. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de humanidades y ciencias sociales maestría en derecho empresarial, Santiago de Cali, 2019

Luis Rodolfo Herrera G, *Algunas implicaciones del trámite cautelar a partir de la Ley de Arbitraje Comercial* Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e internacional N° 1 - 2020

Reglamento de Conciliación y Arbitraje 2020 del CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE CEDCA.

Reglamento de REGLAMENTO GENERAL DE CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS en <https://arbitrajeccc.org/>

Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos, acceso el 29 de julio de 2023, <https://arbitrajeccc.org/normativa/reglamento-procedimientos-on-line/>

Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje Sobre el Arbitraje Independiente, acceso el 29 de julio de 2023, <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

Sentencias y Laudos citados

Competencias de arbitraje: Importancia en la adquisición de habilidades profesionales

Edgar Berroterán*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 211-220

Resumen: Este artículo pretende poner en relieve la importancia que tienen las competencias universitarias de arbitraje, también conocidas como "moot" o "moot court", en la formación profesional de los futuros abogados, sin acometer una revisión desde la perspectiva pedagógica de la técnica de enseñanza, la investigación hace énfasis en plantear como estas competencias promueven en los estudiantes las habilidades que son requeridas por los abogados en materia de medios alternativos de resolución de conflictos, sea como partes en un proceso o como árbitro o mediador.

Palabras clave: competencia de arbitraje, moot, enseñanza jurídica.

Arbitration moots: Importance in the acquisition of professional skills

Abstract: *This article aims to highlight the importance of university arbitration skills, also known as "moot" or "moot court", in the professional training of future lawyers, without undertaking a review from the pedagogical perspective of the teaching technique, the research emphasizes how these competencies promote in students the skills that are required by lawyers in the field of alternative methods of dispute resolution, either as parties in a proceeding or as an arbitrator or mediator.*

Keywords: *Arbitration competition, MOOT, legal education.*

Recibido: 27/10/2023

Aprobado: 14/12/2023

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Master en Derecho de la Empresa, Universidad de Alcalá (España). Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Competencias de arbitraje: Importancia en la adquisición de habilidades profesionales

Edgar Berroterán*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 211-220

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Acerca de las competencias de arbitraje y mediación. 2. Habilidades y destrezas que pueden ser adquiridas en las competencias de estudiantes de derecho. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

Las competencias estudiantiles a todos los niveles educativos tanto a nivel nacional como internacional no son nuevas, se han empleado como fórmulas para la comprensión y tratamiento de distintas disciplinas o áreas particulares de alguna asignatura, la cual mediante el ejercicio práctico puede ser comprendido a cabalidad por los estudiantes, además de permitir lo que se conoce como el significado de la educación, es decir, lograr que los estudiantes valoren la importancia que tiene un determinado aspecto de su formación, toda vez que se describe cuál será la utilidad que tendrá en su ejercicio profesional o en su vida a posteriori.

En el estudio de los medios alternativos de conflictos, las competencias estudiantiles de arbitraje emplean tradicionales técnicas pedagógicas como el aprendizaje basado en casos o el aprendizaje basado en problemas, las cuales han permitido a los participantes un acercamiento directo no solo a la materia sustantiva ventilada en el caso o problema que sirve de insumo a la competencia, sino muy especialmente para comprender el proceso de arbitraje y la mediación, el contenido de estas figuras jurídicas, su ámbito de aplicación y los actores principales de estos procedimientos, con el propósito de procurar un acercamiento significativo de los estudiantes de las escuelas y facultades de derecho a lo que podría ser su ejercicio profesional.

Este artículo pretende poner en relieve la importancia que tiene este tipo de competencias en la formación profesional de los futuros abogados, sin acometer una revisión desde la perspectiva pedagógica de la técnica de enseñanza, haciendo el énfasis en plantear como estas competencias promueven en los estudiantes las habilidades que son requeridas por los abogados que se dedican al arbitraje y la mediación, bien sea como partes en un proceso o como árbitro o mediador.

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Master en Derecho de la Empresa, Universidad de Alcalá (España). Miembro fundador de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

1. Acerca de las competencias de arbitraje

Las competencias en las escuelas o facultades de derecho, también conocidas como “*moot*” o “*moot court*”, se caracterizan principalmente por ser actividades extra-curriculares, en las que se conjugan diferentes herramientas didácticas y pedagógicas para la comprensión integral de los conceptos y procedimientos jurídicos.

Una definición de “*Moot court*”, lo describe, como una actividad extracurricular en muchas universidades, en la cual los participantes toman parte en la simulación de un caso, utilizando los procedimientos de las cortes con memoriales y argumentación oral. “*Moot*”, en el contexto de la enseñanza legal, significa ficticio.¹

Según Boboc y Vicente², anotan como antecedente de estas competencias, la introducción a finales del siglo XVI de la simulación de juicios y procedimientos arbitrales en la enseñanza del Derecho en la práctica de las asociaciones profesionales de *barristers* y *solicitors* en Gran Bretaña llamadas *Inns of Court* e *Inns of Chancery*, y que a finales del siglo XVIII se incorporó como práctica en el marco de la educación jurídica formal en los Estados Unidos, dando lugar a una asentada tradición de *moot practice*.

En la actualidad, dentro de las competencias que se conocen, entre las más aclamadas y antiguas, se encuentra la *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition* que se celebra en Washington y es organizada por la Asociación Internacional de Estudiantes de Derecho (ILSA), y se trata de una simulación de un supuesto ante la Corte Internacional de Justicia en un caso de Derecho Internacional Público, y cuenta cada año con la participación de más de un centenar de universidades de todo el mundo.

El *Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition* es un concurso de defensa para estudiantes de derecho. Los equipos de estudiantes de derecho compiten entre sí a través de la presentación de alegatos orales y escritos para abordar cuestiones oportunas de derecho internacional público en el contexto de una hipotética disputa legal entre naciones. El *Compromis* es el trampolín para la Competencia Jessup. Escrito por destacados estudiosos del derecho internacional, el *Compromis* es una compilación de hechos acordados sobre la disputa que se somete a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Después de que se publica el *Compromis*, los estudiantes comienzan a investigar y preparar argumentos para ambos lados de la disputa, redactando y editando alegatos escritos, llamados “memoriales”, y practicando presentaciones orales. Cada equipo prepara dos memoriales escritos y dos presentaciones orales de 45 minutos, una para cada parte en la controversia (el “Solicitante” y el “Demandado”). Los equipos argumentan alternativamente como Demandante y Demandado contra equipos competidores ante un panel de jueces, simulando un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia.³

¹ Consolo, Analía. (2015). “Editorial: Arbitraje Comercial”. *Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 13, pág. 4. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49946/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1

² Boboc, Silvia Madalina y Vicente, Ciara. (2020). “El desarrollo de las competencias orales en el Grado en Derecho a través de la participación en competiciones de arbitraje (*moot courts*)”. *Revista de educación y derecho = Education and law review*, núm. 21, pág. 2. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7388660.pdf>

³ Según el sitio oficial el “Jessup es la competencia de tribunales simulados más grande del mundo, con participantes de aproximadamente 700 escuelas de derecho en 100 países y jurisdicciones. El Concurso es una simulación de una disputa

También se cita como de alto prestigio la *The Willem Cornelis Vis International Commercial Arbitration Moot*, que tiene como centro el estudio de un caso de Arbitraje Internacional de Derecho Mercantil general, y que desde hace tiempo cuenta con la participación en Viena de más de 250 universidades del mundo. El propósito de la *Vis Moot* es fomentar el estudio del derecho comercial internacional y el arbitraje, a la vez de proporcionar una formación práctica a los estudiantes para resolver disputas comerciales internacionales. La herramienta clínica seleccionada para capacitar a los estudiantes de derecho en esta competencia es el arbitraje, ya que se ha reconocido que existe una marcada preferencia de la comunidad empresarial por resolver disputas comerciales internacionales a través de este método de resolución de controversias⁴. En cuanto al procedimiento de la competencia, existen

dos fases cruciales en el *Vis Moot* para entrenar habilidades de defensa: la redacción de memorandos para demandantes y demandados y la presentación de argumentos en audiencias orales celebradas ante profesionales del arbitraje y académicos. Los ejercicios forenses y escritos requieren determinar cuestiones contractuales, dimanantes de una transacción relacionada con la venta o compra de mercaderías en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y otras leyes comerciales internacionales uniformes. La disputa se resuelve en el contexto de un arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje especificadas. En los emparejamientos de equipos para cada ronda general, se hace todo lo posible para que las escuelas de derecho civil argumenten en contra de las escuelas de derecho consuetudinario, para que cada uno pueda aprender de los enfoques adoptados por personas capacitadas en otra cultura legal. Del mismo modo, los equipos de árbitros que juzgan cada ronda provienen tanto del derecho consuetudinario como del derecho civil.⁵

A nivel local, en Venezuela desde hace algunos años se ha puesto en marcha la competencia denominada "Simulación Internacional de Mediación y Arbitraje" conocida como SIDMA, del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje - CEDCA, el cual es un centro independiente, vinculado a la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham). Conforme al sitio oficial de la competencia para el año 2023, SIDMA tiene como finalidad fomentar el conocimiento, investigación y práctica sobre la negociación, la mediación y el arbitraje en los estudiantes de Derecho o carreras afines,

ficticia entre países ante la Corte Internacional de Justicia, el órgano judicial de las Naciones Unidas. Se permite la participación de un equipo de cada escuela elegible. Los equipos preparan alegatos orales y escritos argumentando las posiciones del solicitante y del demandado del caso." <https://www.ilsa.org/about-jessup/>

⁴ Esta competencia lleva el nombre Willem Cornelis Vis reconocido mundialmente como experto en transacciones comerciales internacionales y procedimientos de solución de diferencias, y falleció en 1993. "El profesor Vis comenzó a trabajar para la cooperación europea en 1957 como miembro de la Secretaría del Consejo de Europa, en sus direcciones de derechos humanos y asuntos jurídicos, y más tarde, en 1965, se convirtió en Secretario General Adjunto del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en Roma. En 1968 se trasladó a la Secretaría de las Naciones Unidas en Nueva York, donde se convirtió en Oficial Jurídico Superior, luego Jefe de la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas y Secretario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Se desempeñó como Secretario Ejecutivo de la Conferencia Diplomática de Viena que creó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Ayudó a elaborar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI." <https://www.vismoot.org/about-the-moot/willem-cornelis-vis/>

⁵ <https://www.vismoot.org/about-the-moot/>

en la búsqueda de crear y desarrollar habilidades para la resolución de conflictos en diferentes áreas, pero principalmente la comercial; y cuenta con el apoyo de prestigiosas organizaciones e instituciones académicas y profesionales.

En cada edición de SIDMA se determinará el área en donde se desarrollará el conflicto y el mecanismo mediante el cual se simulará resolver el mismo. Temas ambientales, marítimos, deportivos y tecnológicos son solo alguna de las áreas de interés sobre las cuales puede versar el caso de la competencia, el cual puede ser resuelto en mediación o en arbitraje, incluso haciendo un uso escalonado de los mecanismos.⁶

Otro de estos eventos académicos que se organizan a nivel local, es la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial que se celebra anualmente por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) con objetivo similar, como lo es el promover el uso del arbitraje comercial como método para la resolución de conflictos, aunado a la búsqueda del desarrollo de experiencia, destrezas y habilidades para elaborar y defender argumentos por parte de los participantes de este programa educativo.

En la actualidad las competencias de arbitraje son reconocidas en todo el mundo, permitiendo la expansión de los estudios de los medios alternativos de resolución de conflictos a la vez que procuran la formación integral de los participantes, quienes son acompañados por tutores académicos, en la mayoría de los casos son profesionales destacados en resolución de conflictos en el ejercicio profesional, con lo cual le permite a los estudiantes una interacción cercana con las actividades que podrá ejercer una vez haya egresado de la escuela de derecho.

2. Habilidades y destrezas que pueden ser adquiridas en las competencias de estudiantes de derecho

Boboc y Vicente⁷ plantean que la participación de los estudiantes universitarios en competencias de arbitraje resulta ser una herramienta didáctica idónea para desarrollar, o al menos mejorar, su capacidad de comunicación oral, enfatizando que el profesional del Derecho debe mostrar un perfil competencial marcado por la adquisición tanto de unas aptitudes de superación permanente, aprendizaje continuo y flexibilidad, como también de unas habilidades o destrezas como la oratoria, la autoridad, la capacidad directiva y negociadora, la planificación y convicción jurídica.

Adicionalmente, Consolo⁸ describe que la práctica educativa mediante este aprendizaje, resulta ser estimulante para los estudiantes, al tiempo que les permite aplicar lo estudiado en las distintas materias de la carrera, para la resolución del caso de ficción que se les plantea.

⁶ <https://experienciasidma.com/inicio/la-competencia/>

⁷ Silvia Madalina Boboc y Ciara Vicente. (2020). "El desarrollo de las competencias...", *ob. cit.*, pág. 3.

⁸ Analía Consolo. (2015). "Editorial: Arbitraje..." *ob. cit.*, pág. 4.

Las competencias permiten atender habilidades y destrezas en los estudiantes de Derecho que la enseñanza magistral tradicional no desarrolla, puesto que en las sesiones magistrales el profesor o magistrado dicta la clase y los estudiantes solo se limitan a escuchar y hacer algunas anotaciones, la cual se conoce como educación bancaria, dado que hay un depósito de conocimiento del profesor o maestro al estudiante, en la cual se privilegia el saber de ese profesor como dictador de clases y del estudiante se limita a presentar exámenes y trabajos más o menos reconstructivos, lo cual produce un conocimiento "nocional", el cual es descrito por Acebedo Afanador como aquel que

produce profesionales caracterizados por cierta forma de analfabetismo relativo a su profesión. Manejan nociones básicas o saberes puramente instrumentales, pero sin profundidad teórica y con muy baja capacidad crítica y creativa, además de su desentendimiento por los fundamentos epistemológicos de su profesión, con un palmario desconocimiento de las manifestaciones de la cultura, de las humanidades y de las artes, esto descontando todos los problemas de lectura y escritura con que egresa un universitario hoy en día, a más de una baja capacidad de aprender, desaprender y reaprender de manera autónoma.⁹

Por el contrario las competencias universitarias emplean estrategias didácticas y pedagógicas que colocan como centro al estudiante, es decir, el estudiante deberá de forma individual y en equipo, ubicar la información sobre el problema planteado en la organización y las bases de la *moot*, para luego analizar y presentar tanto en escrito como de manera oral sus proposiciones, sea como demandante o como demandado.

Se reconoce que estas competencias brindan una oportunidad idónea para la adquisición de una combinación de conocimientos, habilidades, actitudes y responsabilidades que describen los resultados del proceso de enseñanza-aprendizaje que implican su uso integrado; y adicionalmente, desarrollan la capacidad de análisis y síntesis, la capacidad de organización y planificación, las habilidades en las relaciones interpersonales, la resolución de problemas y el trabajo en un contexto que en la mayoría de los casos es internacional.¹⁰

En cuanto a las destrezas y habilidades específicas que se derivan del empleo del procedimiento de arbitraje para la solución de una controversia en el ámbito de la materia comercial, Boboc destaca las siguientes:

- a) la capacidad de negociación y conciliación como técnicas de resolución de conflictos,
- b) la capacidad para analizar las instituciones jurídico-mercantiles y su aplicación a los problemas del tráfico jurídico actual,

⁹ Acebedo Afanador, Manuel José. (2016). "La evaluación del aprendizaje en la perspectiva de las competencias". *Revista TEMAS*, vol. 3, núm. 11, pág. 206. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6178292.pdf>

¹⁰ Boboc, Silvia Madalina. (2018). La participación de los estudiantes del grado en Derecho en la competición internacional de arbitraje y Derecho Mercantil como herramienta para la adquisición de competencias propias de la titulación. *Docencia y Derecho*, núm. 12, pág. 3. http://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/reduca/article/viewFile/148/pdf_27

- c) la capacidad para comprender la estructura y fundamentos del derecho y su aplicación a las relaciones comerciales internacionales,
- d) la capacidad para usar las tecnologías de la información y la comunicación para la obtención de la información jurídica (bases de datos de legislación, jurisprudencia y bibliografía) y para el manejo de fuentes jurídicas (legales, jurisprudenciales y doctrinales),
- e) la adquisición de una conciencia crítica en el análisis del ordenamiento jurídico y desarrollo de la dialéctica jurídica,
- f) la capacidad de leer e interpretar textos jurídicos, la capacidad de redactar escritos jurídicos,
- g) el desarrollo de la capacidad de trabajar en equipo,
- h) el desarrollo de la oratoria jurídica y de la capacidad de expresarse apropiadamente ante un auditorio.¹¹

Afirma Boboc¹² que la participación de los estudiantes de Derecho en competencias de arbitraje resulta un instrumento con el que se pretende mejorar una serie de competencias exigibles a los futuros egresados y requeridas para el desempeño del ejercicio profesional, aunque en la mayoría de los casos se trata de actividades extracurriculares, cada vez más se procura la participación de un número mayor de interesados.

Consolo¹³ enlista los beneficios que tienen estas competencias en la enseñanza práctica en los estudios jurídicos de grado, destacando las siguientes:

- a) el afianzar y confirmar los conocimientos adquiridos en las clases teóricas;
- b) se pueden tratar detalles y aspectos concretos que el estudiante encontrará en su vida profesional;
- c) el estudiante adquiere destreza en las técnicas jurisprudenciales y se familiariza con el manejo de la legislación, jurisprudencia e instrumentos que va a utilizar durante su vida profesional;
- d) se favorece el trabajo en equipo, las relaciones interpersonales y el espíritu crítico del estudiantes; y
- e) se desarrolla la motivación de aprender y se fomenta entre otras cosas la comunicación oral y escrita.

¹¹ *Ibidem*, pág. 4.

¹² *Ídem*.

¹³ Analía Consolo. (2015). "Editorial: Arbitraje... *ob. cit.*", pág. 10.

El arbitraje se presenta como herramienta idónea para la adquisición de estas destrezas y habilidades, puesto que la conciliación requiere de estrategias tanto de conocimiento como negociales persuasivas para lograr el cometido, es decir, la solución del problema, el cual en la actualidad puede tratar de una controversia en materia de derecho mercantil en general, o áreas específicas como el derecho de la propiedad intelectual, y el derecho deportivo.

Así los saberes de materias, como derecho comercial, derecho procesal civil, derecho internacional privado, como todo el plexo normativo surgente de los Organismos Internacionales, o de Convenciones Internacionales, tales como Uncitral, Unidroit, Convención de Nueva York, resultan básicos para el desarrollo de la temática y la resolución de los diversos casos. Lo interesante es que les permite trabajar a los estudiantes participantes con los conceptos recibidos en años de estudio utilizándolos en forma dinámica y no como contenidos estancos, haciendo que el proceso educativo se dinamice y revitalice.¹⁴

Las *moot* procuran incluso la formación en áreas que escapan de los programas de estudios tradicionales de las escuelas y facultades de derecho, y como ejemplo se puede citar la *Sport Arbitration Moot – SAM*¹⁵ cuya primera edición tuvo lugar en 2022, y cuenta con la participación como socios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Neuchâtel (socio académico), la Academia Suiza de Arbitraje, y la Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol – FIFA, y busca la preparación de estudiantes en el conocimiento del arbitraje deportivo, ya que los organizadores colocan a disposición de los participantes inscritos el *SAM Camp*, el cual es un curso intensivo de cinco días sobre arbitraje deportivo, los *Mooties* inscritos en este campamento reciben una introducción al arbitraje deportivo y habilidades de defensa, lo que les permitirá prepararse mejor para el *moot* que tendrá lugar unos meses más tarde.

En definitiva, las competencias de arbitraje son un “ganar-ganar”, no solo se trata de preparar un demanda o defensa en un caso práctico ficticio dado por los organizadores de la *moot*, en ese proceso se desarrollan y ponen en práctica una cantidad de destrezas y habilidades comunicativas y de investigación que le serán provechosas para el futuro ejercicio profesional.

CONCLUSIONES

“Aprender haciendo” podrían ser las palabras que describen a las competencias universitarias de arbitraje, las cuales conjugan el empleo de técnicas didácticas y pedagógicas de aprendizaje por casos o problemas, con el contenido tanto sustantivo y adjetivo de los estudios de derecho. En la actualidad existe una amplia oferta de las *moot* a nivel nacional e internacional, estando presente en todas, el propósito de incentivar el estudio del derecho y un conjunto de destrezas y habilidades que le serán de utilidad en la vida profesional de los participantes.

¹⁴ Analía Consolo. (2015). "Editorial: Arbitraje... ob. cit., pág. 5.

¹⁵ <https://www.sportsarbitrationmoot.com/who>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acebedo Afanador, Manuel José. (2016). "La evaluación del aprendizaje en la perspectiva de las competencias". *Revista TEMAS*, vol. 3, núm.11, págs. 203 – 226. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6178292.pdf>
- Boboc, Silvia Madalina. (2018). "La participación de los estudiantes del grado en Derecho en la competición internacional de arbitraje y Derecho Mercantil como herramienta para la adquisición de competencias propias de la titulación". *Docencia y Derecho*, núm. 12, págs. 1-14. http://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/reduca/article/viewFile/148/pdf_27
- Boboc, Silvia Madalina., y Vicente, Ciara. (2020). "El desarrollo de las competencias orales en el Grado en Derecho a través de la participación en competiciones de arbitraje (*moot courts*)". *Revista de educación y derecho = Education and law review*, núm. 21, págs. 1-21. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7388660.pdf>
- Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – CEDCA. (2023). *Simulación Internacional de Mediación y Arbitraje – SIDMA*. <https://experienciasidma.com/>
- Consolo, Analía. (2015). "Editorial: Arbitraje Comercial". *Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 13, págs. 3-12. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49946/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1
- Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition*. <https://www.ilsa.org/about-jessup/>
- Sport Arbitration Moot*. <https://www.sportsarbitrationmoot.com>
- The Willem Cornelis Vis International Commercial Arbitration Moot*. <https://www.vismoot.org>

El arbitraje de marcas según el Derecho español (Ejemplo a seguir por el derecho marcario venezolano)

Joaquín Gonçalves do Espirito Santo*

ESPAÑA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 221-241

Resumen: Este trabajo tiene como finalidad explicar de manera sucinta cómo funciona el arbitraje de marcas según el derecho español y consideramos que la regulación del arbitraje en España en materia de marcas es un hecho positivo que debe ser replicado en el derecho marcario venezolano. Establecer un régimen legal en el derecho de marcas venezolano que contemple la posibilidad de que las partes basándose en su propia autonomía de la voluntad puedan acceder a someter a un tercero el planteamiento de un litigio surgido con ocasión del procedimiento del registro de marcas es positivo y el mejor paradigma que podemos seguir en este sentido, es el establecido por sistema de arbitraje sobre marcas regulado en la Ley de Marcas española.

Palabras clave: marcas, arbitraje, signo distintivo.

Trademark arbitration according to Spanish Law (Example to follow for Venezuelan trademark law)

Abstract: *The purpose of this work is to explain in a concise way how trademark arbitration works according to Spanish law, and we consider that the regulation of arbitration in Spain regarding trademarks is a positive fact that must be replicated in Venezuelan trademark law. Establishing a legal regime in Venezuelan trademark law that contemplates the possibility that the parties, based on their own autonomy of will, can agree to submit to a third party the approach of a dispute arising from the trademark registration procedure is positive and the best example that we can follow in this regard is the one established by the trademark arbitration system regulated by the Spanish Trademark Law.*

Keywords: *trademarks, arbitration, distinctive sign.*

Recibido: 1/9/2023

Aprobado: 10/11/2023

* Abogado (UCAB, 1993) *Summa Cum Laude*; Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, 2020); Doctor en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2020); Maestría en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2013); Título de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2010); MBA (Universidad Carlos III de Madrid, 2006); Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Carlos III de Madrid, 2005); LLM (Tulane University, 1996); LLM (University of Illinois, 1995).

El arbitraje de marcas según el Derecho español (Ejemplo a seguir por el derecho marcario venezolano)

Joaquín Gonçalves do Espirito Santo*

ESPAÑA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 221-241

El arbitraje de marcas permite a las partes elegir árbitros con conocimiento y experiencia en derecho de marcas, lo que lleva a decisiones más informadas y coherentes. Además, el arbitraje de marcas puede aliviar la carga de las Oficinas de Registro de Marcas y de los tribunales estatales mercantiles, permitiéndoles centrarse en otros asuntos.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Ámbito del arbitraje en materia marcaria según el derecho español 2. Características generales del arbitraje marcario español 3. El procedimiento arbitral en materia de marcas en España. 4. Necesidad de establecer arbitraje en materia de marcas en Venezuela. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

En numerosos sistemas legales, como el español, el arbitraje representa un método alternativo de solución de conflictos en el cual las partes consienten en remitir su disputa a un árbitro o un tribunal arbitral privado en lugar de recurrir a los tribunales estatales. El arbitraje conlleva ciertos beneficios, tales como la adaptabilidad en el proceso, la confidencialidad y la especialización de los árbitros en campos particulares, como el derecho de marcas.

En España, el arbitraje de derecho de marcas estaría regulado por la Ley de Marcas española del año 2001¹, y supletoriamente por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que establece el marco legal para el arbitraje de marcas en el país ibérico. Las partes pueden acordar someter sus disputas de derecho de marcas en lo referente al registro de una marca a un tribunal arbitral y determinar cómo se llevará a cabo el procedimiento.

* Abogado (UCAB, 1993) *Summa Cum Laude*; Doctor en Derecho, Gobierno y Gerencias Públicas (Universidad Autónoma de Madrid, 2020); Doctor en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2020); Maestría en Derecho Privado (Universidad Carlos III de Madrid, 2013); Título de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil (Universidad Autónoma de Madrid, 2010); MBA (Universidad Carlos III de Madrid, 2006); Maestría en Propiedad Intelectual (Universidad Carlos III de Madrid, 2005); LLM (Tulane University, 1996); LLM (University of Illinois, 1995).

¹ Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

El arbitraje en materia de marcas se configura como un mecanismo procesal que incorpora aspectos positivos como la resolución por un tercero imparcial, la capacidad de las partes para tomar decisiones autónomas y el reconocimiento legal de la decisión, la cual tiene eficacia pública en términos jurídicos. Este sistema arbitral proporciona un proceso estructurado en el cual los individuos pueden asegurar el cumplimiento de sus derechos, respaldados por la autoridad de una decisión definitiva, ejecutiva y con carácter de cosa juzgada. En resumen, ofrece una vía alternativa para la resolución de conflictos en materia de marcas en lugar del sistema judicial estatal.

Es relevante destacar que uno de los aspectos innovadores introducidos por la Ley de Marcas española en el año 2001 fue la inclusión de un artículo específico sobre arbitraje, el cual se encuentra sistemáticamente enmarcado en las disposiciones generales sobre el procedimiento. La incorporación de la institución del arbitraje en el ámbito del derecho de marcas se mantuvo intacta durante la revisión de la Ley de Marcas española en 2018.² Esto posibilita la resolución de conflictos relacionados con el registro de marcas a través de un proceso de arbitraje.

Se destacan como ventajas de optar por el arbitraje en asuntos relacionados con marcas en lugar de recurrir a procedimientos judiciales la rapidez en la resolución de los casos y la posibilidad de contar con árbitros especializados en la materia.

En el contexto del derecho español, el arbitraje en temas de marcas es viable debido a que, en el proceso de registro de marcas, la Oficina Española de Marcas (la OEPM)³ solo examina las restricciones cuando un tercero legitimado presenta una oposición contra la solicitud de registro de una marca. Por lo tanto, las disputas que surgen entre el solicitante y el opositor durante el proceso de registro de la marca podrían someterse a arbitraje.

En cuanto al ámbito del arbitraje en cuestiones de marcas, se especifica que este se aplica exclusivamente a las controversias relacionadas con el registro de marcas. Otros temas relacionados con el derecho de marcas están sujetos al arbitraje general regulado por la Ley de Arbitraje española.⁴

En el derecho venezolano, no existe una regulación específica que aborde el arbitraje de asuntos de marcas de manera análoga a como está regulado en el derecho español. Esta omisión podría deberse a que los legisladores venezolanos no han considerado necesario o prioritario establecer regulaciones específicas para el arbitraje en cuestiones de marcas, lo cual podría ser considerado como una falta de atención en materia de legislación y responsabilidad legislativa.

² Real Decreto Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de **marcas**, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

³ Denominada la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM)

⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

Contemplar normas que faciliten el arbitraje en materia de derecho marcario en Venezuela, tal como ocurre en el derecho español puede ser conveniente por varias razones:

- a. Flexibilidad y rapidez: El arbitraje permite a las partes adaptar el proceso a sus necesidades y preferencias, lo que puede agilizar el proceso en comparación con los tribunales estatales. En el caso de disputas de marcas, donde la celeridad puede ser crucial para proteger los derechos de propiedad intelectual, la flexibilidad y rapidez del arbitraje son ventajas significativas.⁵
- b. Especialización: Al permitir que las partes elijan árbitros con experiencia en derecho de marcas, se puede garantizar que las disputas sean resueltas por expertos en la materia. Esto puede conducir a decisiones más fundamentadas y coherentes en comparación con los tribunales generales.
- c. Confidencialidad: El arbitraje suele ser más confidencial que los litigios en tribunales estatales. En el caso de marcas, donde la reputación y la información comercial pueden estar en juego, la confidencialidad puede ser esencial.
- d. Control de costos: Aunque el arbitraje puede tener costos asociados, las partes tienen más control sobre los procedimientos y los gastos en comparación con los litigios judiciales. Esto puede hacer que el arbitraje sea más asequible y predecible para las partes involucradas en disputas de marcas.
- e. Reconocimiento internacional: El arbitraje tiende a tener un alto grado de reconocimiento y ejecución a nivel internacional debido a convenciones y tratados internacionales, como la Convención de Nueva York. Esto puede ser especialmente útil en el caso de disputas de marcas que involucran partes de diferentes jurisdicciones.
- f. Descongestión de tribunales: Permitir que ciertas disputas de marcas se resuelvan a través del arbitraje puede ayudar a aliviar la carga de los tribunales estatales y acelerar la resolución de otras disputas judiciales.
- g. Fomento de la inversión extranjera: Si un país establece un marco legal sólido para el arbitraje en materia de marcas, podría atraer inversiones extranjeras al ofrecer un sistema de resolución de disputas eficiente y confiable.

En nuestra opinión el sistema legal venezolano debe estipular una normativa de arbitraje en materia de derecho marcario, similar a lo que ocurre en España. La razón de ello es que la existencia de una normativa clara sobre arbitraje de marcas podría brindar previsibilidad a las partes solicitante y opositora, al establecer las reglas y procedimientos que se deberán seguir en caso de que decidan someter la disputa a la institución del arbitraje.

⁵ Alan Gladstone. "El arbitraje voluntario de los conflictos de intereses". Oficina Internacional del Trabajo . Ginebra. 1988

Conocer cómo funciona el arbitraje de derecho de marcas en España podría ser útil para permitir al legislador venezolano replicar una institución similar en el derecho venezolano. En efecto, conocer cómo se implementa y regula el arbitraje de derecho de marcas en otro país, como España, podría proporcionar valiosas ideas y orientación para la creación de una regulación similar en Venezuela. De allí la importancia de este breve resumen que explica cómo funciona el régimen de arbitraje de marcas en España, el cual podría ser muy útil para entender los elementos clave que podrían ser consideradas al explorar la posibilidad de implementar una institución similar en el derecho venezolano. Esto podría ayudar a los legisladores y a la comunidad legal de Venezuela a comprender mejor las implicaciones, los beneficios y los desafíos asociados con el arbitraje de derecho de marcas

1. **Ámbito del arbitraje en materia marcaria según el derecho español**

En España, el derecho a la utilización exclusiva de un signo como marca está sujeto al requisito de su inscripción en la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM). Dado que las marcas carecen de una forma física concreta, su existencia, desarrollo y finalización dependen de un minucioso sistema de registro. Este sistema de registro otorga a la marca una existencia legal, acorde a su naturaleza inmaterial, mediante su inclusión en registros gubernamentales. El derecho a utilizar la marca de forma exclusiva está condicionado a su previo registro en la entidad competente (principio de registro constitutivo). La base de la exclusividad conferida a través del registro radica en la necesidad de proporcionar seguridad jurídica tanto al titular del signo como a terceros involucrados.

Para que una marca pueda ser registrada, el signo distintivo debe superar los criterios establecidos por las prohibiciones absolutas y relativas relacionadas con el registro de marcas. Para alcanzar este objetivo, la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) lleva a cabo un examen, y se permite la presentación de oposiciones, lo que facilita la verificación de que la marca en cuestión no perjudique el interés público ni infrinja derechos ya establecidos. Estos procedimientos tienen como finalidad proteger diversos intereses al regular tanto las prohibiciones absolutas como las relativas, lo cual también impacta en la viabilidad de recurrir al arbitraje al considerar cada una de estas categorías.

La posibilidad de recurrir al arbitraje en esta etapa está prevista en la Ley de Marcas. Sin embargo, el uso de la institución arbitral en el proceso de concesión y otorgamiento de marcas no es completamente abierto, ya que existen ciertas restricciones y límites específicos para su aplicación.

En el ámbito del arbitraje, tradicionalmente se han excluido cuestiones que se consideran de interés público y aquellas que caen bajo la competencia exclusiva de las autoridades estatales. Estos principios están establecidos en la legislación española en

relación con el arbitraje en asuntos de marcas. Por lo tanto, los conflictos relacionados con la concesión, validez o nulidad del registro de una marca quedan excluidos del ámbito del arbitraje, y no es posible someter a arbitraje ni el proceso de inscripción ni el de cancelación de registros.

En consecuencia, es fundamental comprender cuáles son las prohibiciones absolutas y relativas que pueden impedir el registro de una marca. Esto adquiere relevancia porque solamente ciertos conflictos originados por la aplicación de las prohibiciones relativas son susceptibles de ser resueltos a través del arbitraje.

1.1. Prohibiciones absolutas (no es factible aplicar la institución arbitral)

Las prohibiciones absolutas buscan evitar que un signo distintivo pueda registrarse como marca debido a defectos intrínsecos del mismo, y engloban todas las razones que no están relacionadas con conflictos de derechos previos o terceros.

La razón de esta exclusión se basa en que el símbolo solicitado, por sus propias características, no cumple con los requisitos necesarios y permanentes para ser considerado una marca. Una marca recibe protección legal debido a su capacidad para distinguir y identificar los servicios y productos empresariales. Cuando un símbolo no puede cumplir con esta función, se niega su reconocimiento y protección como marca. La concesión de un derecho exclusivo se justifica para beneficiar a los consumidores en el proceso de vinculación de un producto con su fabricante y promover la competencia en beneficio del interés general. En el caso de las prohibiciones absolutas, existen intereses que merecen protección y van más allá de los del solicitante del símbolo.

En materia marcaria, los intereses de los consumidores son relevantes detrás de las prohibiciones absolutas, especialmente en el caso de signos que carecen de fuerza distintiva o que pueden generar confusión en el mercado. La comunidad tiene un interés significativo en protegerse de comportamientos confusos que podrían perjudicar tanto a los competidores como a los consumidores y al sistema competitivo en general.

Independientemente de cómo se interpreten las prohibiciones absolutas, es evidente que involucran una variedad de intereses en juego que apuntan a proteger objetivos distintos al solicitante que busca registrar una marca. Al abordar intereses más allá de los privados, las prohibiciones absolutas no permiten considerar que exista un tema o derechos disponibles que puedan ser sometidos a arbitraje.

En resumen, en la etapa de concesión de la marca y en lo que respecta a las prohibiciones absolutas, no es factible aplicar la institución arbitral, ya que no hay ningún asunto disponible. La diversidad de intereses involucrados también determina que la concesión de una marca sujeta a una prohibición absoluta resulta en una "marca nula", y esta nulidad es imprescriptible.

1.2. Prohibiciones relativas (posibilidad de recurrir al arbitraje)

Las prohibiciones relativas para el registro no se basan en los defectos intrínsecos del signo que se intenta registrar, sino en la colisión del signo con otros derechos anterior que hacen inviable el registro de la marca. En estos casos, la exclusión no se debe al signo en sí mismo, sino a un conflicto con derechos previos.⁶

El arbitraje en materia marcaria, bajo el sistema español, es un procedimiento que está previsto para casos específicos y solo se permite la presentación de un acuerdo arbitral una vez que se ha concluido el proceso administrativo, es decir, cuando se ha denegado el registro de la marca.⁷

La Ley de Marcas española reconoce la posibilidad de recurrir al arbitraje en lo que respecta a las prohibiciones relativas, ya que se considera que los únicos intereses en juego son los del empresario que busca registrar la marca y los del titular del signo ya registrado o del solicitante con un derecho prioritario. Sin embargo, es importante analizar en detalle los casos contemplados dentro de este grupo de prohibiciones, así como otras normativas aplicables, para identificar otros intereses considerados por el legislador.

En este contexto, el acceso de un signo como marca está restringido por los conceptos de confusión y riesgo de confusión, que buscan evitar el registro de signos idénticos o similares a los ya registrados (o solicitados) para productos o servicios que sean similares o relacionados. Es importante destacar que los casos de confusión o riesgo de confusión se producen en el mercado y afectan a los consumidores.

Cuando se presentan casos de confusión o riesgo de confusión, el signo en cuestión no puede ser registrado ni goza de protección. En primer lugar, se protege el interés del empresario titular, pero también se protege el interés de los consumidores.

Es fundamental tener en cuenta que el interés de los consumidores prevalece sobre la voluntad de las partes involucradas en un conflicto de riesgo de confusión. Aunque el uso de la institución arbitral está permitido en esta etapa de concesión, su viabilidad está condicionada por la afectación de intereses de terceros. La Ley de Marcas española permite que las partes en un procedimiento de concesión acuerden la solución de la disputa sobre el signo en conflicto, y este acuerdo puede ser alcanzado a través de un procedimiento arbitral que emita un laudo sobre los derechos respecto de la marca.

⁶ Merino Merchán J.F. "El arbitraje en el proyecto de Ley de Marcas", Oficina Española de Patentes y Marcas. Escuela de Organización Industrial.

⁷ Artículo 28.4 de la Ley de Marcas

En consecuencia, en la etapa de concesión del signo y en lo que respecta a las prohibiciones relativas, la aplicación de la institución arbitral es posible siempre y cuando no se afecte el interés general de los consumidores u otros terceros interesados.

En el derecho español las cuestiones que cabe someter a arbitraje sólo podrán versar sobre las prohibiciones relativas para el registro de una marca previstas la Ley de Marcas.

Por tanto, no todas las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca pueden ser sometidas a arbitraje. La propia Ley de Marcas española establece el ámbito del arbitraje. El arbitraje sólo podrá versar sobre las prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b) (riesgo de confusión entre marcas), 7.1.b) (riesgo de confusión entre nombres comerciales y marcas), 8 (riesgos de confusión y de asociación con marcas y nombres comerciales notorios y renombrados) y 9 (derechos anteriores de variada naturaleza como el derecho al nombre, la imagen, derechos de propiedad intelectual, etc.).

Por lo tanto, a pesar de que el objetivo del arbitraje en asuntos de marcas se centra en las prohibiciones relativas de registro, no todas estas prohibiciones pueden ser sometidas a arbitraje. Específicamente, quedan excluidas aquellas prohibiciones relativas contempladas en los artículos 6.1.a), 7.1.a) y 10 de la Ley de Marcas española.

La exclusión de las prohibiciones contenidas en los artículos 6.1.a) y 7.1.a) de la Ley de Marcas española se basa en la convicción del legislador español de que estas prohibiciones relativas trascienden el mero interés privado. Por tanto, no se puede dejar la resolución de estas cuestiones únicamente en manos de las partes involucradas. Esto se debe a que el interés general exige que no exista una marca idéntica a otra marca o nombre comercial previamente registrado para productos o servicios idénticos.

En cuanto a la exclusión del arbitraje de la prohibición relativa establecida en el artículo 10 de la Ley de Marcas, esta medida tiene como objetivo evitar que un agente o representante pueda registrar la marca de su representado en su propio país sin su consentimiento, en otro estado miembro del Convenio de la Unión de París o de la Organización Mundial del Comercio. Para mantener esta cuestión bajo la jurisdicción de la OEPM, se excluye esta materia del proceso de arbitraje específico.

Además, la Ley de Marcas española establece que las prohibiciones absolutas de registro y las cuestiones relacionadas con la presencia o ausencia de defectos formales no pueden ser sometidas a arbitraje en ningún caso⁸. La razón de estas dos exclusiones es clara: tanto los defectos formales como las prohibiciones absolutas de registro son asuntos sobre los cuales solo la administración o los tribunales tienen competencia, ya que se trata de cuestiones que no pueden ser decididas por las partes involucradas.

⁸ Artículo 28 de la Ley de Marcas española.

Según lo establecido en la Ley de Marcas española, el arbitraje se aplica de manera limitada a las prohibiciones relativas contempladas en los artículos 6.1 b, 7.1 b, 8 y 9 de dicha ley. Ahora bien, vamos a ver al detalle las disputas sobre prohibiciones relativas, que, según el derecho marcario español, pueden ser objeto de arbitraje.

a. Artículo 6.1 b de la Ley de Marcas española (Marcas anteriores):

Se refiere a aquellos procedimientos en los que la controversia gire en torno a la determinación de la identidad o similitud con una marca anterior y en los casos en los que los productos o servicios que ofrece sean idénticos o similares. Esto, es puede ser objeto de arbitraje lo que genere un riesgo de confusión al asociarlos con una marca previamente registrada.

b. Artículo 7.1 b de la Ley de Marcas española (Nombres comerciales anteriores):

Trata sobre los procedimientos en los que se determine la identidad o similitud con un nombre comercial anterior, y cuando las actividades designadas por los productos o servicios para los que se solicita la marca sean idénticas o similares, lo que también genera confusión entre el público consumidor.

c. Artículo 8 de la Ley de Marcas española (Marcas y nombres comerciales renombrados):

En los procedimientos en los que se establezca que una marca o nombre comercial es idéntico o similar a una marca o nombre comercial anterior, incluso si se solicita su registro para productos o servicios diferentes a los protegidos por esas marcas o nombres comerciales notorios y renombrados. Esto se aplica cuando existe la posibilidad de aprovechar indebidamente o perjudicar el carácter distintivo, notoriedad o renombre de dichos signos. Se considera una marca o nombre comercial notorio aquel que es generalmente conocido debido a su volumen de ventas, duración, intensidad de uso, alcance geográfico, valoración o prestigio. La protección se extiende a otros tipos de productos, servicios o actividades cuando la marca o nombre comercial es ampliamente conocido por el público en general.

d. Artículo 9 de la Ley de Marcas española (Otros derechos anteriores):

También es posible someter a arbitraje las cuestiones relacionadas con el registro de marcas en las que se evalúe la licitud del registro de un nombre civil o una imagen que identifique a una persona distinta al solicitante; el nombre, apellido, seudónimo u otro signo que identifique a otra persona diferente al solicitante y sea reconocido por el público en general; los signos que reproduzcan, imiten o transformen creaciones protegidas por derechos de autor u otros derechos de propiedad industrial; el nombre comercial, denominación o razón social de una persona jurídica que identifique en el comercio a una entidad diferente del solicitante y conlleve un riesgo de confusión en el público (el titular de estos signos tiene la responsabilidad de demostrar su uso o notoriedad). Además,

también se pueden arbitrar las disputas surgidas debido al registro de marcas que incluyan el nombre, apellido, seudónimo u otro signo que identifique al solicitante del registro.

En resumen, el arbitraje se aplica de manera específica a ciertas prohibiciones relativas contempladas en los artículos mencionados, abordando cuestiones relacionadas con la identidad, similitud, renombre y otros aspectos cruciales para la protección de marcas y nombres comerciales.

2. Características generales del arbitraje marcario español

El arbitraje establecido en el artículo 28 de la Ley de Marcas se caracteriza por ciertas particularidades en comparación con el procedimiento típico contemplado en la Ley de Arbitraje. Estas particularidades surgen debido a que este arbitraje tiene un impacto directo en el Registro de Marcas, y, por lo tanto, es esencial garantizar que no se comprometan los principios fundamentales del sistema registral.

Como hemos observado, la Ley de Marcas española incorpora disposiciones relacionadas con el arbitraje. Esta legislación prevé la posibilidad de recurrir al arbitraje para resolver actos administrativos que concluyan el proceso de registro de marcas. En particular, la Ley de Marcas española aborda las modalidades y particularidades de un proceso de arbitraje especial aplicable al procedimiento de registro de marcas⁹. Esta ley también aborda la opción y el derecho de recurrir al arbitraje en relación con las disputas que puedan surgir durante el proceso de registro de una marca.

La inclusión del arbitraje en el derecho de marcas español refleja la voluntad del legislador, que busca promover el principio de economía procesal al permitir que el acuerdo arbitral actúe como un reemplazo de los recursos legales tradicionales (recurso ordinario y contencioso-administrativo).

Una característica destacada de esta institución, como mencionamos anteriormente, es el alcance del acuerdo arbitral, que está definido por la ley de marcas. La ley establece que los supuestos de prohibiciones relativas (incompatibilidad de marcas) pueden ser objeto de un acuerdo arbitral. Esto tiene sentido, ya que las prohibiciones absolutas son cuestiones de orden público que deben ser resueltas por la administración.

Si las partes optan por celebrar un convenio arbitral, el solicitante debe esperar a que se conceda o deniegue su marca, y una vez que se haya tomado esa decisión, debe presentar el acuerdo firmado entre las partes ante la entidad de registro correspondiente. Esto es una peculiaridad del arbitraje en el marco de la Ley de Marcas española, ya

⁹ A. Bercovitz Rodríguez- Cano (Director), J.A García- Cruces González y colaboradores. "Comentarios a la Ley de Marcas". A. Bercovitz Rodríguez- Cano (Director), J.A García- Cruces González y colaboradores. Editorial Aranzadi. Navarra. 2003.

que su propósito es reemplazar el proceso de apelación y el proceso contencioso-administrativo. Por lo tanto, cuando se deniega una marca, el siguiente paso en el proceso, que normalmente sería el recurso, se reemplaza por el acuerdo arbitral.

A continuación, resaltaremos las características más importantes del arbitraje en el contexto de las marcas en España:

a) Arbitraje sobre asuntos de derecho dispositivo o privado

El arbitraje previsto por la Ley de Marcas es de carácter privado, ya que es entre particulares que voluntariamente se someten a este procedimiento y donde no tiene cabida la Administración para obligar a las partes a someterse a él¹⁰. En efecto, la Ley de Marcas española ofrece la oportunidad a los particulares de someter a arbitraje los actos dictados por la OEPM cuando deniegue la concesión de la marca estimando que ésta ya existe o hay riesgo de confusión, que incluye el riesgo de asociación.

b) Arbitraje de derecho

Respecto al tipo de arbitraje, la Ley de Marcas española no especifica si se trata de un arbitraje de derecho o de equidad. Conforme a la Ley de Arbitraje de España, los árbitros solo pueden decidir en equidad si las partes les otorgan la autorización para hacerlo. Esto plantea la pregunta de si las partes pueden autorizar a los árbitros a decidir en equidad en el arbitraje de marcas. Esta cuestión es relevante porque, si se permite la equidad, cualquier persona que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles podría actuar como árbitro, sin necesidad de ser abogado en ejercicio.

Sin embargo, consideramos que las controversias sobre marcas solo pueden resolverse conforme a derecho. En este contexto, es importante destacar que el litigio que se plantea en el arbitraje consiste en determinar si una solicitud de marca específica infringe alguna de las prohibiciones relativas de registro. Por lo tanto, parece claro, en nuestra opinión, que el arbitraje previsto en la Ley de Marcas española debe decidirse, en cualquier caso, de acuerdo con la ley, lo que implica que el árbitro debe ser un abogado en ejercicio.

c) Arbitraje especialmente restringido

La Ley de Marcas, como vimos, establece una restricción respecto a los supuestos en que puede acudir al arbitraje, así lo dice el artículo 28.2: "el arbitraje sólo podrá versar sobre las prohibiciones relativas de los artículos 6.1 b, 7.1 b, 8 y 9. No existe, por tanto, una libertad de las partes para acudir al arbitraje, el legislador restringe esta posibilidad, como vimos, a los casos señalados de prohibiciones relativas.

¹⁰ Merino Merchán J.F. "El arbitraje en el proyecto de Ley de Marcas", Oficina Española de Patentes y Marcas. Escuela de Organización Industrial.

d) Remisión a la Ley 60/2003, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

La Ley de Marcas no crea un arbitraje “ex novo”, se basa y remite en todo lo no especificado por la especialidad de la materia en sus apartados, a la Ley de Arbitraje.¹¹ En efecto, el apartado 6 del artículo 28 de la Ley de Marcas de España establece de manera expresa el carácter supletorio de la Ley de Arbitraje en todo lo que no esté previsto en dicho precepto.

Ejemplo de esta remisión, está en el hecho de que el régimen jurídico aplicable respecto a la fuerza vinculante del Convenio, forma, prueba, elección de árbitros, fases del proceso y formalización jurisdiccional se estará a lo que dispone la Ley 60/2003.

En este sentido, es importante señalar que la Ley de Marcas incluye particularidades específicas y distintivas debido a la naturaleza de la materia, como los actores que pueden someter el conflicto al arbitraje y ciertos requisitos formales para informar a la OEPM sobre el estado del procedimiento, entre otros aspectos.

e) Notificación a la OEPM.¹²

Debido a la especialización de esta área y a la novedad de su regulación, la Ley de Marcas española dispone que tanto el convenio arbitral acordado por las partes como el laudo arbitral definitivo que resuelva el conflicto sometido a esta jurisdicción arbitral deben ser notificados de manera fehaciente a la OEPM.

El convenio arbitral debe notificarse al concluir el proceso administrativo de registro de la marca y antes de que el acto administrativo sea definitivo, como establece el artículo 28.4 de la Ley de Marcas.

En cuanto a la comunicación del laudo arbitral definitivo, la Ley de Marcas española detalla que se dispone de un plazo de 6 meses para llevar a cabo esta notificación a la OEPM, plazo que comienza a contar a partir de la recepción de la notificación según lo estipulado en el artículo 28.7 de la Ley de Marcas. Transcurrido este plazo, el laudo arbitral ya no podrá ejecutarse. Este plazo para notificar el convenio arbitral a la OEPM es sumamente preciso y no admite prórroga, incluso si las partes acuerdan dicha extensión de manera mutua. El artículo 28.4 de la Ley de Marcas aclara que esta obligación de notificar el convenio arbitral se aplica de manera obligatoria a todos los interesados. Su propósito principal es establecer con precisión el momento exacto en que comienza el procedimiento arbitral, lo que, a su vez, marca el inicio del período de seis meses estipulado la Ley de Marcas española con respecto a la comunicación del laudo.

¹¹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. BOE 26-12-2003.

¹² Artículo 29 de la Ley de Marcas.

3. El procedimiento arbitral en materia de marcas en España

3.1. Consideraciones generales

El procedimiento de arbitraje en el contexto de marcas presenta particularidades significativas tanto en su naturaleza como en sus efectos posteriores en el registro de marcas. El arbitraje no debe desvirtuar los principios fundamentales que rigen todo registro, como la presunción de veracidad y concordancia con la realidad.¹³

En lo que respecta al procedimiento arbitral, este se ajustará rigurosamente a los principios fundamentales de igualdad, audiencia y contradicción, tal como establece el artículo 24.1 de la Ley de Arbitraje¹⁴. Además, el procedimiento se regirá por las disposiciones de la Ley de Arbitraje en todo lo no específicamente previsto por las partes.

La Ley de Marcas española no establece disposiciones específicas sobre la designación de árbitros, por lo que se aplica la Ley de Arbitraje de forma supletoria¹⁵. Se plantea la cuestión de si el arbitraje puede ser de equidad o de derecho, pero dado el carácter específico de la Ley de Marcas, es probable que sea necesario que los árbitros sean abogados en ejercicio o juristas especializados en la materia.

El convenio arbitral debe formalizarse por escrito y expresar la voluntad de someter la controversia a uno o más árbitros. Durante el proceso arbitral, se llevan a cabo procedimientos como audiencia y contradicción para asegurar la igualdad entre las partes. Además, se establecen plazos para las alegaciones y la presentación de pruebas.

El lugar donde se desarrolla el procedimiento arbitral es importante, ya que puede determinar la ley aplicable. Las notificaciones entre el árbitro y las partes son esenciales y requieren la designación de domicilios válidos. La práctica de pruebas es fundamental en el proceso, y se pueden solicitar auxilios judiciales si es necesario. Finalmente, antes de emitir un laudo, es posible que se escuche nuevamente a las partes para resumir las pruebas presentadas anteriormente.

En cuanto a la duración del procedimiento arbitral, la Ley de Marcas de España no establece un plazo específico para su conclusión, por lo que se aplicará la Ley de Arbitraje española. De acuerdo Ley de Arbitraje de España, a menos que las partes acuerden lo contrario, la resolución de la disputa se llevará a cabo en un plazo máximo de seis meses a partir de la presentación de la respuesta a la demanda o, en su defecto, a partir

¹³ A. Ruiz Velasco. "Manual de Derecho Mercantil". Publicación de la Universidad Pontificia de Comillas (Madrid). 1999.

¹⁴ A. M. Chocrón Giráldez. Los principios procesales en el arbitraje." Editorial J.M Bosch. Barcelona.2000.

¹⁵ Lorca Navarrete A.M; Valencia Mirón A.J; Font Serra E.; Iriarte Angel J.L. "Comentarios a la Ley de Arbitraje". Editorial Dykinson. Madrid. 1991.

del vencimiento del plazo para presentarla. Este plazo podrá ser ampliado, a menos que las partes dispongan lo contrario, por los árbitros a través de una decisión debidamente justificada, por un período que no exceda los dos meses adicionales.¹⁶

3.2. El Convenio arbitral en materia de marcas

La Ley de Marcas española no ofrece directrices específicas en cuanto a la forma y contenido del convenio arbitral. En la Ley de Marcas de España, el legislador se limita a indicar quiénes deben suscribir el convenio arbitral para que sea válido. Entre los puntos que resultan de interés previstos en la Ley de Marcas española con relación al convenio arbitral cabe mencionar los siguientes:

a) Las partes suscriptoras del convenio arbitral

En relación con los sujetos que han de suscribir el convenio arbitral, la Ley de Marcas española dispone que, además del solicitante de la marca, para que sea válido el convenio arbitral ha de estar suscrito por: a) Los titulares de los derechos anteriores que hubieren causado la denegación de la marca y, en su caso, sus licenciatarios exclusivos inscritos. b) Los titulares de los derechos anteriores que hubieran formulado oposición al registro de la marca y, en su caso, Sus licenciatarios exclusivos inscritos. c) Quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo.

Cuando la Ley de Marcas española establece que el convenio arbitral debe ser suscrito por todas estas partes mencionadas, entendemos que se debe firmar después de que la OEPM haya resuelto sobre la inscripción o denegación del registro de marca. Solo en ese momento se puede determinar con certeza quiénes deben firmarlo y, por lo tanto, otorgarle validez.

b) Obligación de notificar el convenio arbitral

Como se mencionó anteriormente, la Ley de Marcas española establece que el convenio debe ser notificado a la OEPM por todos los interesados en un momento específico, es decir, cuando finalice el procedimiento administrativo de registro de marca y antes de que el acto administrativo que ponga fin al proceso adquiera firmeza.

La razón detrás de esta notificación y su carácter obligatorio radica en la importancia significativa de estos actos para un registro público como el Registro de Marcas. El principio de seguridad jurídica dicta que no se pueden someter a arbitraje cuestiones que ya han sido resueltas por un acto administrativo firme. Además, de acuerdo con la Ley de Marcas española, las decisiones tomadas en este arbitraje no pueden ser objeto de recurso alguno.

¹⁶ Gaspar Lera, Silvia. El ámbito de aplicación del arbitraje. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 64.

La Ley de Marcas española no determina cuándo debe suscribirse el convenio, pero de la propia mención de las personas que deben firmarlo se deduce que deberá ser suscrito una vez que haya concluido el procedimiento seguido ante la OEPM y antes de que sea firme el acto de concesión o de denegación.

Esta obligación, y el momento en el que debe cumplirse, obedece a la necesidad de que quede constancia en la OEPM de la voluntad de los interesados de someter la controversia a arbitraje y que ello se haga con anterioridad a que el acto administrativo haya ganado firmeza.

c) Efectos del convenio arbitral en materia marcaria

El principal efecto de la firma y notificación del convenio a la OEPM es que, mientras esté vigente, no será posible interponer ningún recurso ordinario, y se declarará la inadmisibilidad de cualquier recurso que se haya presentado previamente. En caso de que se hubiera interpuesto un recurso antes de la suscripción del convenio, se considerará desistido.

Otro efecto relevante es que “una vez resuelto el recurso de alzada contra el acto que conceda o deniegue el registro, quedará expedita la vía contencioso-administrativa a menos que las partes hagan valer la firma del convenio arbitral ante la oficina”. Para que esto suceda, las partes deben firmar el convenio arbitral después de que la OEPM haya resuelto el recurso de alzada, pero antes de que esta resolución sea firme. Esto se debe a que las partes solo pueden suscribir el convenio arbitral una vez que la OEPM haya resuelto el recurso de alzada contra el acto de concesión o denegación del registro. Si se hubiera presentado un recurso administrativo antes de la firma del convenio arbitral, se consideraría desistido, por lo que no habría resolución del recurso de alzada por parte de la OEPM en ese caso.

En resumen, los efectos del convenio arbitral, es que una vez se firma y notifica el convenio arbitral, se impide la interposición de recursos ordinarios. Además, se establece un efecto en relación con los recursos de alzada presentados antes de la firma del convenio.

3.3. El Laudo Arbitral en materia de marcas

El laudo emitido en el arbitraje de marcas según la Ley de Marcas de España debe cumplir con las especificaciones establecidas en la Ley de Arbitraje española. En consecuencia, debe ser redactado por escrito, firmado por los árbitros y las partes, motivado y se deben indicar la fecha y el lugar en que se emitió.

Además, como mencionamos anteriormente, el laudo arbitral debe comunicarse de manera fehaciente a la OEPM. Esta comunicación es una característica singular del arbitraje de marcas en España, ya que la OEPM es la entidad encargada de llevar a cabo la ejecución del laudo arbitral firme.

En cuanto a los efectos del laudo arbitral, la Ley de Marcas de España establece que un laudo arbitral firme tendrá los efectos de cosa juzgada, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje española. En el contexto del arbitraje de marcas según la Ley de Marcas española, esto implica que la decisión del árbitro sobre la concesión o denegación de la marca será definitiva y firme.

Los únicos casos en los que se puede impugnar la decisión arbitral en cuestiones relacionadas con marcas son a través del recurso de revisión, regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el recurso de anulación del laudo, establecido en la Ley de Arbitraje española, de acuerdo con los motivos específicos señalados en esta ley.¹⁷

En lo que respecta a la ejecución del laudo, la Ley de Marcas estipula que la OEPM llevará a cabo todas las acciones necesarias para ejecutar el laudo arbitral firme. En la práctica, esto implica que la resolución arbitral, ya sea de concesión o denegación de la solicitud de marca, se reflejará en el expediente de la marca correspondiente.¹⁸

4. Necesidad de establecer arbitraje en materia de marcas en Venezuela

Las disputas de marcas pueden ser intrincadas y multifacéticas. A menudo involucran cuestiones relacionadas con la infracción de marcas, la falsificación, la imitación, el uso no autorizado, entre otros. Estos asuntos pueden ser desafiantes de manejar de manera efectiva para los tribunales tradicionales debido a su naturaleza técnica. Los árbitros especializados en derecho de marcas pueden proporcionar resoluciones más matizadas y eficientes.

Venezuela es signataria de varios acuerdos y tratados de comercio internacional, como el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Estos acuerdos requieren que los estados miembros proporcionen medios efectivos para proteger las marcas. Establecer el arbitraje de marcas se alinea con estas obligaciones internacionales y demuestra el compromiso de Venezuela con la defensa de los derechos de propiedad intelectual.

Por otra parte, como vimos antes, las marcas son esenciales para establecer y mantener la confianza del consumidor. Cuando los consumidores ven una marca, la asocian con un cierto nivel de calidad y confiabilidad. Resolver las disputas de marcas de manera rápida a través del arbitraje garantiza que los consumidores puedan confiar en los productos o servicios asociados con esas marcas. Esta confianza es fundamental tanto para el comercio nacional como para el internacional.

¹⁷ Martínez García. E. "El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil". Editorial Tiran lo Blanch "abogacía práctica". Valencia 2002

¹⁸ Alan Gladstone. "El arbitraje voluntario de los conflictos de intereses". Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 1988

Establecer el arbitraje de marcas también puede promover el crecimiento de centros de arbitraje en Venezuela. Estos centros pueden servir como puntos de referencia para la resolución de disputas en diversos campos, fortaleciendo aún más la infraestructura legal del país.

La implementación del arbitraje en materia de marcas en Venezuela, siguiendo las pautas contempladas en el derecho de marcas de España, podría responder a diversas necesidades y beneficios, entre los cuales se incluyen:

- a. Descongestión Judicial: Venezuela, como muchos otros países, enfrenta una carga significativa en sus tribunales debido a la cantidad de casos pendientes. Introducir el arbitraje en materia de marcas podría ayudar a reducir esta carga al derivar disputas de marcas a procedimientos más ágiles y especializados.

Los tribunales sobrecargados de casos pueden llevar a retrasos en los litigios de marcas. Estos retrasos pueden perjudicar a las empresas que buscan una protección oportuna para su propiedad intelectual. Al desviar las disputas de marcas hacia el arbitraje, los tribunales pueden centrarse en otros asuntos críticos, como casos penales o desarrollo de infraestructura.

- b. Eficiencia y Agilidad: Los procedimientos judiciales en Venezuela pueden ser notoriamente lentos. El arbitraje, al ofrecer un proceso más rápido y flexible, podría acelerar la resolución de disputas de marcas y reducir la incertidumbre para las partes involucradas.
- c. Especialización: El arbitraje permite la selección de árbitros con experiencia específica en marcas y propiedad intelectual. Esto garantiza que las decisiones se tomen con un conocimiento profundo de las leyes y prácticas relacionadas con las marcas.
- d. Confidencialidad: En muchos casos, el arbitraje permite mantener la confidencialidad de los procedimientos, lo que puede ser crucial en disputas de marcas para proteger información sensible sobre productos, estrategias comerciales y propiedad intelectual.
- e. Cosa Juzgada: Al igual que en el derecho español, el arbitraje en Venezuela podría otorgar efectos de cosa juzgada a los laudos arbitrales, lo que brinda certeza y finalidad a las decisiones.
- f. Promoción de la Resolución Alternativa de Disputas: Fomentar el arbitraje en materia de marcas podría promover una cultura de resolución alternativa de disputas en Venezuela, alentando a las partes a buscar soluciones fuera de los tribunales.
- g. Reducción de Costos: En algunos casos, el arbitraje puede ser más económico que los procedimientos judiciales tradicionales, lo que beneficia a las partes involucradas.

-
- h. Recursos del Gobierno: El gobierno puede asignar sus recursos de manera más efectiva cuando las disputas de marcas se resuelven a través del arbitraje. Esto puede liberar fondos y personal para otras áreas importantes, como casos penales o desarrollo de infraestructura.
 - i. Soluciones Personalizadas: El arbitraje permite a las partes diseñar su proceso de resolución de disputas para adaptarse a sus necesidades. Esta flexibilidad puede conducir a soluciones más creativas y personalizadas para los conflictos de marcas, promoviendo la equidad y la satisfacción entre las partes involucradas.
 - j. Internacionalización: Venezuela podría aprovechar el arbitraje para abordar disputas internacionales relacionadas con marcas, lo que facilitaría la resolución de conflictos que involucran a empresas extranjeras y protegería los intereses nacionales en el ámbito internacional.
 - k. Innovación y Crecimiento Económico: La protección de la propiedad intelectual, incluidas las marcas, está estrechamente relacionada con la innovación y el crecimiento económico. Las empresas tienen más probabilidades de invertir en investigación, desarrollo y branding cuando saben que sus derechos de propiedad intelectual están seguros. Un arbitraje eficiente de marcas puede incentivar la innovación, lo que conduce a beneficios económicos para Venezuela. Mecanismos predecibles y confiables de resolución de disputas, como el arbitraje de marcas, contribuyen a la certeza legal. Las empresas e inversores pueden tener la confianza de que sus disputas de marcas se resolverán de manera justa y eficiente, lo que fomenta la inversión extranjera directa.
 - l. Disputas Transfronterizas: Con el crecimiento del comercio electrónico y la globalización, las disputas de marcas a menudo involucran a partes de diferentes países. La litigación tradicional puede ser engorrosa en casos transfronterizos. Contar con un proceso de arbitraje de marcas simplificado que acomode a partes y árbitros internacionales puede facilitar la resolución y mejorar la atracción de Venezuela como centro de negocios.

La necesidad de arbitraje de marcas en Venezuela va más allá de simplemente resolver disputas. Incluye obligaciones internacionales, crecimiento económico, protección del consumidor, certeza legal y asignación eficiente de recursos. Al adoptar el arbitraje de marcas, Venezuela puede mejorar su marco legal y posicionarse mejor en la economía global. En resumen, la implementación del arbitraje en materia de marcas en Venezuela podría abordar varios problemas y desafíos en el sistema judicial, al tiempo que brindaría beneficios como la eficiencia, la especialización y la promoción de soluciones extrajudiciales. Esto podría mejorar la calidad y la rapidez de la resolución de disputas de marcas y fortalecer el sistema legal en el país.

CONCLUSIONES

Hemos visto en este trabajo cómo funciona el arbitraje de marcas según el derecho español y consideramos que la regulación del arbitraje en España en materia de marcas es un hecho positivo que debe ser replicado en el derecho marcario venezolano. Establecer un régimen legal en el derecho de marcas venezolano que contemple la posibilidad de que las partes basándose en su propia autonomía de la voluntad puedan acceder a someter a un tercero el planteamiento de un litigio surgido con ocasión del procedimiento del registro de marcas es positivo y el mejor paradigma que podemos seguir en este sentido, es el establecido por sistema de arbitraje sobre marcas regulado en la Ley de Marcas española.

La razón de ello es que en España se ha demostrado que el arbitraje en materia de marcas facilita la solución a los conflictos que se planteaban entre el solicitante y el opositor de marcas en lo concerniente a su registro. Además, la práctica española ha demostrado que una de las principales virtudes del procedimiento arbitral lo es su celeridad y agilidad en su tramitación y también su economía frente al procedimiento judicial teniendo en cuenta que el laudo arbitral que se dicte estará dotado igualmente de “valor de cosa juzgada”. Finalmente, cabe destacar que una de las cuestiones más valoradas en el procedimiento arbitral de marcas lo es que la cuestión suscitada es decidida y resuelta por árbitros especializados en derecho de marcas, lo que asegura que las resoluciones dictadas sean correctas, justas y conforme a derecho.

En este trabajo, al analizar el derecho español, se ha podido reconocer la utilidad potencial de la aplicación del arbitraje en materia marcaria como medios privados para la resolución de controversias en materia de marcas. En particular, la neutralidad, flexibilidad y experiencia que ofrece el arbitraje permiten ajustarse a las necesidades de las partes en dichas controversias. Contemplar en un sistema legal, como ha ocurrido en España, la disponibilidad de la institución del arbitraje para solventar disputas en derecho de marcas, tiene como el objetivo fomentar la aplicación del arbitraje en materia tan específicas y complejas como el derecho marcario, sin perjuicio de la existencia de otras opciones legales disponibles para las partes.

Por tanto, el arbitraje debe ser una vía a utilizar por los particulares en caso de discrepancias en el proceso de registro de un signo distintivo que debe ser fomentado por el legislador, tal como ha ocurrido en España.

En el proceso de perfeccionamiento de las normativas venezolana en materia de arbitraje en temas marcarios, consideramos que hay elementos muy prácticos y novedosos en la normativa española, que pueden ser tomados como referencia para su inclusión en cualquier nueva regulación que se promulgue en el derecho venezolano.

En nuestra opinión, el seguir las pautas sobre arbitraje de marcas según el derecho español conllevaría grandes beneficios para el derecho venezolano, a saber:

- a. Especialización y Efectividad: El arbitraje de marcas según el derecho español se caracteriza por su especialización en cuestiones relacionadas con marcas y su enfoque en la resolución efectiva de disputas en este ámbito. Esto podría beneficiar al derecho venezolano al agilizar la resolución de casos de marcas y reducir la carga de trabajo en los tribunales ordinarios.
- b. Agilidad Procesal: El arbitraje de marcas en España permite una resolución más rápida de las disputas, lo que podría servir como un modelo para mejorar la agilidad procesal en el sistema legal venezolano. Esto sería especialmente valioso considerando las demoras comunes en los tribunales venezolanos.
- c. Especialización de Árbitros: La Ley de Marcas española establece que los árbitros deben tener experiencia en cuestiones de marcas. Esto garantiza que las decisiones se tomen de manera informada y precisa. Venezuela podría implementar un requisito similar para árbitros en casos de marcas, lo que contribuiría a la calidad de las decisiones.
- d. Cosa Juzgada: El arbitraje de marcas en España otorga a los laudos arbitrales efectos de cosa juzgada. Esto brinda certeza jurídica a las partes y podría fomentar la confianza en el sistema legal. Venezuela podría considerar una disposición similar para sus procesos de arbitraje de marcas.
- e. Descongestión de Tribunales: Al derivar disputas de marcas al arbitraje, el sistema de justicia venezolano podría experimentar una reducción en la congestión de casos, permitiendo a los tribunales centrarse en asuntos de mayor complejidad y enjuiciar más rápidamente otros tipos de casos.
- f. Fomento de la Resolución Alternativa de Disputas: El arbitraje de marcas en España ejemplifica cómo los sistemas legales pueden fomentar la resolución alternativa de disputas, lo que podría promover una cultura de solución de conflictos sin recurrir a procedimientos judiciales prolongados.

En resumen, el arbitraje de marcas según el derecho español ofrece una serie de beneficios que podrían ser valiosos para el derecho venezolano. Esto incluye la especialización, la agilidad procesal, la certeza jurídica y la descongestión de tribunales. Al adoptar ciertos aspectos de este sistema, Venezuela podría fortalecer su sistema de resolución de disputas en el ámbito de las marcas y mejorar la eficiencia y la eficacia de su sistema legal en general.

Implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los centros de arbitraje venezolanos

María Gabriela Goncalves De Sousa*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 243-259

Resumen: En atención al grave daño que se ha ocasionado al ambiente, la Organización de Naciones Unidas ha creado los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en aras de generar un cambio radical no solo en lo ambiental, sino en todas las áreas en las que se desenvuelve la vida del ser humano, como es lo social, jurídico, económico o educativo. Por lo que el presente trabajo tiene como finalidad realizar un estudio sobre los mencionados objetivos y su utilización, implementación y promoción a nivel de los principales centros administradores de procedimientos de arbitraje y conciliación en Venezuela.

Palabras clave: Arbitraje Institucional, Organización de Naciones Unidas, Mediación, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Sustentabilidad.

The implementation of the sustainable development goals on the Venezuelan arbitration centers

Abstract: *In response to the serious damage that has been caused to the environment, the United Nations Organization has created the Sustainable Development Goals, in order to generate a radical change not only in the environment matters, but in all areas in which the human being develops, such as the social, legal, economic or educational. Therefore, the purpose of this work is to conduct a study on the objectives and their use, implementation, and promotion at the level of the main administrative centers of arbitration and conciliation procedures in Venezuela.*

Keywords: *Institutional Arbitration, United Nations, Mediation, Sustainable Development Goals, Sustainability.*

Recibido: 31/8/2023

Aprobado: 10/1/2024

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Asistente, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

Implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los centros de arbitraje venezolanos

María Gabriela Goncalves De Sousa*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 243-259

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible. 2. Los Centros de Arbitraje en Venezuela. 3. Implementación de los ODS en los centros de arbitraje. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍAS.

INTRODUCCIÓN

El conflicto es inevitable y se califica como una constante en la vida de todos los humanos, ya que nace de la convivencia social, además puede ser considerado vital para el desarrollo de la sociedad, porque ha de entenderse que el progreso surge gracias a los cambios, que por lo general son iniciados a través de esas discrepancias. Es por lo que, en atención a la naturaleza perenne del conflicto, se podría considerar que lo más conveniente entonces es educar durante el mismo, esto significa aprender a gestionarlos de manera adecuada y pacífica, sin necesidad de ignorarlos o rechazarlos, porque estas últimas alternativas lo que generan es una inconformidad y malestar que puede llegar a traducirse en violencia e injusticias.

Para nadie es un secreto que actualmente convivimos en un mundo cada vez más desigual y que las discrepancias colectivas han sido ignoradas durante décadas, por lo que mientras ciertas regiones poseen unos niveles de estabilidad, paz y justicia deseables, otras parecen subsumidas en un conflicto perpetuo que involucra todos los aspectos, como la salud, la prosperidad o la educación, trayendo como consecuencia una serie de acciones perjudiciales para el crecimiento y continuidad adecuado de la sociedad.

En evidencia de esta situación y en aras de transformar positivamente el arquetipo social, cultural, económico y ambiental, la Organización de Naciones Unidas decide crear los Objetivos de Desarrollo Sostenible como un plan de acción interconectado con metas e indicadores que muestran un pequeño vistazo a lo que se busca como sociedad. Incentivando la aplicación de estos en todos los países, servirían como marco

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Asistente, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

para llevar a cabo un desarrollo sostenible de la sociedad, enfocado en los derechos humanos, en la dignidad e igualdad de las personas, así como las actividades menos perjudiciales para el planeta.

Ahora bien, mediante este trabajo de investigación lo que se busca es estudiar cada uno de estos objetivos y su aplicabilidad a los centros de arbitraje venezolanos, porque si bien es cierto los Objetivos de Desarrollo Sostenible son transformadores y civilizatorios, también son universales y cada persona, ente, organización, instituto y nación tienen tareas pendientes para la consecución de las diversas dimensiones que estos objetivos comportan dentro de sí.

1. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible

La creación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en lo sucesivo los "ODS") obedece a la clara necesidad de que la sociedad global no puede continuar con los mismos patrones de producción, energía y consumo que se han tenido desde hace muchísimos años. Por ende, la comunidad internacional en atención a un cambio radical comenzó a trabajar en posibles vías de desarrollo sostenible que pudiesen ser aplicables a diversas naciones.

Incluso, de acuerdo con la introducción de la Agenda 2030, indica la relevancia de estos objetivos para Latinoamérica y el Caribe¹:

Este cambio de época es necesario en el caso de América Latina y el Caribe, que no es la región más pobre del mundo, pero sí la más desigual. Si bien la desigualdad existe en todo el mundo, constituye una especial limitación para alcanzar el potencial de la región. Las brechas que se enfrentan son estructurales: escasa productividad y una infraestructura deficiente, segregación y rezagos en la calidad de los servicios de educación y salud, persistentes brechas de género y desigualdades territoriales y con respecto a las minorías, y un impacto desproporcionado del cambio climático en los eslabones más pobres de la sociedad.

Así las cosas, en el año 2015 se aprobaron a través de la cumbre de las Naciones Unidas, los Objetivos de Desarrollo Sostenible para la comunidad internacional. Los ODS establecen una visión hacia la sostenibilidad económica, social y ambiental de cara a los países que lo suscribieron y fungen, como un llamamiento universal para resguardar la paz y prosperidad de las personas de cara a la Agenda 2030.

Además, los ODS funcionan como una herramienta de planificación interna para las diversas naciones, ya que a través de la implementación de las políticas públicas que se encuentran establecidas dentro de estos, se crea una senda hacia una sociedad sostenible, inclusiva y equilibrada.

¹ Organización de Naciones Unidas. "La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe". Publicación de las Naciones Unidas, 2018, p.7. Consultado el 02 de marzo de 2023. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf

De acuerdo con el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas², el cumplimiento de estos objetivos debería darse en 3 niveles, a saber:

(...) acción a nivel mundial para garantizar un mayor liderazgo, más recursos y soluciones más inteligentes con respecto a los Objetivos de Desarrollo Sostenible; acción a nivel local que incluya las transiciones necesarias en las políticas, los presupuestos, las instituciones y los marcos reguladores de los gobiernos, las ciudades y las autoridades locales; y acción por parte de las personas, incluidos la juventud, la sociedad civil, los medios de comunicación, el sector privado, los sindicatos, los círculos académicos y otras partes interesadas, para generar un movimiento imparable que impulse las transformaciones necesarias.

Ahora bien, estos 17 objetivos tienen una finalidad concreta que puede ser examinado de acuerdo con lo indicado en la Agenda 2030³, que como se ha establecido previamente, atiende a una necesidad social, económica o ambiental que traería un impacto positivo en la sociedad, en aras de dar un paneo general del propósito de cada uno, se indica:

1. Objetivo de desarrollo sostenible No. 1: Fin de la pobreza: Este indicador no solo hace referencia a la falta de ingresos o mal nutrición, sino también a la imposibilidad de acceder a la educación, la falta de participación en la toma de decisiones y la discriminación, es decir, ponerle fin a la pobreza en todas sus formas.
2. Objetivo de desarrollo sostenible No. 2: Hambre cero: A través de este objetivo, se establece que si bien la agricultura, silvicultura y piscifactorías pueden proveer una fuente de alimentos saludables, se resalta la necesidad de cambiar el sistema agricultor, por uno que sea sustentable y que no cause una degradación tan brusca con respecto a la biodiversidad. Con este objetivo, se busca la seguridad alimentaria, promover la nutrición y la agricultura sostenible.
3. Objetivo de desarrollo sostenible No. 3: Salud y bienestar: Este indicador tiene como función la promoción de una vida sana y saludable para todas las personas, indistintamente de su edad o cualquier otro distintivo.
4. Objetivo de desarrollo sostenible No. 4: Educación de calidad: Con este objetivo, se tiene la finalidad de incrementar la escolarización, con especial atención a las niñas y mujeres, sin embargo, lo ideal sería la existencia de oportunidades de aprendizaje permanentes e igualitarias.
5. Objetivo de desarrollo sostenible No. 5: Igualdad de género: Mediante este indicador, la Organización de Naciones Unidas resalta que la igualdad de género es un pilar fundamental en una sociedad próspera, por lo que propone facilitar a las mujeres y niñas el acceso a la educación, a la atención médica, al trabajo decente y a una representación política. Así como también eliminar todas las formas de violencia o discriminación, como es la explotación sexual.

² Organización de Naciones Unidas. "La Agenda para el Desarrollo Sostenible" Consultado el 02 de marzo de 2023. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

³ Organización de Naciones Unidas. "La Agenda"

-
6. Objetivo de desarrollo sostenible No. 6: Agua limpia y saneamiento: La función que tiene este ODS, es garantizar la disponibilidad, accesibilidad y gestión sostenible del agua, ya que la mala calidad del agua o el saneamiento inadecuado puede afectar en diversos aspectos, desde la salud hasta la educación.
 7. Objetivo de desarrollo sostenible No. 7: Energía asequible y no contaminante: El propósito de este objetivo es garantizar el acceso universal a una energía sostenible, renovable y moderna.
 8. Objetivo de desarrollo sostenible No. 8: Trabajo decente y crecimiento económico: En miras a promover el crecimiento económico sustentable e inclusive, la intención de este indicador es que las naciones, impulsen las condiciones necesarias para que las personas accedan a trabajos de calidad decentes, siempre que esto no conlleve a un menoscabo al medioambiente.
 9. Objetivo de desarrollo sostenible No. 9: Industria, innovación e infraestructura: La finalidad de este objetivo es concretamente la promoción de la industrialización inclusiva y sostenible, así como la construcción de infraestructura resiliente, que genere un impacto positivo en la productividad y mejoras en los resultados educativos y sanitarios
 10. Objetivo de desarrollo sostenible No. 10: Reducción de las desigualdades: Con este objetivo, se intenta reducir la desigualdad dentro de cada país, pero también disminuir ciertas disparidades entre los países propiamente, esto se lograría a través de la aplicación de políticas universales beneficiosas, dirigidas especialmente a las poblaciones menos favorecidas.
 11. Objetivo de desarrollo sostenible No. 11: Ciudades y comunidades sostenibles: Para que las ciudades sigan creando empleos y sigan considerándose como lugares prósperos, se plasma una gran presión sobre la tierra, por lo que la Organización de Naciones Unidas busca con este indicador que se logre un mejor aprovechamiento de los recursos para que los asentamientos humanos sigan expandiéndose pero que no generen un daño irrecuperable al medio ambiente.
 12. Objetivo de desarrollo sostenible No. 12: Producción y consumo responsable: La intención de este objetivo es hacer más y mejores bienes con la utilización más provechosa de los recursos, sin necesidad de degradar, contaminar e inutilizar los mismos, lo que causa una mejor calidad de vida. También se relaciona con la cooperación de la cadena de suministros, desde el productor hasta el consumidor, que se buscará sensibilizar a cada uno de estos actores para llevar un consumo sostenible.
 13. Objetivo de desarrollo sostenible No. 13: Acción por el clima: Mediante este objetivo, se tiene como propósito que los países apliquen un compendio de soluciones viables para detener y evitar las devastadoras consecuencias del cambio climático. Con estas soluciones, se intentará tener actividades humanas más respetuosas frente al medio ambiente.

14. Objetivo de desarrollo sostenible No. 14: Vida submarina: A través de este objetivo, se intenta reducir la contaminación de los océanos, bajar su temperatura y gestionar todos los recursos marinos de forma consciente.
15. Objetivo de desarrollo sostenible No. 15: Vida de ecosistemas terrestres: La inclusión de este objetivo obedece a la necesidad de proteger, reestablecer y promover el uso sustentable de los ecosistemas terrestres, detener la deforestación y desertificación provocadas por actividades humanas y el cambio climático, y llegar así a una serie de acciones o políticas favorecedoras a la para la correcta administración del ecosistema terrestre.
16. Objetivo de desarrollo sostenible No. 16: Paz, justicia e instituciones sólidas: Con este objetivo, la Organización de Naciones Unidas tiene miras a la implementación de instituciones eficaces y transparentes, que faciliten el acceso a la justicia y el resguardo de cada uno de los integrantes de la sociedad. A su vez, este indicador se enfoca también en la implementación del concepto del estado de derecho, la garantía de las libertades fundamentales y aplicar leyes y políticas públicas no discriminatorias.
17. Objetivo de desarrollo sostenible No. 17: Alianza para lograr los objetivos: Finalmente, para que todos estos objetivos sean eficaces, ejecutados y generar la transformación que se busca, se necesitarán un compendio de alianzas entre los gobiernos, el sector privado y los integrantes de la sociedad civil, lo que conlleva a inversiones a largo plazo en diversos sectores, como son la infraestructura y los mecanismos de vigilancia.

Como se puede evidenciar, con la aprobación de los ODS, la Organización de Naciones Unidas se propuso una reforma radical a las prácticas normalmente realizadas por los gobiernos, instituciones y demás integrantes de la sociedad, y como se reseñará a la postre, permite demostrar que los centros de arbitraje pueden tomar ciertos objetivos para sí e implementarlos en su propia manera.

2. Los centros de arbitraje en Venezuela

En 1998, el Congreso de la República de Venezuela aprobó la Ley de Arbitraje Comercial⁴, la cual se encuentra inspirada por los principios plasmados en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Esta ley venezolana contiene las bases fundamentales por los cuales se rige el arbitraje, como es su aplicación objetiva, las controversias que pueden ser sometidas a dicho mecanismo, las obligaciones de los árbitros, entre otros.

⁴ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 36.430. 07 de abril de 1998.

Así las cosas, dentro de la mencionada Ley, se encuentra el artículo 11, el cual reza lo siguiente:

Las cámaras de comercio y cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones que se crearen con posterioridad a la vigencia de esta Ley que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, podrán organizar sus propios centros de arbitraje. Los centros creados antes de la vigencia de esta Ley, podrán continuar funcionando en los términos aquí establecidos y deberán ajustar sus reglamentos a los requerimientos de la misma.

Asimismo, en el año 1989, se creó el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC)⁵, siendo un órgano adscrito a la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas, que tiene como finalidad la promoción de los mecanismos alternativos de solución de controversias mediante el arbitraje institucional y la mediación.

Posteriormente en el año 1998, fue creado el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Maracaibo (CACCM)⁶, es un órgano adscrito a la Cámara de Comercio de Maracaibo, organizado de conformidad a las estipulaciones de la Ley de Arbitraje Comercial, con el fin de contribuir con resolución de conflictos utilizando la mediación y el arbitraje.

Finalmente, como tercer ente administrador de arbitraje institucional en Venezuela, se encuentra el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)⁷, fundado un año después del dictamen de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, en 1999, se encuentra vinculado a la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham). Al igual que la CACC y el CACCM, el propósito del CEDCA es divulgar e incentivar la utilización de la conciliación, el arbitraje y la junta de controversias como métodos efectivos para la solución de controversias de carácter comercial.

Los reglamentos vigentes que cada uno de los centros previamente mencionados poseen, servirán como base para la implementación de los ODS, entendiendo que estos 3 centros son los pioneros de difusión de las bondades de los medios alternativos de resolución de conflictos en Venezuela.

⁵ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. "¿Quiénes Somos?" Consultado el 04 de abril de 2023. <https://arbitrajeccc.org/nosotros/quienes-somos/>

⁶ Cámara de Comercio de Maracaibo. "Servicios". Consultado el 05 de abril de 2023. <https://ccm.org.ve/servicios/>

⁷ Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. "Nosotros". Consultado el 04 de abril de 2023. <https://cedca.org.ve/nosotros/>

3. Implementación de los ODS en los centros de arbitraje venezolanos

En atención a la naturaleza de los ODS, estos se interrelacionan entre sí y son codependientes, los centros de arbitraje venezolanos podrían crear planes de implementación de forma individual por cada uno. Sin embargo, las recomendaciones que se indicarán a continuación buscan tanto la implementación individual como la aplicación colectiva de más de un ODS.

Ahora bien, de conformidad con el ODS 1, el correspondiente al fin de la pobreza, y la forma en que los centros de arbitraje pudiesen cumplir con el mismo, se tiene el ejemplo de los centros de arbitraje internacionales, concretamente el de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la cual es generadora de muchísimos empleos, debido a que desde el punto de vista global, este ente es uno de los mayores administradores de procedimientos de arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos, tal como se puede revisar en la reciente noticia de la CCI, en la que señala haber recibido su caso No. 27.000⁸, por lo que se puede claramente evidenciar que el aparato interno que administra y hace funcionar a la Corte genera una cantidad enorme de empleos e ingresos.

En el caso venezolano, se está maniatado ya que, si bien los medios alternativos de resolución de conflictos han ido creciendo e incrementándose tanto en uso como en conocimiento, gracias a la labor realizada propiamente por los mismos centros, estos entes aún son dependientes a las Cámaras a los cuales se encuentran adscritos. Además, la afluencia de casos recibidos no genera una necesidad operativa mayor a la que ya se tiene, lo que hace connotar que los centros venezolanos aún son relativamente pequeños, por lo que muy probablemente no ha surgido aún la necesidad de contar con una cantidad importante de trabajadores para que estos sean operativos.

Por otro lado, en lo que respecta al ODS 4, el que se encuentra dirigido a la educación de calidad, los centros podrían crear planes educativos, dirigidos a la promoción y reconocimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos a distintos niveles. Esto significa que al menos un representante de cada centro se dirija a universidades, colegios y escuelas presentando los medios alternativos de resolución de conflictos. Así como también podrían implementar planes en conjunto con los municipios en donde prestan sus funciones, para que elaboren centros de justicia o conciliación comunitaria.

Pero más allá de la educación desde un punto de vista estrictamente académico, los centros de arbitraje venezolanos podrían pactar convenios con las compañías que se encuentren afiliadas a las cámaras de comercio y asistan a estas empresas, pudiendo

⁸ Cámara de Comercio Internacional. "ICC reaches major arbitration milestone with 27.000 case." 06 de mayo de 2022. Consultado el 06 de abril de 2023. <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-reaches-major-arbitration-milestone-with-27000th-case/>

ser a través de la creación, dentro de la misma empresa, de una oficina de ómbudsman⁹ y mediación, como lo tiene la misma Organización de Naciones Unidas¹⁰, de la mano de mediadores pro – bono, para ayudar a los trabajadores de la compañía a solucionar las controversias que puedan sostener y a su vez, promocionando a la mediación como un medio eficaz en la resolución de los conflictos.

Así las cosas, de conformidad con Marlen Estévez¹¹, la mediación se cataloga como una piedra angular, al ser considerada como el medio adecuado para la solución de controversias, dentro del marco de la Agenda 2030, tal como indica a continuación:

Desde un punto de vista ambiental, al tratarse de un mecanismo de resolución de conflictos informal, la mediación requiere menos infraestructura física y recursos de apoyo que el arbitraje o la litigación ordinaria. La mediación no ha de valerse de magistrados, letrados de la administración de justicia, funcionarios, etc. ya que sólo requiere al mediador, las partes y salas de conferencias (que pueden ser virtuales). La modesta infraestructura y el apoyo del personal en la mediación se traduce directamente en: menor consumo de energía, menor huella de carbono y menos residuos de bienes consumibles, lo cual ayuda a la consecución del ODS 13, que tiene como objetivo adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

En el ámbito social, la mediación tiene diferentes funciones a través de las que puede colaborar en la consecución del ODS 16 y en la consiguiente transformación social. De ellas, destacamos tres: la función de prevención de conflictos y construcción de una dinámica relacional no confrontativa; la función de resolución de conflictos mediante el diálogo, la búsqueda de intereses comunes y la consecución de acuerdos satisfactorios para todas las partes implicadas; y la función educativa para las personas, organizaciones y la sociedad en general, en la cultura de respeto por los diferentes puntos de vista, comunicación no violenta, colaboración y construcción de la paz.

Desde el ángulo de gobierno corporativo, al ser un mecanismo de resolución de controversias no confrontativo y que tiende a preservar las relaciones, la mediación puede ayudar a prevenir y resolver eficazmente los conflictos relacionados con cuestiones de gobernanza.

Por ende, la recomendación que se le podría dar a los centros venezolanos para la aplicación de la mediación es precisamente la creación de un programa especial para mediadores, que se les brinde la oportunidad de formarse profesionalmente a través del aval de una universidad o instituto de educación superior, pero también puedan demostrar los conocimientos aprendidos fungiendo como mediadores pro – bono, frente a las oficinas de conciliación comunitaria, como también en las compañías o empresas que posean un convenio con los centros para la conciliación y el ómbudsman, o también, brindando el servicio de mediación para aquellos que acudan al centro respectivo, en necesidad de solucionar un conflicto.

⁹ El ómbudsman es un funcionario, que puede estar designado por el Estado, cuya función principal es investigar y recibir quejas contra instituciones financieras, universidades, departamentos gubernamentales y cualquier otro ente público, e intenta, a través de recomendaciones o mediación, resolver el conflicto o queja planteada.

¹⁰ Organización de Naciones Unidas. "Oficina de Ómbudsman y Servicios de Conciliación". Consultado el 19 de abril de 2023. <https://www.un.org/ombudsman/es/ombudsman/about-us>

¹¹ Marlen Estévez. "Cuando la mediación y la sostenibilidad van de la mano." Diario El País. 29 de julio de 2021. Consultado el 04 de abril de 2023. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/07/28/legal/1627487722_346731.html

En lo que respecta al ODS 16, el que se encuentra vinculado con la paz, la justicia y las instituciones, si las partes, debido al conflicto que se trate o la imposibilidad de conciliar, deciden acudir al arbitraje, pero se encuentran en una situación donde no puedan costear las tarifas administrativas del centro, honorarios de los árbitros y demás gastos y costas que puedan surgir, en aras de proteger el acceso a la justicia y cumplir con la obligación que supone al haber pactado el acuerdo de arbitraje, renunciando a la jurisdicción ordinaria y a su vez obligándose a afrontar las obligaciones del proceso, los centros venezolanos deberían reglamentar y presentar un mecanismo semejante al que tienen ciertos centros de arbitraje internacionales, como por ejemplo el Centro de Arbitraje de México¹², que consiste en la financiación de disputas, que de conformidad con Roque Caivano¹³, este mecanismo puede ser definido como:

consiste en una forma de financiamiento de los costos de litigar: un tercero, generalmente una empresa profesionalmente organizada y especializada en la prestación de este servicio, celebra un contrato con alguna de las partes de un proceso, por medio del cual el tercero aporta los fondos necesarios para sufragar los costos de ese proceso, a cambio de una retribución. A partir de este concepto general, las variantes pueden ser múltiples.

Con la financiación por parte de terceros, se aseguraría el acceso a la justicia de las partes. Sin embargo, este mecanismo posee ciertas fallas, como es la alta litigiosidad que puede presentarse, ya que pueden alentarse demandas potencialmente frívolas, así como también puede darse la situación de que los financistas solo se encuentren interesados en el financiamiento de disputas que presenten un alto grado de probabilidad de ganancia, y por ende la cantidad de solicitudes de financiación que son aceptadas por los financiadores, sería prácticamente nula.

Por otro lado, para los centros se generaría una labor de escrutinio bastante importante, ya que para considerar una empresa como financista es necesario hacer un estudio exhaustivo de las compañías que se postulan como financiadores, como es examinar las personas que componen su junta directiva o inspeccionar el origen de los fondos utilizados por la mencionada empresa.

A pesar de ello, se debe ponderar en una balanza qué sería más importante, denegar el acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho a la defensa y además incumplir con una de las obligaciones devengadas de la cláusula de arbitraje que surge por la imposibilidad de costear los honorarios y gastos del procedimiento o reglar un método a través del cual se elimine gradualmente la imposibilidad absoluta de acudir a la justicia arbitral tal como las partes acordaron al momento de celebrar el contrato.

¹² Centro de Arbitraje de México. "Financiación de disputas.". Consultado el 07 de abril de 2023. <https://camex.com.mx/financiacion-de-disputas/>

¹³ Roque J. Caivano. "Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global". Revista Argentina de Arbitraje No. 2 (2018). Consultado el 07 de abril de 2023. <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1411/Financiamiento%20por%20terceros%20en%20el%20arbitraje.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

A nivel de los 3 centros, no se cuenta aún con un mecanismo de financiamiento de terceros, pero lo que se realiza parcialmente, es que alguna de las partes solicita a la Dirección Ejecutiva del centro correspondiente, el fraccionamiento del pago que deben realizar en atención a los honorarios y gastos del proceso, esto en aras de no detener la tramitación del arbitraje y resguardar el acceso a la justicia.

Con respecto a los ODS que se encuentran estrictamente vinculados con la protección del medioambiente, los recursos y la realización de actividades sostenibles, se puede tomar el ejemplo dado por la Cámara de Comercio Internacional y el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago de Chile, que se explicarán a continuación.

La Cámara de Comercio Internacional cuenta, desde el 2019, con su propia iniciativa para concientizar a las pequeñas y medianas empresas sobre el cambio climático, conocida como *The Chambers Climate Coalition*¹⁴, cuyo propósito no es más que crear un foro global donde se le ofrezca a los miembros de la organización recomendaciones sobre prácticas sostenibles y rentables, alineadas con los objetivos a cumplir en el Acuerdo de París¹⁵.

Si bien la Cámara de Comercio Internacional cuenta con esta iniciativa para sus afiliados, los centros venezolanos podrían contar con su propio organismo si bien desearán crearlo, o adjuntarse a uno como la organización *Campaign For Greener Arbitrations*¹⁶, también creada en el 2019, que busca la reducción de la huella de carbono en los procedimientos arbitrales.

Es importante destacar que *Campaign For Greener Arbitrations*, cuenta con diversos protocolos para la tramitación del proceso arbitral, incluso posee uno de ellos especialmente dirigido a las instituciones arbitrales¹⁷, al cual pudiese suscribirse cualquier centro de arbitraje de Venezuela, siguiendo el ejemplo del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid¹⁸ (CIAM), el cual se sumó a la mencionada iniciativa en el año 2021. Asimismo, dentro del mencionado protocolo dirigido a instituciones arbitrales brindan, por ejemplo, las siguientes recomendaciones:

- Usar instalaciones de reciclaje;
- No exigir copias impresas de ningún documento y alentar la presentación electrónica;

¹⁴ The Chambers Climate Coalition. Consultado el 10 de abril de 2023. <https://www.chambers4climate.iccwbo.org/>

¹⁵ El Acuerdo de París es un tratado internacional sobre el cambio climático, firmado por 194 países durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el cual entró en vigor en el 2016.

¹⁶ Campaign for Greener Arbitrations. Consultado el 10 de abril de 2023. <https://www.greenerarbitrations.com/>

¹⁷ Campaign for Greener Arbitrations. "Green Protocol for Arbitral Institutions". Consultado el 09 de abril de 2023. <https://www.greenerarbitrations.com/green-protocols/arbitration-institutions>

¹⁸ "El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid apuesta por la sostenibilidad". Europapress. 13 de enero de 2021. Consultado el 09 de abril de 2023. <https://www.europapress.es/economia/noticia-centro-internacional-arbitraje-madrid-apuesta-sostenibilidad-20210113132943.html>

- Transmitir archivos de casos a los tribunales por medios electrónicos y proporcionar únicamente copias impresas cuando se solicite expresamente;

Por su parte, el CEDCA se encuentra comprometido con la tramitación del procedimiento arbitral a través de medios electrónicos, ya que cuenta con la Guía para Conducción de Casos A Través de Medios Electrónicos¹⁹ y a través de la Cámara Venezolano Americana de Comercio e Industria (VenAmCham), a la cual se encuentra adscrito, posee instalaciones de reciclaje. De igual forma, dentro de su Reglamento de Conciliación y Arbitraje se establecen una serie de disposiciones para la administración del procedimiento de conciliación y de arbitraje con la ayuda de la tecnología, e.g. artículo 17.2²⁰.

Por otro lado, el CACC posee el Reglamento para el Manejo de Procedimientos A Través de Medios Electrónicos²¹ que sirve como complemento para el Reglamento General del mencionado Centro, tal como se puede evidenciar en el segundo párrafo de su artículo 27²². Al igual que la CACCM que posee una disposición semejante a las de los otros dos centros, en su artículo 54²³.

Por ende, se podría decir que los centros de arbitraje venezolanos reconocen la utilización de los medios electrónicos como facilitadores del proceso y a su vez, como una vía para reafirmar su compromiso con las medidas de sustentabilidad, esto lo podemos evidenciar ya que los mismos centros tienen en común que poseen una copia fiel, exacta y digitalizada del expediente físico en un servicio de almacenamiento de archivos en línea. Sin embargo, es importante promover y concientizar sobre la sostenibilidad en lo relativo a la impresión sustentable de documentos entre los intervinientes

¹⁹ Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). "Guía para Conducción de Casos A Través de Medios Electrónicos." (2020). Consultado el 07 de abril de 2023. <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2022/03/Gu%C3%ADa-de-Medios-Electr%C3%B3nicos.-CEDCA-Marzo-2022.pdf>

²⁰ Artículo 17.2. del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA: Todos los escritos y sus anexos presentados por cualquiera de las partes, así como todas las comunicaciones emanadas del Tribunal Arbitral, deberán presentarse por vía electrónica en las condiciones que la Dirección Ejecutiva del CEDCA determine. El CEDCA imprimirá un ejemplar de cada escrito o comunicación, y sus anexos, para llevar un expediente en físico de cada caso.

²¹ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. "Reglamento para el manejo de procedimientos a través de medios electrónicos." (2020). Consultado el 07 de abril de 2023. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/08/REGLAMENTO-PARA-EL-MANEJO-DE-PROCEDIMIENTOS-A-TRAV%C3%89S-DE-MEDIOS-ELECTR%C3%93NICOS-CACC-DEF.pdf>

²² Segundo párrafo del artículo 27 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas: La solicitud podrá ser presentada en físico o vía correo electrónico. Si la solicitud fuere presentada vía correo electrónico, deberá ser enviada a las direcciones de correo indicadas en el Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos, mediante el envío en archivo adjunto no editable (PDF). Recibida la solicitud y sus anexos, la Dirección Ejecutiva procederá a la incorporación en el expediente electrónico y a la impresión de un ejemplar que reposará en el expediente físico. Los costos por concepto de impresión correrán por cuenta de la solicitante.

²³ Artículo 54 del Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Maracaibo: Las partes deben presentar todos sus escritos y anexos, así como cualquier notificación y/o comunicación dirigida a los árbitros o al CACCM, mediante correo electrónico a la dirección del CACCM, o en físico ante Director Ejecutivo. El CACCM deberá imprimir o anexar un ejemplar de cada escrito, anexo o comunicación, para llevar un expediente en físico de cada caso. Los documentos promovidos como prueba documental deberán presentarse en físico.

en los procedimientos tramitados frente a los centros, bien sea a través de la impresión sostenible, utilizando tintas ecológicas o maximizando el aprovechamiento de cada hoja al escoger un tipo de letra que reduzca el uso de la tinta, como es *Ecofont*²⁴.

Otro centro que reconoce la relevancia de los medios tecnológicos en la tramitación de los procedimientos arbitrales es el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM), que desde el 2013 cuenta con un sistema propio de tramitación electrónica en sus procesos de mediación y arbitraje llamado e-CAMSantiago²⁵. Entre los beneficios que enlista el CAM es que brinda el acceso remoto de los intervinientes, respalda el proceso de forma electrónica y almacena los escritos y documentos. Si bien la creación de una plataforma de semejante magnitud es bastante costosa, esta es una iniciativa que deben tener presente los centros de arbitraje de Venezuela, ya que más allá de facilitar todo el proceso de administración, archivo y orden de los expedientes, conlleva a una función mayor que es precisamente la disminución de las impresiones y de papel.

Finalmente, pero no menos importante, en relación con los ODS vinculados a la igualdad de género y a la reducción de las desigualdades, no se puede negar que en el caso venezolano, la inclusión de las mujeres en el campo arbitral es bastante provechoso, ya que las Directoras Ejecutivas de los 3 centros reseñados, quienes se encargan de velar por el cumplimiento de que los servicios prestados se realicen de manera eficiente, son mujeres. Esto no significa que no hay que continuar estimulando la inclusión de las mujeres, así como remarcar y seguir reforzando las iniciativas dirigidas a la reducción de las desigualdades y la igualdad de género, pero sí es un paso importante.

Así las cosas, existen campañas y organizaciones no gubernamentales que tienen por objeto la inclusión de más mujeres en el mundo arbitral, como es *Arbitral Women*²⁶ que cuenta con una serie de importantísimas funciones como serían la sensibilización del papel de la mujer y la diversidad en los mecanismos alternativos de resolución de disputas, organizar conferencias o seminarios relacionados a la inclusión y la diversidad, mantener una red de contactos internacionales de mujeres involucradas en los procedimientos de los medios alternativos de resolución de disputas, entre otros.

A su vez, *Arbitral Women* fomenta las campañas que promueven el acceso a las mismas oportunidades, la participación de minorías así como la igualdad de género, como son: *The Equal Representation In Arbitration Pledge*²⁷, *GQual Campaign*²⁸, *CPR*

²⁴ Ecofont es un tipo de letra de código abierto, el cual puede llegar ahorrar hasta un 20% de tinta al imprimir documentos utilizando este formato de letra.

²⁵ Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. "E-CAMSantiago". Consultado el 07 de abril de 2023. <https://www.camsantiago.cl/e-cam/e-cam/>

²⁶ Arbitral Women. "About Arbitral Women (AW)". Consultado el 08 de abril de 2023. <https://www.arbitralwomen.org/aw-outline/>

²⁷ Equal Representation in Arbitration Pledge surgió del reconocimiento de la disminuida representación de las mujeres en los tribunales arbitrales internacionales. A través de esta iniciativa se busca mejorar el perfil y la representación de las mujeres en el arbitraje así como la designación de más mujeres árbitros en igualdad de oportunidades.

²⁸ GQual Campaign es una campaña dirigida a la paridad de género en la representación internacional. Su máxima se basa en

*Diversity Pledge*²⁹. La promoción de este tipo de campañas y adopción de los principios contenidos en sus acuerdos por parte de las instituciones arbitrales venezolanas significarían un gran avance para la comunidad arbitral en general, ya que más allá de cumplir con los ODS respondería a la necesidad de reconocimiento, inclusión y valoración de las mujeres y minorías, mejorando el bienestar social, incentivando el crecimiento económico y aprovechar de la totalidad del recurso humano para el mejoramiento de las instituciones.

CONCLUSIONES

Precisamente por la no resolución de conflictos de manera adecuada y en el tiempo propicio, es que han surgido las desigualdades, el estancamiento y la falta de desarrollo que los ODS buscan atacar y detener, mediante la creación de conciencia y educación antes del momento más crítico.

Con los ODS se busca extinguir precisamente ese escenario que lleva utilizándose durante años, donde las personas no son debidamente representadas ni reconocidas o donde se ve al medio ambiente como una fuente inagotable de recursos que no merece respeto alguno.

Venezuela, se encuentra en la región con mayores desigualdades, lo que significa que las metas establecidas dentro de los ODS deberían ser tomadas aún más seriamente. Y al enfocarnos en los centros de arbitraje se puede evidenciar que hay formas de atajar el problema, de concientizar, de educar en el conflicto, de crear nuevos vínculos con distintas organizaciones, que al final la conclusión con mayor repercusión a la que se puede llegar es a la de aportar un grano de arena a la construcción de la sociedad que algún día esperamos ser.

BIBLIOGRAFÍA

Arbitral Women. "About Arbitral Women (AW)". Consultado el 08 de abril de 2023. <https://www.arbitralwomen.org/aw-outline/>

Caivano, Roque J. "Financiamiento por terceros en el arbitraje. Un análisis global". Revista Argentina de Arbitraje No. 2 (2018). Consultado el 07 de abril de 2023. <https://riuaustral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1411/Financiamiento%20por%20terceros%20en%20el%20arbitraje.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

la ruptura del techo de cristal que poseen las mujeres a través de 5 estrategias fundamentales: información, estándares o normativas, derechos, compromisos y conexión.

²⁹ Protocolo creado por Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR por sus siglas en inglés), cuya finalidad es aumentar e incluir mayor cantidad de personas que forman parte de diversas minorías en los medios alternativos de solución de controversias, garantizando que todo el talento humano sea utilizado en su máxima expresión para el mejoramiento continuo de las instituciones.

- Cámara de Comercio de Maracaibo. "Servicios". Consultado el 05 de abril de 2023. <https://ccm.org.ve/servicios/>
- Cámara de Comercio Internacional. "ICC reaches major arbitration milestone with 27.000 case." 06 de mayo de 2022. Consultado el 02 de abril de 2023. <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-reaches-major-arbitration-milestone-with-27000th-case/>
- Campaign for Greener Arbitrations. Consultado el 10 de abril de 2023. <https://www.greenerarbitrations.com/>
- Campaign for Greener Arbitrations. "Green Protocol for Arbitral Institutions". Consultado el 09 de abril de 2023. <https://www.greenerarbitrations.com/green-protocols/arbitration-institutions>
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. "¿Quiénes Somos?". Consultado el 04 de abril de 2023. <https://arbitrajeccc.org/nosotros/quienes-somos/>
- Centro de Arbitraje de México. "Financiación de disputas." Consultado el 07 de abril de 2023. Disponible en: <https://camex.com.mx/financiacion-de-disputas/>
- Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago. "E-CAMSantiago". Consultado el 07 de abril de 2023. <https://www.camsantiago.cl/e-cam/e-cam/>
- Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. "Nosotros". Consultado el 04 de abril de 2023. Disponible en: <https://cedca.org.ve/nosotros/>
- Estévez, Marlen. "Cuando la mediación y la sostenibilidad van de la mano". Diario El País. 29 de julio de 2021. Consultado el 04 de abril de 2023. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/07/28/legal/1627487722_346731.html
- Europapress. "El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid apuesta por la sostenibilidad." 13 de enero de 2021. Consultado el 09 de abril de 2023. <https://www.europapress.es/economia/noticia-centro-internacional-arbitraje-madrid-apuesta-sostenibilidad-20210113132943.html>
- Organización de las Naciones Unidas. "La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe". 2018. Pág. 7. Consultado el 02 de marzo de 2023. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/24/S1801141_es.pdf
- Organización de Naciones Unidas. "La Agenda para el Desarrollo Sostenible". Consultado el 02 de marzo de 2023. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>
- Organización de Naciones Unidas. "Oficina de Ómbudsmán y Servicios de Conciliación". Consultado el 19 de abril de 2023. <https://www.un.org/ombudsman/es/ombudsman/about-us>
- The Chambers Climate Coalition. Consultado el 10 de abril de 2023. <https://www.chambers4climate.iccwbo.org/>

Instrumentos de Soft Law

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. "Reglamento para el manejo de procedimientos a través de medios electrónicos. (2020). Consultado el 07 de abril de 2023. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/08/REGLAMENTO-PARA-EL-MANEJO-DE-PROCEDIMIENTOS-A-TRAV%20%89S-DE-MEDIOS-ELECTR%20%93NICOS-CACC-DEF.pdf>

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. "Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas" (2022).

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Maracaibo. "Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación." (2020)

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. "Guía para Conducción de Casos A Través de Medios Electrónicos". (2020). Consultado el 07 de abril de 2023. <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2022/03/Gu%C3%ADa-de-Medios-Electr%C3%B3nicos.-CEDCA-Marzo-2022.pdf>

Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. "Reglamento de Conciliación y Arbitraje" (2020)

Legislación

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 36.430. 07 de abril de 1998.

The trend of delocalization in arbitration

Cindy Di Felice*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 261-276

Abstract: Contrary to the traditional theory of the territoriality, new currents advocate arbitration procedures less subject to the control of the authorities and the laws of the seat, and propose a delocalized, floating or non-national arbitration. This is a controversial trend that has gained supporters and detractors in the doctrinal, legal and jurisprudential fields. Its development is noted in cases of international commercial content, which deserves a detailed study. Hence, this writing begins to expose the academic and jurisprudential debate that we are witnessing with respect to international arbitration, on the urgency of having a more autonomous arbitration system from the seat where the award has been issued.

Keywords: Arbitration, delocalization, case studies.

La tendencia de la deslocalización en el arbitraje

Resumen: *En contraposición la teoría tradicional de la territorialidad, nuevas corrientes abogan por procedimientos arbitrales menos sujetos al control de las autoridades y las leyes de la sede, y proponen un arbitraje deslocalizado, flotante o anacional. Esta es una tendencia controvertida que ha ganado adeptos y detractores en el campo doctrinal, legal y jurisprudencial. Se advierte su desarrollo en casos de contenido comercial internacional, lo que merece un estudio pormenorizado. De ahí que este escrito comience a exponer el debate académico y jurisprudencial que estamos presenciando con respecto al arbitraje internacional, sobre la urgencia de contar con un sistema arbitral más autónomo de la sede donde se ha dictado el laudo.*

Palabras clave: Arbitraje, deslocalización, estudio de casos.

Recibido: 16/8/2023

Aprobado: 21/10/2023

* Lawyer and Graduate in International Studies, Central University of Venezuela. Specialist in International Trade and Maritime Law with a *summa cum laude* mention, National Experimental Maritime University of the Caribbean.

The trend of delocalization in arbitration

Cindy Di Felice*
VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 261-276

SUMMARY:

1. Generalities. 2. The Delocalization Theory in Arbitration. 3. Case Studies. 4. Final Considerations. BIBLIOGRAPHIC REFERENCES.

1. Generalities

There has always been a tense relationship between arbitration and judicial jurisdiction since, on the one hand, the first seems to inevitably require the second for its effective materialization, but at the same time, it has become its nemesis, precisely for being the main source of the most serious obstructions to its operation.

Indeed, despite the highly defended and praised independence of arbitration, its anchoring to certain territory and its legal system has been seen as necessary for the fulfilment of a double function: support and control.

The arbitral seat serves as the formal place in which it is understood that the arbitration has been carried out and the arbitral award has been issued, thus marking the nationality of the procedure and the decision.

This is of paramount relevance because it is conceived that it has been the product of a procedure followed in accordance with the legal framework offered by the seat, it means, the law of the seat, also known as *lex loci arbitri* or *lex arbitrii*, and at the same time the authorities of that country will be the ones called to intervene to support the correct prosecution of the arbitration¹.

Given that the seat of the arbitration can be chosen by the parties, it is implied that it is another expression of the autonomy of their will, through which they not only choose the arbitration courts that will settle the controversies that arise but, also, coupled with that choice, the possible intervention of the judicial courts of that state is accepted, as well as the application and interpretation that they have on the arbitration law, and on other legal, social, cultural and economic aspects. Thus, each nation offers a sphere of

* Lawyer and Graduate in International Studies, Central University of Venezuela. Specialist in International Trade and Maritime Law with a *summa cum laude* mention, National Experimental Maritime University of the Caribbean.

¹ María Fernanda Vásquez Palma. *Relevancia de la Sede Arbitral y Criterios que Determinan su Elección*. (Revista Chilena de Derecho Privado, N°16, 2011). Online version available on: <https://n9.cl/plwle>.

different possibilities that may be more or less attractive to the actors, understanding that this system will also provide the applicable legislative context in the face of hypothetical gaps in the contractual stipulations, or even overlap them in certain occasions².

Indeed, the fact that an international arbitration is based in a specific territory becomes relevant to determinate the legal system that will serve to check the legality of the arbitration process and the adherence to the law of its result, as well as the faculties of the judges in relation to the support and control functions that must be exercised and the procedural guidelines. At the same time, the determination of the nationality of the award depends on its classification as national or international and, consequently, on the clarification of the treatment that will be given to it as outcome³.

Being that the designation of the arbitral seat in many legal systems and international instruments is usually optional for the contracting parties, and that choice often has little or nothing to do with the factual elements of the cause to be resolved, it could be affirmed that it constitutes a kind of legal fiction, given that the matter to be resolved has no connection whatsoever with the jurisdiction chosen to hold the arbitration, and it could even be thought of as a forum shopping.

The character of authentic legal fiction that is evident above all in those cases where the dispersion of arbitration elements between different countries becomes evident, invites us to think about the relevance of these processes not being anchored to a single national system, but rather completely disassociated from all national law, and makes us believe that in these situations a supreme value have to be given to the autonomist or contractual freedom principle, which, basically, is the main foundation of all arbitration proceedings⁴.

Based on that, many currents have emerged challenging the figure of the arbitration seat, trying to minimize its importance or limiting its implications with respect to the arbitration process and the decision derived from it. In this sense, J. Paulsson affirms that in international commercial arbitrations the influence of the seat with respect to the award should be restricted, especially if it is taken into account that many times this does not even obey the will of the actors but rather an institution, and still in the cases in which it is left to the choice of the interested parties, it usually represents the imposition of the will of the stronger contracting party over the weaker one, undermining the principle of contractual autonomy. By virtue of the foregoing, it is stated that the

² María Fernanda Vásquez Palma. *Relevancia de la Sede Arbitral y Criterios que Determinan su Elección*. (Revista Chilena de Derecho Privado, N°16, 2011). Online version available on: <https://n9.cl/plwle>.

³ María Fernanda Vásquez Palma. *Relevancia de la Sede Arbitral y Criterios que Determinan su Elección*. (Revista Chilena de Derecho Privado, N°16, 2011). Online version available on: <https://n9.cl/plwle>.

⁴ Guillermo Palao Moreno. *El Lugar de Arbitraje y la 'Deslocalización' del Arbitraje Comercial Internacional*, (Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 130, 2011).

jurisdiction of the seat of arbitration should not have the power to apply local provisions of all kinds, including those adverse to the international order, to achieve the annulment of the arbitral award⁵.

In fact, jurisprudential practice demonstrates the negative impact that this can cause in international arbitrations, arousing serious complications, inaccuracies⁶ and disrupting the legal certainty.

A corollary of this is the clear weakening that the territorialism theory of arbitration has suffered in contemporary practice, as opposed to the strengthening of the tendencies towards the consecration of an increasingly free and autonomous international commercial arbitration, which we appreciate both in legal instruments national and international, as in awards and in the submission agreements to this alternative method of dispute resolution⁷.

2. The Delocalization Theory in Arbitration

The Delocalization theory is inserted in this line of thought, according to which international commercial arbitration is self-sufficient, with the parties enjoying the power to design the arbitration process independently of the imperative procedural rules that govern the country where it is being followed the arbitration⁸.

This theoretical construction is based on the premise that the arbitration process is self-regulated, and although the parties may abide by certain procedural rules as a result of *ad hoc* arbitration or provided under institutional arbitration, its nature refers to the fact that disputes are resolved through mutual understanding and cooperation between the parties, since arbitration is a private matter in which the interested parties have agreed to embark sovereignly to settle their disputes, for which judicial intervention would not be justified⁹.

Starting from this premise, both, the arbitration and the ruling resulting from it, would be simple extended manifestations of the autonomy of the contracting parties, for which reason they should be abstracted from the control of the courts of the country

⁵ Guillermo Palao Moreno. *El Lugar de Arbitraje y la 'Deslocalización' del Arbitraje Comercial Internacional*, (Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 130, 2011).

⁶ Katarzyna Piątkowska. *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization") in the context of the US Federal Court decision in Chromalloy Aeroservices Inc. v Arab Republic of Egypt 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in Yukos Capital SARL v OAO Rosneft [2009]*. (Acta Erasmiana, Varia, 2013). Online version available on: <https://n9.cl/4yshm>.

⁷ José Carlos Fernández Rozas. *El Arbitraje Comercial Internacional entre la Autonomía, la Anacionalidad y la Deslocalización*. (Revista Española de Derecho Internacional, N° 58, 2005).

⁸ Santiago Talero Rueda. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

⁹ Zaherah Saghir and Chrispas Nyombi, *Delocalisation in International Commercial Arbitration: A Theory in Need of Practical Application*, (International Company and Commercial Law Review, 27 (8) 2016).

where they have been generated, and be understood rather that they are unnational, since, as explained above, they do not have a true link with the legal system of the place where the arbitration was carried out¹⁰.

Certainly, among the multiple elements that make arbitration a more attractive option compared to the judicial jurisdiction, are precisely the freedom and flexibility it offers, for which many argue that it should not be subject to the mandatory laws of the arbitral seat¹¹.

However, the supporters of this theory explain that this does not mean that the award escapes all types of control, since it would be tied to the review by the jurisdiction where it is presented for its execution¹², with which the respect for the rights and guarantees of the parties and the legality of the proceedings would be guaranteed.

In other words, what it is proposed is to eliminate the possibility of filing an annulment appeal in the country where the arbitration is held against international arbitral awards, limiting its control only by the courts of the country where its recognition and enforcement is raised, thus moving away from the traditional conception that gives paramount importance to the seat of arbitration¹³.

Definitely, it is a notion that, in contrast to the traditional tendency to concentrate the elements and actions of the arbitration procedure in a single venue, focuses on its international real character, since it is connected with various national systems. And although this is not something new, without a doubt it has been favoured by realities such as the virtualization of contracts, the digitization of processes and the increasingly massive use of information and communication technologies¹⁴.

It is estimated that the first ideas that pointed to Delocalization in arbitration arose at the time of drafting the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards or the New York Convention of 1958, thus moving away from the current of localization that was popular in the 1940s and early '50s¹⁵. The Article VII of the aforementioned international legal instrument reads as follows:

¹⁰ Santiago Talero Rueda. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

¹¹ Katarzyna Piątkowska. *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization") in the context of the US Federal Court decision in Chromalloy Aeroservices Inc. V Arab Republic of Egypt 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in Yukos Capital SARL v OAO Rosneft [2009]*. (Acta Erasmiana, Varia, 2013). Online version available on: <https://n9.cl/4yshm>.

¹² Santiago Talero Rueda. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

¹³ José Carlos Fernández Rozas. *El Arbitraje Comercial Internacional entre la Autonomía, la Anacionalidad y la Deslocalización*. (Revista Española de Derecho Internacional, N° 58, 2005).

¹⁴ Guillermo Palao Moreno. *El Lugar de Arbitraje y la 'Deslocalización' del Arbitraje Comercial Internacional*, (Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 130, 2011).

¹⁵ Sadaff Habib. *Delocalized Arbitration myth or reality? Analyzing the interplay of the delocalization theory in different legal systems*. (The British University in Dubai, Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of MSC Construction Law and Dispute Resolution, 2013).

- The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon¹⁶.

Concomitantly, in its article V it provides:

- Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: ...”.

As can be seen, the first transcribed norm establishes the acceptance of the recognition and execution of the foreign arbitral award, when the jurisdiction within which it is desired to assert establishes dispositions about recognition and execution of the arbitral award, which are more favourable to its provenance than the treatment provided for the New York Convention. At the same time, the article V.1., highlights the discretionary power that the courts must have to determine the recognition and execution of a foreign award that is presented to them, despite the fact that grounds for denial are established, including their annulment by of the courts of the arbitral seat¹⁷.

Experts in the area, such as R. Goode in his article *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration* (2001), have not hesitated to interpret these international norms as a mechanism by the supranational legislator to try to free the international arbitration process from the domain of the law of the place of arbitration, thereby entailing a position in favour of the Delocalization¹⁸.

Consistently, Jan Paulsson explains that when an award has been annulled by the courts of the jurisdiction where the arbitration process was conducted, due to violations of the national system, for example if the award was rendered in a language that is not the official one of the host country, configuring a ground for nullity according to that legislation, the judge of the other country to whom the recognition and execution is requested, can ignore that sentence that annuls the award and decide to give it execution as long as it verifies that the award complies with international standards, as the ones contained in the Article 36.1. of the UNCITRAL Model Law and reproduced in Article V.1. of the New York Convention¹⁹.

¹⁶ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958).

¹⁷ Santiago Talero Rueda. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

¹⁸ Sadaff Habib, *Delocalized Arbitration myth or reality? Analyzing the interplay of the delocalization theory in different legal systems*. (The British University in Dubai, Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of MSC Construction Law and Dispute Resolution, 2013).

¹⁹ Dyalá Jiménez Figueres. *La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales*. (Revista Brasileira de Arbitragem Privado, N° 5, 2005). Online versión on: <https://n9.cl/ihr4z>.

However, not only in the New York Convention we find guidelines of this nature, the Institute of International Law in 1989 adopted a resolution on arbitration between states, companies or state entities, and foreign companies, in which all reasoning is categorically objected to legal and philosophical against anational or denationalized arbitration²⁰.

At the same time, renowned academics have shown their support for the Delocalization theory. Von Mehren, rapporteur of the recently referenced resolution of the Institute of International Law, stresses the primacy of the arbitration agreement as the true statute of arbitration; concomitantly, on this point, Goldman concludes that the only way to avoid an irrational and unjustifiable system is to consider the arbitration as autonomous, non-national and independent of its seat²¹.

To this list is added J. Lew who, supported by Emmanuel Gaillard, considered that even a hybrid position on the autonomy of international arbitration did not reflect its true *sui generis* nature²².

At present there is no agreed definition of what should be understood by delocalized, floating, anational or supranational arbitration, as it has wanted to be identified, however, in order to understand this theory, we could try to systematize its content in four aspects.

A first current focused on the delocalization of the execution, with which, the local annulment decisions would not have international effects, being able the courts of another country to accede to the recognition and the execution of an annulled award in another jurisdiction. Simultaneously, some other authors speak of a possible delocalization of the nullity itself, which would imply the possibility of excluding any appeal for annulment regardless of the constituency in question²³.

Then, we would have a third proposal that suggests the delocalization of the arbitration procedure, which basically states the non-application of arbitration law and limits judicial assistance to arbitration; and finally, a fourth sub-theory that proposes the delocalization of the applicable law, through the reduction of the relevance or interference of the role of the law of the seats in the arbitration procedures²⁴.

²⁰ Hege Elisabeth Kjos. *Applicable Law in Investor–State Arbitration*, (OXFORD, 1a ed., 2013).

²¹ Hege Elisabeth Kjos. *Applicable Law in Investor–State Arbitration*, (OXFORD, 1a ed., 2013).

²² Sadaff Habib. *Delocalized Arbitration myth or reality? Analyzing the interplay of the delocalization theory in different legal systems*. (The British University in Dubai, Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of MSc Construction Law and Dispute Resolution, 2013).

²³ Francisco González de Cossío, *El arbitraje al derecho y al revés* (Palestra editores, 2020).

²⁴ Francisco González de Cossío, *El arbitraje al derecho y al revés* (Palestra editores, 2020).

In this way, the theory of delocalized arbitration has been gaining strength, even reaching application in practice. Certainly, a jurisprudential review will reveal how the judges have used arguments that support the delocalization of arbitration to validate awards previously annulled at their seats.

It is pertinent to mention the impulse that this current has had, especially in the Dutch and French systems, where the courts have followed a trend that seems to favour of the delocalization of arbitration through the recognition and execution of awards regardless of whether they have been annulled in the jurisdictions of the country where the arbitration has taken place.

Focusing on the French case, possibly the most advanced system in the adoption of this theory, 'international arbitration is generally seen as a completely "delocalized" mechanism, that is, it is not linked to or dependent on any national legal system including that of the seat of the arbitration itself'²⁵.

3. Case Studies

In this sense, it is exemplifying to name a few cases that have historically been of great interest to the academic community in this topic.

3.1. Yukos Capital SARL v OAO Rosneft [2009], case number: 200.005.269/01, 28 April 2009.

In this case, the Amsterdam Court of Appeal approved the enforcement of four arbitration awards that had previously been set aside in the country of origin, Russia, by virtue of the content of the New York Convention of 1958.

Basically, the Amsterdam Court of Appeal decided to reverse the decision of the first instance court that granted exequatur to the ruling of the Russian Civil Court that annulled those awards after the appeal filed by Yukos Capital.

The motives of the court are based on the questioning of the body that issued the declaration of nullity. Indeed, the court based its decision on the closeness of the Rosneft oil company and the Russian State, as well as multiple international indicators that highlighted the lack of independence of the Russian judiciary system, since it is under the influence of the Executive Power, and due the first was used as a mere political instrument by the second. This is why the Amsterdam Court of Appeal concluded that it was very possible that the annulment sentence of the Russian Civil Court, where the awards were annulled, was simply a manifestation of that reality, where the judicial

²⁵ Manuel A. Gómez. *La Dificil Relación entre la Anulación y el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Internacional*. (OEA/Ser.D/XIX.15).

process followed was stifled and lacking in independence, for which reason the results of a case followed under these circumstances do not deserve to be recognized in the Netherlands²⁶.

According to what was reasoned by the Court of Appeal, the question of whether the Dutch courts should recognize the decisions of the Russian courts to annul the awards is something that escapes from what is established in the New York Convention, and this issue must be reviewed in the light of Dutch Private International Law²⁷.

The Court then reasoned that, if the decisions to set aside were not recognised, they had to be ignored for the purposes of Article V(1)(e) of the New York Convention. The Court of Appeal then held: Since it is very likely that the judgments by the Russian civil judge setting aside the arbitration decisions are the result of a dispensing of justice that must be qualified as partial and dependent, said judgments cannot be recognized in the Netherlands. This means that in considering the application by Yukos Capital for enforcement of the arbitration decisions, the setting aside of that decision by the Russian court must be disregarded²⁸.

This is how the Court of Appeals, rescuing that the 1958 New York Convention leaves room to enforce an arbitral award that has been annulled, affirms that it is not obliged to deny the enforcement of an annulled arbitral awards when the foreign judgment of annulment cannot be recognized by the national system, especially if, as in this case, said sentence does not satisfy the principles of due process and its recognition would entail the infringement of state public order²⁹.

3.2. Chromalloy Aeroservices, a Division of Chromalloy Gas Turbine Corporation v. Arab Republic of Egypt, US District Court in Columbia, District of Columbia, 31 de julio de 1996 (939 F.Supp. 907).

In this case the US District Court in Columbia ordered the execution of an arbitral award, even though it had been declared null and void by the Egyptian Court of Appeals.

Summarizing the facts of the case, we have that Chromalloy Aeroservices, a United States company signed with the Air Force of the Arab Republic of Egypt, a contract for the supply of spare parts, technical assistance and maintenance of helicopters for its

²⁶ Francisco González de Cossío. *Ejecución de Laudos Anulados: Hacia un Estándar Analítico Uniforme*. (Arbitraje PUCP, Núm. 4, 2014). Online versión on: <https://n9.cl/r7me8>

²⁷ Katarzyna Piątkowska. *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization") in the context of the US Federal Court decision in Chromalloy Aeroservices Inc. v Arab Republic of Egypt 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in Yukos Capital SARL v OAO Rosneft [2009]*. (Acta Erasmiana, Varia, 2013). Online version available on: <https://n9.cl/4yshn>.

²⁸ Katarzyna Piątkowska. *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization") in the context of the US Federal Court decision in Chromalloy Aeroservices Inc. v Arab Republic of Egypt 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in Yukos Capital SARL v OAO Rosneft [2009]*. (Acta Erasmiana, Varia, 2013). Online version available on: <https://n9.cl/4yshn>.

²⁹ Francisco González de Cossío. *Ejecución de Laudos Anulados: Hacia un Estándar Analítico Uniforme*. (Arbitraje PUCP, Núm. 4, 2014). Online versión on: <https://n9.cl/r7me8>

national air force. An arbitration clause was included in the contract according to which Cairo was chosen as the venue for possible arbitrations, and it was established that the decision of this process would be final and binding³⁰.

Egypt unilaterally terminated the contract and Chromalloy initiated an arbitration proceeding that ended with the ordering to the nation to pay a compensation due to early and unfair termination of the contract. The Egyptian government turns to the country's Courts of Appeal, who decided to annul that arbitration decision, alleging that the arbitration court had applied the private law rules of Egypt when they should have used the provisions of national administrative law³¹.

To decide this controversy, the US district judge's line of reasoning followed two directions, the first of which was to determine whether, according to US law, the award could be enforced, and the second to analyse whether the impossibility of enforcement was due to the existence of an annulment decision³².

As we observed in the previous case, here the District Court upholds its decision based on the content of the New York Convention. Indeed, the judgment concludes that, although in accordance with Article V of the Convention, the recognition and enforcement of an award may be rejected if it has been annulled under the *lex arbitri*, the same instrument in its Article VII provides that no party shall be deprived of the rights that would have corresponded to it if the law of the country in which it is intended to enforce the award were applied³³.

This is how the judge concludes that, in accordance with the Convention, the petitioner maintains all rights to the execution of this arbitral award that he would have in the absence of the Convention, and therefore, if the Convention did not exist, they should go to the content of the Federal Arbitration Law, which would provide Chromalloy with the legitimate possibility of filing a request for enforcement of the annulled arbitral award³⁴.

³⁰ Santiago Talero Rueda. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

³¹ Santiago Talero Rueda. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

³² Francisco González de Cossío. *Ejecución de Laudos Anulados: Hacia un Estándar Analítico Uniforme. (Arbitraje PUCP, Núm. 4, 2014)*. Online versión on: <https://n9.cl/r7me8>.

³³ Katarzyna Piątkowska. *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization") in the context of the US Federal Court decision in Chromalloy Aeroservices Inc. V Arab Republic of Egypt 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in Yukos Capital SARL v OAO Rosneft [2009]*. (Acta Erasmiana, Varia, 2013). Online version available on: <https://n9.cl/4yshm>.

³⁴ Katarzyna Piątkowska. *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization") in the context of the US Federal Court decision in Chromalloy Aeroservices Inc. V Arab Republic of Egypt 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in Yukos Capital SARL v OAO Rosneft [2009]*. (Acta Erasmiana, Varia, 2013). Online version available on: <https://n9.cl/4yshm>.

Certainly, the Court of the District of Columbia determined that the spirit of the Federal Arbitration Act consists of preserving the final and binding character of the arbitral awards, hence the annulment of the award was against the public order of the United States and that if it had been duly interpreted arbitration clause inserted in the contract it would not have been possible to act against the award since the referred clause made it impossible³⁵.

3.3. Société Hilmarton Ltd. v. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV), Court of Cassation, France, March 23, 1994 (Arrêt n° 484 P) (“Hilmarton”).

This dispute originated from an intermediation contract between Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV) and the English company Hilmarton Ltd, the breach of which gave rise to an arbitration procedure in Geneva.

Specifically, the British company that OTV complied with the agreement according to which Hilmarton would act as an intermediary before the competent authorities of Saudi Arabia in order to obtain the award of a contract for OTV. This breach gave rise to arbitration which resulted in the annulment of the contract as it was considered contrary to international public order³⁶.

Hilmarton filed an appeal for annulment against the arbitral ruling in the courts of the arbitral seat and the Swiss judge invalidated that decision, alleging that although the contract could be considered contrary to public order in a third State, it was not contrary to public order Swiss international. This gave rise to the initiation of a second arbitration procedure, but at the same time OTV presented the exequatur of the first award in France, which dismissed the annulment based on Article VII of the New York Convention³⁷.

The central arguments of the French *Cour de Cassation* to proceed with the execution of the annulled award were that the arbitral award was not a verdict integrated into the Swiss legal order, coupled with the fact that the Article VII of the New York Convention allows disregarding of the annulment of an award (under Article V(1) (e)) provided that the law of the country where enforcement is sought so allows, and certainly French public order was not affected by its content³⁸.

³⁵ Santiago Talero Rueda. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

³⁶ Santiago Talero Rueda. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

³⁷ Andrea Jiménez and Yamila Reinides. *¿Existe la vida después de la muerte?: Reconocimiento y ejecución de laudos anulados en sede extranjera* (Forseti. Revista De Derecho, 2(2), 2019).

³⁸ Francisco González de Cossío. *Ejecución de Laudos Anulados: Hacia un Estándar Analítico Uniforme*. (Arbitraje PUCP, Núm. 4, 2014). Online versión on: <https://n9.cl/r7me8>.

The sentencing judge understands that the Swiss judgment was an international instrument that formed part of the legal order of said State, which did not change even if it had been annulled, and maintaining its existence and its recognition in France was not contrary to the international public order. Thus, they used the content of article V(1)(e) of the Convention, to affirm that the annulment of the judgment issued in Geneva does not constitute, in accordance with the article 1502 of the New Code of Civil Procedures, a valid ground for denying in France the enforcement of an international commercial award annulled abroad in accordance with the local law, as it is not contrary to the international public order³⁹.

Similarly, and following this same criterion, in the Bechtel case, the *Cour d'appel* of Paris in 2005 recognized the exequatur in France of an award resulting from a process conducted in Dubai, despite the fact that it had previously been annulled by the judicial system of the host State due to the violation of a formality of the local law, thus the award acquired full effect in the place of execution, being absolutely disconnected from the legal order of the country where it was pronounced⁴⁰.

Along the same lines, other cases can be mentioned, such as the one given in 1984 between Société Pablak Ticaret Limited Sirketi against Norsolor S.A., where the French Court of Cassation regarding the declaration of annulment of the award previously issued by the Court of Appeal of Vienna, due to the lack of certainty that, in his opinion, the award generated by being based on the *lex mercatoria*, decided to give the award enforceability by sustaining that the annulment violated the rights of the petitioner under the French law. Or, more recently, the case of the Société PT Putrabali Adyamulia against the Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices, where the French Court of Cassation also decided to enforce an award annulled abroad, but this time on the grounds that it was an instrument of international justice and the annulment decision emanating from another State, is not justification to reject its execution on French territory⁴¹.

4. Final Considerations

As can be seen, this doctrine has not remained in academic theorizing, but it has also seen its application in practice, especially in cases of international commercial arbitration, where we realize that arbitral awards, once buried by an annulment decision, have brought back to life thanks to a favourable pronouncement that has given them full effects.

³⁹ Francisco González de Cossío. *Ejecución de Laudos Anulados: Hacia un Estándar Analítico Uniforme*. (Arbitraje PUCP, Núm. 4, 2014). Online versión on: <https://n9.cl/r7me8>.

⁴⁰ Andrea Jiménez and Yamila Reinides. *¿Existe la vida después de la muerte?: Reconocimiento y ejecución de laudos anulados en sede extranjera* (Forseti. Revista De Derecho, 2(2), 2019).

⁴¹ Francisco González de Cossío. *Ejecución de Laudos Anulados: Hacia un Estándar Analítico Uniforme*. (Arbitraje PUCP, Núm. 4, 2014). Online versión on: <https://n9.cl/r7me8>.

Certainly, within the framework of commercial arbitration we find, at one extreme, the defenders of the territorialism conception who tell us that international commercial arbitration must be understood as a concession by the State, so that the action of the arbitrators is a derivation of the sovereign authority of the latter, understanding that the procedure is a matter of public order and therefore the State must exercise control over them and their results⁴².

On the other is the delocalization, which personifies a innovative proposal and, contrary to the one just mentioned, which, as we have explained in more detail lines above, assumes that the interference of the State in the control of arbitration exposes the dispositive principle to a possible undermining, since an intrusive activity of the national judicial scheme could go against what the parties have chosen when designing their arbitration process by virtue of the autonomy of the will.

And although as admirers of the Law we are seduced by the desire for new trends and currents to emerge that will lead it to evolve and to its very unattainable perfection, we must be aware that there may be serious dangers that are hidden under a façade of modernization that would end up challenging fundamental pillars of this science such as legal certainty, the protection of the rights of the weakest legal part, and the fortification of the international system against the fraud to the law, which have been issues that have demanded a lot of work in the field of Private International Law since past centuries.

That is why taking a position against the delocalization of arbitration should not be taken lightly, not even by legal scholars, much less by justice workers, even less if we take into account that our legal systems are becoming more and more porous and influenced by what happens in the international sphere.

Any position against or in favour of a more or less flexible acceptance of the enforceability of previously annulled awards on foreign country must necessarily be accompanied by a thoughtful disquisition where not only the factual results of the specific case are analysed, but also the level of adherence of those outcomes to the fundamental principles of Private International Law, based on the recognition and respect of the legal and judicial systems of other States.

⁴² Kristhy Marian Herrera Bonilla. *Aspectos Actuales del Arbitraje Comercial Internacional*. (Cuadernos de la Maestría en Derecho, N° 6, 2017).

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958).
- Fernández Rozas, José Carlos. *El Arbitraje Comercial Internacional entre la Autonomía, la Anacionalidad y la Deslocalización*. (Revista Española de Derecho Internacional, N° 58, 2005).
- Gómez, Manuel A. *La Difícil Relación entre la Anulación y el Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Internacional*. (OEA/Ser.D/XIX.15).
- González de Cossío, Francisco. *Ejecución de Laudos Anulados: Hacia un Estándar Analítico Uniforme*. (Arbitraje PUCP, Núm. 4, 2014). Online versión on: <https://n9.cl/r7me8>.
- Habib, Sadaff. *Delocalized Arbitration myth or reality? Analyzing the interplay of the delocalization theory in different legal systems*. (The British University in Dubai, Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of MSc Construction Law and Dispute Resolution, 2013).
- Herrera Bonilla, Kristhy Marian. *Aspectos Actuales del Arbitraje Comercial Internacional*. (Cuadernos de la Maestría en Derecho, N° 6, 2017).
- Jiménez, Andrea and Reinides, Yamila. *¿Existe la vida después de la muerte?: Reconocimiento y ejecución de laudos anulados en sede extranjera* (Forseti. Revista De Derecho, 2(2), 2019).
- Jiménez Figueres, Dyalá. *La madurez del arbitraje comercial internacional: de laudos extranjeros y laudos internacionales*. (Revista Brasileira de Arbitragem Privado, N° 5, 2005). Online version on: <https://n9.cl/ihr4z>.
- Kjos, Hege Elisabeth. *Applicable Law in Investor–State Arbitration*, (OXFORD, 1a ed., 2013).
- Palao Moreno, Guillermo. *El Lugar de Arbitraje y la 'Deslocalización' del Arbitraje Comercial Internacional*, (Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 130, 2011).
- Hege Elisabeth Kjos, *Applicable Law in Investor–State Arbitration*, (OXFORD, 1a ed., 2013).
- Piątkowska, Katarzyna. *The concept of "denationalization" (or the equivalent "delocalization") in the context of the US Federal Court decision in Chromalloy Aeroservices Inc. V Arab Republic of Egypt 939 F. Supp. 907 (DDC 1996) and the Amsterdam Court of Appeal Decision in Yukos Capital SARL v OAO Rosneft [2009]*. (Acta Erasmiana, Varia, 2013). Online version available on: <https://n9.cl/4yshm>.
- Saghir, Zaherah and Nyombi, Chrispas. *Delocalisation in International Commercial Arbitration: A Theory in Need of Practical Application*, (International Company and Commercial Law Review, 27 (8) 2016).
- Talero Rueda, Santiago. *Deslocalización del arbitraje comercial internacional: ¿hacia dónde va la Convención de Nueva York?*. (Revista de Derecho Privado, N° 28, 2002). Online version available on: <https://n9.cl/abfh1>.

Vásquez Palma, María Fernanda. *Relevancia de la Sede Arbitral y Criterios que Determinan su Elección*. (Revista Chilena de Derecho Privado, N°16, 2011). Online version available on: <https://n9.cl/plwle>.

El Fenómeno de la Constitucionalización del Arbitraje: Un examen sobre sus efectos

Sebastian J. Zabaleta*

Raul A. Ruiz Aguirre**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 277-312

Resumen: En este trabajo se aborda la constitucionalización del arbitraje desde la perspectiva de las consecuencias generadas por dicho fenómeno. Para ello, se hace un somero repaso de jurisprudencia seleccionada en América Latina, con vistas al análisis de los problemas más relevantes que se han presentado con la constitucionalización del arbitraje; dentro del estudio se ahonda también en la concepción del arbitraje como un derecho fundamental y una garantía institucional como uno de los efectos de su constitucionalización, todo para responder si, en definitiva, la constitucionalización del arbitraje ha ayudado a construir o a destruir el arbitraje.

Palabras clave: Arbitraje, Derecho Constitucional, Constitucionalización del Arbitraje, Derecho Comparado.

The phenomenon of the constitutionalization of arbitration: An examination of its effects

Abstract: *In this paper, the authors approach the constitutionalization of arbitration from a consequential perspective. To this end, a brief review of selected jurisprudence in Latin America is made, with a view to analyzing the most pressing issues that have arisen from this phenomenon; within this research, the authors also explore the conception of arbitration as a constitutional right and institutional guarantee as part of the effects of its constitutionalization, all in order to answer whether this phenomenon has fostered the development of arbitration or its destruction.*

Keywords: *Arbitration, Constitutional Law, Arbitration Constitutionalization, Compared Law.*

Recibido: 31/8/2023

Aprobado: 19/12/2023

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV), Abogado en Consultores Jurídicos Ayala, Dillon, Fernández & Chavero (CJ Legal).

** Estudiante de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Asistente legal en Araque, Reyna, Sosa, Viso & Asociados (AraqueReyna).

El Fenómeno de la Constitucionalización del Arbitraje: Un examen sobre sus efectos

Sebastian J. Zabaleta*
Raul A. Ruiz Aguirre**
VENEZUELA
AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 277-312

SUMARIO:

1. A modo de introducción. 2. La constitucionalización del Arbitraje. 2.1. Una historia de allá y de acá. 2.2. El arbitraje como un derecho y una garantía. 3. El proceso arbitral como fuente tutelar de derechos y libertades. 3.1. La realización de derechos y garantías fundamentales. 3.2. Una expresión del Estado de Derecho moderno. 4. Las interacciones del arbitraje con el derecho constitucional. 4.1. La autonomía del arbitraje como "equivalente jurisdiccional". 4.2. El diálogo entre la justicia arbitral y estatal. 4.3. La mínima intervención judicial y la recurribilidad excepcional del laudo. 4.4. El árbitro como garante de la Constitución. 5. A modo de conclusión. BIBLIOGRAFÍA.

1. A modo de introducción

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos que precede a la concepción actual de Estado, su antigüedad, origen democrático y probada eficacia ha causado un efecto expansivo en cuanto a su legitimidad en la actualidad. Siendo su naturaleza *sui generis*, es decir, que no se agota en la naturaleza contractual que solo marcó su inicio; ni en la jurisdiccional que no extingue la autonomía de la voluntad sino por el contrario se reconoce hoy en día como una alternativa para la resolución de conflictos, con una naturaleza autónoma, singular y distintiva.

Dentro de este marco de ideas, la concepción constitucional del arbitraje no sólo origina un reconocimiento de la institución arbitral más allá de una simple excepción a la jurisdicción estatal, sino también concibe un derecho fundamental protegido por la Constitución, lo que demuestra el beneplácito de los Estados con este no tan nuevo paradigma de administración de justicia.

En ese sentido, el arbitraje, al poseer función jurisdiccional, debe velar por la protección y garantía de los derechos de los particulares que acceden a este para dirimir sus controversias; si bien la fuente principal de protección de derechos se encuentra en

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV), Abogado en Consultores Jurídicos Ayala, Dillon, Fernández & Chavero (CJ Legal).

** Estudiante de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Asistente legal en Araque, Reyna, Sosa, Viso & Asociados (AraqueReyna).

las instituciones del Estado, este mecanismo ha demostrado la alternatividad del derecho y de las instituciones encargadas de administrar justicia, que al mismo tiempo debe coexistir y relacionarse con la actividad propia del arquetipo estatal para cumplir su fin.

El vínculo creado entre el arbitraje y el derecho estatal a raíz del llamado proceso de constitucionalización del arbitraje como un fenómeno latinoamericano es de larga data como se estudia en este trabajo, consolidando de esa forma un puente entre ambas instituciones, lo cual indudablemente ha originado una serie de reacciones, ventajas, problemas y obligaciones que se analizarán en las próximas líneas.

La investigación que se presenta en las líneas que siguen, busca exponer la forma en la que el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje ha influido en el desarrollo de la práctica arbitral, junto con los perjuicios y/o beneficios que tal consideración pudo haber generado.

Para ello, se han examinado someramente los desarrollos del derecho comparado, para contrastarlos con la concepción nacional del fenómeno y poder concluir si en definitiva la relación entre la justicia que nace del derecho constitucional y el arbitraje es destructiva o constructiva.

2. La constitucionalización del Arbitraje

2.1. Una historia de allá y de acá

Para explorar el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje, es importante entender la manera en la que aparece por primera vez y, luego de eso, reflexionar sobre las razones por las que este tema sigue vigente en las discusiones jurídicas de hoy. Por lo que en esta sección se presenta un recuento histórico de la constitucionalización del arbitraje, para luego abordar el problema de este trabajo.

La existencia del arbitraje cómo método para resolver conflictos no es reciente. Es una realidad afirmada, reconocida y establecida que desde la antigua Roma el arbitraje forma parte de la idea de resolver conflictos, llegando a preceder a la llamada justicia ordinaria.¹

Precisamente por eso, tal vez, la idea de incluir el arbitraje dentro del andamiaje constitucional de los países resulta, en ocasiones, un tanto extraña, como si ella fuera ajena e incluso, solo quizás, algo innecesaria. Para poder responder la pregunta que

¹ Ricardo Henríquez La Roche, *El Arbitraje Comercial en Venezuela* (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000), 38. Al respecto, el mismo comentario ha sido recalado por José Eloy Anzola et al., "Reseña Histórica de Arbitraje Comercial en Venezuela" en *El Arbitraje en Venezuela Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: CACC, CEDCA, CEA, 2013), 19 y Arminio Borjas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano. Tomo V*, (Caracas, 1964), 11.

plantea este trabajo es necesario estudiar la aparición del fenómeno que se analiza en estas líneas, o dicho de otra forma, comprender cómo y por qué nace la llamada constitucionalización del arbitraje.

Con tal fin, hay que empezar haciendo una visita a la Constitución gaditana de 1812, que consagró en su artículo 280 una prohibición de privar a la gente de ir a arbitraje y en el 281 una disposición sobre la ejecución de los laudos, o sentencias proferidas por el árbitro según el texto de esa Constitución.²

El impacto e influencia de la Constitución de Cádiz de 1812 sobre las regiones de América Latina es evidente, pero no por el propio texto, que en el tema que ocupa a este trabajo es de donde deriva su relevancia, sino por el proceso constitucional y político que significó para la formación del constitucionalismo en las Américas. El proceso mediante el cual fue creada la Constitución gaditana permitió el encuentro de mentes españolas e hispanoamericanas, lo que tendría una repercusión en la creación de textos constitucionales de los países que se independizaron posteriormente.³

Así, si bien existen otros hitos constitucionales que fueron referencia para la construcción de las constituciones de Hispanoamérica, la Constitución de Cádiz de 1812 aportó una primera semilla para el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje. Y es que, en el discurso que acompañó el texto fundamental gaditano se expresó de forma inequívoca que "*...el derecho que tiene todo individuo de una sociedad de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros está fundado en el incontrastable principio de la libertad natural...*".⁴

Por lo que es válido decir que ese hábito que constitucionaliza el arbitraje y que se vió replicado en varias de las Constituciones de los países que dan vida a este trabajo, ha respondido desde siempre a la defensa de la libertad que acompaña a todo individuo.

De ahí que en un periodo posterior a la independencia de España, los países ahora libres adoptaran la consagración constitucional del arbitraje⁵. En la historia, luego del nacimiento de las constituciones de América Latina, hubo un periodo de tiempo en el que estos países empezaron a rebelarse contra el arbitraje de manera significativa, acogiendo la doctrina calvo y emprendiendo una actividad legislativa que excluía la posibilidad de ir a arbitraje.⁶

² Alejandro Follonier-Ayala, "Constitucionalización del Arbitraje en América Latina: Aspectos Generales" *Spain Arbitration Review*, No. 23 (2015): 112.

³ José Ulises Montoya Alberti, "El Arbitraje en la Constitución de Cádiz y su Proyección en los Países de Hispanoamérica" *Revista Jurídica Docencia et Investigatio*, Vol. 17, No. 2 (2015): 41.

⁴ Agustín de Argüelles, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 108.

⁵ Alejandro Follonier-Ayala, "La Constitucionalización del arbitraje...", 112. El autor destaca cómo (i) la Constitución de Venezuela de 1830 consagró el arbitraje en su artículo 190, (ii) la Constitución Federal de los Estados Unidos de México de 1824 en su artículo 156, (iii) la Constitución de la República del Perú de 1828 en su artículo 162; siendo el caso que las redacciones de los mencionados artículos comparten una similitud con la del texto gaditano.

⁶ *Ibid*, 113-116. En el mismo sentido señala: Emmanuel Gaillard, "América Latina: De la negativa a la competencia del tribunal

Sin necesidad de disertar extensamente en el desarrollo histórico del arbitraje en latinoamérica, el estancamiento del arbitraje se debió a varios factores presentes en ese período, principalmente correspondiente al siglo XIX y parte del siglo XX. En gran medida, es posible encontrar la razón de ese estancamiento en las prácticas que se implementaron contra algunos de esos países, que de una forma u otra terminaron por causar cierto temor hacia al arbitraje y, por consiguiente, suscitaron un recelo contra el medio alternativo.⁷

Sin embargo, como no hay mal que dure cien años, eventualmente los países de América Latina fueron aceptando la necesidad de restaurar el arbitraje en los ordenamientos jurídicos, junto con el discurso de cooperación y diálogo que se venía promoviendo en la comunidad internacional; además la proliferación de la actividad comercial entre países terminó por hacer patente la necesidad de adoptar normas que permitieran la eficacia del arbitraje, o lo que es lo mismo, un recurso efectivo contra el aparato estatal.

Empezando por el Tratado sobre Derecho Procesal Internacional de 1889, que establecía en su artículo 5 ciertas reglas para el cumplimiento de sentencias extranjeras y laudos arbitrales, y siguiendo con el Código de Bustamante⁸, en toda latinoamérica se hizo evidente un movimiento jurídico que de una u otra forma incluía al arbitraje.

Algunos autores aseguran que la constitucionalización del arbitraje en ese tercer momento –o mejor dicho– la reconstitucionalización, encontró motivo en cualquiera de las siguientes razones, todas inclusive: (i) la necesidad de proteger las garantías constitucionales en el arbitraje; (ii) la necesidad de poner límites en la actuación del Estado; (iii) la equivalencia jurisdiccional del arbitraje y la administración de justicia; y (iv) el control de constitucionalidad de las leyes asumido por varios países.⁹

Como consecuencia, la nueva constitucionalización del arbitraje lo inscribirá dentro de las secciones de (i) derechos y garantías fundamentales, (ii) organización judicial y administración de justicia y (iii) régimen económico, cosa que en efecto consta en una variedad de textos fundamentales.¹⁰

arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia" en *Arbitraje Internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, coord. por Carlos Alberto Soto Coaguila y Delia Revoredo Marsano de Mur (Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013), 845-847.

⁷ Diego P. Fernández Arroyo, "La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación" en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencia y laudos arbitrales extranjeros*, coordinado por Magaly McLean y Jaime Moreno-Valle (OEA. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/XIX.15), 347. En el mismo sentido, ver también: Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (Nueva York: Cambridge University Press, 2005), 20.

⁸ Juan Carlos Villalba Cuellar y Rodrigo Andrés Moscoso Valderrama, "Orígenes y panorama actual del arbitraje" *Prolegómenos. Derecho y Valores*, Vol. XI, No. 22 (2008): 149 y ss. El autor resalta varios hitos en la consolidación del arbitraje en América Latina.

⁹ Cristian Conejero Roos, "La Constitución y el Arbitraje Internacional: ¿Hacia un Nuevo Lenguaje?" *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 7 (2006): 235-260.

¹⁰ Alejandro Follonier-Ayala, "La Constitucionalización del arbitraje...", 117-118.

Esas explicaciones denotan cómo este fenómeno cobró en cierto punto una cualidad técnica que va más allá del innegable vínculo que tiene el arbitraje con la libertad individual, pues cómo se señaló, la expansión de la actividad comercial a nivel internacional y el involucramiento de los países latinoamericanos en dicho fenómeno, ocasionó la aparición de circunstancias pertinentes para acoger el arbitraje, pero dejó de tratarse de un mero mecanismo, pues un discurso común hizo notar la relevancia del arbitraje en la realización de la justicia, verbigracia, en un esquema mayor.

La principal diferencia entre allá y acá, o lo que es lo mismo a decir entre la constitucionalización del siglo XIX y la de hoy, reside en que si bien antes podría parecer una técnica constitucional resultante de la referencia cercana, siendo esa referencia la Constitución gaditana, ahora se trata de la expresa voluntad del constituyente, que retoma una institución de la que renegó en su momento y la inscribe dentro del texto fundamental, confiriendo así un carácter imperativo a las instituciones que corren esa suerte, creando disposiciones de aplicación directa.¹¹

De este fenómeno derivan una variedad de consecuencias que afectan al ámbito jurídico en todas sus caras, y que en este trabajo se inscribirán en dos: una vertiente positiva y una vertiente negativa.

En la primera de las vertientes, la constitucionalización del arbitraje constituye efectos jurídicos que impulsan la institución. Pues como se estudia más adelante, con el fenómeno nace la promoción del arbitraje, junto con los medios alternativos de resolución de conflictos; como consecuencia, el arbitraje toma una fuerza distinta y se posiciona como una libertad que es difícil de negar. Por supuesto, este impulso que recibe el arbitraje desata una necesidad de regular la institución de forma especializada.

No es de extrañar que haya aparecido el principio pro-arbitraje, como tampoco resulta extraño que sea tan característico que el arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.¹² En ese sentido, el arbitraje se colocará como una figura de derecho que, al estar constitucionalizada, implica que en el interés del Estado se encuentra el desarrollo y plena vigencia de esa institución.¹³

¹¹ María Candelaria Domínguez-Guillen, "La Constitucionalización del Derecho Civil en el Ordenamiento Jurídico Venezolano" *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, No. 15 (2019): 98 y ss.

¹² Ricardo Henríquez La Roche, *El Arbitraje Comercial en Venezuela...*, 37.

¹³ Eugenio Hernández-Bretón, "Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como un Derecho Fundamental" *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones Teóricas y Prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 30.

En la segunda de las vertientes, la constitucionalización del arbitraje comporta la influencia de las normas constitucionales en el desarrollo de la práctica arbitral, lo que puede desvirtuar la figura del arbitraje. Como consecuencia, en ocasiones se ha pretendido una judicialización del arbitraje, a los fines de construirlo a imagen y semejanza del proceso típico de la justicia ordinaria.¹⁴

La vertiente negativa alude precisamente a la intromisión de la justicia constitucional en los procedimientos arbitrales, así como a la imposición de interpretaciones emanadas de la jurisdicción constitucional sobre el desarrollo de la práctica arbitral.¹⁵ Dando lugar, entonces, a la infiltración del derecho constitucional dentro del arbitraje y resultando en un control que fácilmente puede contravenir la idea fundacional de la institución, pues en muchas ocasiones se ha limitado o asemejado el arbitraje a la imagen del procedimiento usado en la justicia ordinaria.¹⁶

Como consecuencia de este fenómeno, si bien se ha reconocido la vinculación de la institución con la libertad que le es común al ser humano, también se ha consolidado la exposición de la institución arbitral a las corrientes jurídicas constitucionales, lo cual no necesariamente implica un beneficio o un perjuicio para la práctica, pero como se observa más adelante en este trabajo, en efecto ha supuesto una alteración y un factor determinante en la evolución del arbitraje en muchos países.

2.2. El arbitraje como un derecho y una garantía

En el apartado anterior se ha dedicado un espacio importante a estudiar la historia del fenómeno bajo examen, al hacer alusión sobre los efectos que ha tenido este fenómeno se hizo referencia a la vertiente positiva y, precisamente, dentro de esos efectos es posible encontrar la consolidación del arbitraje como un derecho y una garantía.

Hernández Bretón afirmó, muy acertadamente, que el arbitraje encuentra una base fundacional en la voluntad de los interesados, por tanto reposa en gran medida sobre el principio de autonomía de la voluntad de las partes y que, en el caso venezolano, dicho principio encuentra una raíz en el artículo 20 constitucional.¹⁷ Esa vinculación tan explícita, permite comprender por qué en la constitucionalización del arbitraje hay un derecho a la institución.

¹⁴ Este problema tiene vigencia en toda la región, en el Perú: Sherin Limas Calderon, "Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?" en *Revista Derecho & Sociedad*, No. 46: 485-497, en España: Rafael Hinojosa Segovia, "La judicialización del Arbitraje" *La Ley. Mediación y Arbitraje*, No. 12 (2022); en un ámbito más generalizado: Pablo Rey Vallejo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización" *Universitas*, No. 126 (2013): 199-237

¹⁵ Alfredo de Jesús O., "The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration in Venezuela" *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, No. 1 (2007): 69-80.

¹⁶ *Ob. Cit.*, Pablo Rey Vallejo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en latinoamérica"..., 232.

¹⁷ Eugenio Hernández-Bretón, "Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como un Derecho Fundamental"..., 32.

La libertad fue, es y será un punto de pivote de vital importancia en la construcción del derecho. Por lo que la consagración en los textos fundamentales del arbitraje representa una técnica legislativa que genera efectos jurídicos y permite al individuo hacer valer su elección por un medio alternativo como en efecto lo es la institución estudiada.

Siendo ello así, el texto gaditano consagró el derecho de todo ciudadano de acudir a arbitraje¹⁸, de la misma manera se encuentra dispuesto en la Constitución de Honduras¹⁹, en la Constitución de Costa Rica²⁰, en la Constitución de México²¹ y en la Constitución de El Salvador²², en las cuales efectivamente se consagra un derecho de acudir al arbitraje, el cual se encuentra fundado en la libertad de los individuos.

Los textos fundamentales que fueron citados en el párrafo anterior tan solo son ejemplos de cómo esos constituyentes fueron claros al crear un derecho al arbitraje, sin embargo ¿por qué un derecho al arbitraje? Las razones se encuentran claramente establecidas en la naturaleza funcional del arbitraje y, por supuesto, en su naturaleza jurídica.

Por un lado, es posible visualizar el arbitraje dentro de un gran esquema funcional, o lo que es lo mismo, dentro del paradigma de la democracia. Así, la resolución de conflictos intersubjetivos forma parte de la democracia, toda vez que en una sociedad, democrática o no, es inevitable que existan conflictos y, por tanto, si los poderes constituidos deben atenerse a ciertas consideraciones, el sistema de administración de justicia en su conjunto también debe funcionar sobre la base de componentes funcionales y compatibles con los valores básicos de la democracia.²³

Por lo que el ir a arbitraje no solo se encaja dentro del libre desenvolvimiento de la personalidad jurídica y consecuentemente dentro de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que también cumple un rol funcional dentro del gran esquema que es la democracia. Esto último ha sido reconocido, por ejemplo, en la Constitución mexicana, por cuanto es cierto que el arbitraje coadyuva a la administración de justicia más veloz,

¹⁸ Constitución de Cádiz de 1812, artículo 280: "No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes".

¹⁹ Constitución de Honduras de 1982, artículo 110: "Ninguna persona natural que tenga la libre administración de sus bienes, puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles por transacción o arbitramento".

²⁰ Constitución de Costa Rica de 1949, artículo 43: "Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente".

²¹ Constitución de México de 1917, artículo 17. En el que se establece que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.

²² Constitución de El Salvador de 1983, artículo 23: "Se garantiza la libertad de contratar conforme a las leyes. Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento. En cuanto a las que no tengan esa libre administración, la ley determinará los casos en que puedan hacerlo y los requisitos exigibles".

²³ Richard C. Reuben, "Democracy and Dispute Resolution: The Problem of Arbitration" *Law and Contemporary Problems*, Vol. 67 (2004): 284-285.

menos onerosa, más especializada y más efectiva²⁴. La jurisprudencia venezolana también lo ha dejado claro: "El arbitraje colabora entonces con el Poder Judicial en tanto que ofrece la posibilidad de desahogar el sistema de justicia de las múltiples causas de las cuales le toca conocer...".²⁵

Con motivo de lo anterior, es posible afirmar, sin temor a equivocación, que el arbitraje contribuye a la realización de derechos y garantías, elementos que serán examinados a profundidad en la sección que sigue.

Por otro lado, el arbitraje, como se ha reiterado sin reserva alguna a lo largo de este trabajo, se coloca al lado de la libertad de los individuos. Esa concepción de la libertad es el punto de inicio del arbitraje, pero se vincula con la configuración del arbitraje como un derecho ya que en la libertad se encuentra parte esencial de la conducta individual, de manera que la libertad individual siempre ha influido en lo que se debe entender por derecho.²⁶

Dejando de lado cualquier disertación excesivamente profunda, el derecho al arbitraje tiene tonalidades propias²⁷, que si bien es cierto que se inscribe en el marco del acceso a la justicia y tiene implicaciones que se vinculan con otros derechos, tiene una forma propia.

El arbitraje se constituye como un derecho porque existe un vínculo innegable con la libertad individual, en razón de lo cual existe una exigencia de respeto en torno a la institución y se configuran límites a la injerencia de otros entes, junto con postulados ahora aceptados como principios que en definitiva buscan asegurar el funcionamiento del arbitraje, como lo son el principio *kompetenz-kompetenz*²⁸ y el principio pro-arbitraje.²⁹

²⁴ Francisco González de Cossío, "Hacia un Derecho Constitucional Arbitral" *Spanish Arbitration Review*, No. 43 (2022).

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 702/2018 de fecha 18 de octubre de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>. Este criterio fue usado antes por la Sala en: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 192/2008 de fecha 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1.541/2008 de fecha 17 de octubre de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>; y Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 82 de fecha 8 de febrero de 2002, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>.

²⁶ Al respecto de la relevancia de la libertad individual en la formación de los ordenamientos jurídicos ver: José Francisco Annichiarico Villagrán, "La concepción voluntarista del Contrato en el Código Civil venezolano y en la reforma del Código Civil francés" *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 20 (2023).

²⁷ Eugenio Hernández-Bretón, "Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como un Derecho Fundamental"..., 27-28.

²⁸ Hernando Díaz-Candia, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje* (Caracas: Legis, 2016), 195 y ss.

²⁹ *Ob. Cit.* Francisco González de Cossío, "Hacia un Derecho Constitucional Arbitral"...

Ahora bien, la constitucionalización del arbitraje no solo lo ha concebido como un derecho fundamental, sino que lo ha integrado al ordenamiento jurídico de tal forma que se encuentra protegido por una garantía institucional. Por concepto, la garantía institucional consiste en la protección de una institución de derecho del legislador y de los actores relevantes.³⁰

En Venezuela, particularmente, la Sala Constitucional reconoció la existencia de una garantía institucional en la Sentencia No. 702/2018 citada *supra*, toda vez que:

De tal forma que el arbitraje es un derecho fundamental de rango constitucional. Se trata del tema del derecho de acceso a la justicia, de acceso a los órganos del sistema nacional de justicia y a la tutela judicial efectiva, previstos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Reclamar y recibir justicia, es entonces un derecho inherente a la persona, de allí que se imponga su reconocimiento constitucional, aún a falta de disposición que expresamente lo estatuya. En consecuencia, cualquier acto violatorio de ese derecho es nulo de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Cfr. Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como Derecho Fundamental. Eugenio Hernández Bretón, en Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Caracas 2005, p. 30 y 33).

Es por ello que toda disposición normativa en materia de arbitraje debe ser interpretada de forma tal que se estimule el desarrollo del mismo como medio alternativo de resolución de conflictos, es decir que se haga efectiva su realización. Se trata de materializar el principio de interpretación conforme a la Constitución (ex artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). Si ello resulta imposible, entonces la disposición en cuestión será inconstitucional.³¹

En el mismo sentido, González de Cossío afirma que en México también se ha reconocido la garantía institucional al arbitraje a la luz del artículo 17 de la Constitución mexicana, toda vez que en los términos que el constituyente mexicano ha concebido el arbitraje, este requiere de esa protección para poder lograr su fin último, que la voluntad de las partes se logre.³²

³⁰ Ricardo Antela Garrido, "Constitución y Garantías Institucionales: Contribución para el Desarrollo de una línea de Investigación" Cuadernos Unimetanos, No. 11 (2007): 195-196.

³¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia n.º 702/2018 de fecha 18 de octubre de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>.

³² *Ob. Cit.* Francisco González de Cossío, "Hacia un Derecho Constitucional Arbitral"...; el autor cita la Sentencia No. 71/2014 de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia de México, de fecha 26 de marzo de 2014, disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_publicas/xjDm3XgB_UqKst8oWg05/%22Marcas%20registradas%22.

El desarrollo de la garantía institucional al arbitraje es algo que rara vez la doctrina comparada ha vislumbrado, sin embargo, la consolidación de la desjudicialización del arbitraje como meta³³, el reconocimiento del principio *kompetenz-kompetenz*³⁴ y en general el respeto de los acuerdos arbitrales, ora por medio de la actividad legislativa, ora mediante la jurisprudencia doméstica, significa el establecimiento de protecciones transversales para el desarrollo del arbitraje.

3. El proceso arbitral como fuente tutelar de derechos y libertades

3.1. La realización de derechos y garantías fundamentales

En la actualidad, la facultad de someter a arbitraje una disputa está protegida y garantizada por una inmensa mayoría de textos constitucionales latinoamericanos³⁵. Como se ha señalado, el arbitraje en sí mismo, es concebido dentro del derecho constitucional latinoamericano como un derecho fundamental potestativo. Pues así, para aquellos interesados en dirimir sus controversias siempre debe existir la posibilidad de acudir a la justicia arbitral, así como a la justicia ordinaria por mandato constitucional.

Al incluir al arbitraje dentro de la máxima norma, respectivamente hablando, entonces vale la pena estudiar la forma en que las disposiciones constitucionales pudieran llegar a influenciar la institución arbitral y viceversa, toda vez que con el desarrollo del arbitraje se hace patente la relación entre el Estado, los tribunales arbitrales y los individuos. La relación entre la Constitución y el arbitraje, como tema central de este trabajo, es algo que debe ser analizado desde la perspectiva de los derechos que están en juego en todo momento en el curso de un procedimiento litigioso.

³³ Como en efecto sucedió en Costa Rica, según consta en: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 4/2000 de fecha 5 de enero de 2000, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-876132>, que dice: "... En primer lugar debe tomarse en cuenta que el legislador se propuso desjudicializar en lo posible el arbitraje, para que fuese efectivamente una alternativa a la justicia institucional. Consecuente con ello, es la prohibición de que los órganos judiciales puedan ser designados árbitros de equidad o de derecho (Art.25)...". Criterio que fue reiterado en: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 5/2003 de fecha 15 de enero de 2003, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-227018>.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-572A/14 de fecha 30 de julio de 2014, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-572A-14.htm>.

³⁵ En la mayoría de países se ha reconocido el arbitraje en normas de rango constitucional, (i) en Venezuela el artículo 253 de la Constitución de 1999 reza: "El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley... los medios alternativos de justicia..."; (ii) la Constitución Política del Perú de 1993 consagra en su artículo 139.1: "No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral"; (iii) el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece: "Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley"; (iv) en la Constitución del Ecuador de 2008 se enuncia en su artículo 97 que "Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos..."; (v) en la Constitución Política de Guatemala de 1986 establece en su artículo 203 que "La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca", en el entendido que aprobaron una ley reconociendo el arbitraje; entre otros marcos normativos.

En el foro nacional, el texto fundamental consagra en su artículo 253 que el sistema de justicia está constituido por los medios alternativos de resolución de conflictos, y en su artículo 258 establece una obligación de promover dichos medios. Ambos preceptos otorgan una calificación constitucional a los medios alternativos, siendo así el arbitraje hoy en día se erige como una forma de consolidación de la justicia material.³⁶

Lo cual ha sido ratificado por la máxima intérprete de la Carta Magna venezolana, que se ha encargado de dejar por sentado que el arbitraje es un derecho fundamental de rango constitucional, relacionado con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva que se desprende de los artículos 26 y 257 *eiusdem*³⁷ y, por ende, cualquier acto violatorio del contenido del derecho al arbitraje es nulo conforme a lo establecido en el artículo 25 de la norma suprema³⁸. Pero más allá de su reconocimiento como derecho, es indudable que en el marco del proceso arbitral se manifiestan una amplia gama de derechos y garantías fundamentales.

En lo esencial, el reconocimiento del arbitraje como un derecho autónomo guarda una estrecha relación con el libre desenvolvimiento de la personalidad³⁹, puesto así ningún ordenamiento jurídico puede dejar de reconocer la libertad de disponer de derechos individuales y, a través de ella, dar cauce a sus fines, intereses y aspiraciones⁴⁰. A tal efecto, se evidencia la interdependencia e interrelación del derecho al arbitraje como derecho en sí mismo y como proceso en coordinación con la realización de una amplia gama de derechos materiales y sustantivos, en conjunto con la justicia ordinaria.

Es de reconocer que los derechos y garantías de los individuos los cuales son garantizados por el Estado y que se cruzan con la justicia arbitral, hacen acto de presencia desde tres perspectivas distintas: (i) la realización de los derechos de los individuos dentro del proceso arbitral; (ii) el deber del Estado de garantizar y respetar el derecho al arbitraje y, por tanto, de los demás derechos que concurren en el proceso; y (iii) la obligación de respeto y garantía de los derechos de los individuos que no acordaron ir a arbitraje.⁴¹

³⁶ *Ob. Cit.*, Eugenio Hernández Bretón, "Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental...", 27.

³⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1136/2011, de 13 de julio de 2011, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1136-13711-2011-11-0044.HTML>.

³⁸ Ver Sentencias: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 702/2018 de fecha 18 de octubre de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML> y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1067/2010, de 03 de noviembre de 2010, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>.

³⁹ Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual de Arbitraje Comercial* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 37.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 107/2023, de 09 de marzo de 2023, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/323275-0107-9323-2023-21-0692.HTML>.

⁴¹ Fernando Sanquirico, "Arbitraje y Derechos Humanos", en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1 (2021): 71-79.

Ahora bien, antes de pasar a examinar las tres perspectivas propuestas, es importante entender que al margen de las tres perspectivas se inscribe la cuestión del rol del Estado moderno en el desarrollo de la práctica arbitral, para que las tres sean realmente efectivas es necesaria la adopción de ciertos lineamientos legales y constitucionales que permitan esclarecer posibles colisiones.

Respecto de la primera de esas perspectivas, Duque Corredor considera que el arbitraje constituye un proceso legal y constitucional, en el cual los árbitros ostentan poderes dirimentes, siendo competentes para conocer de los asuntos que se les encomienden, en forma independiente e imparcial, que como acertadamente sostiene se encuadra dentro de la garantía fundamental del debido proceso, siendo que a su vez la misma desdobra una gama de derechos procesales que deben promoverse en todo proceso, judicial e incluso arbitral⁴², verbigracia, el derecho a la defensa, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a obtener una decisión en un tiempo razonable, entre otros.

Es indudable que las libertades y garantías fundamentales reconocidas en el sistema venezolano⁴³ como en cualquier otro ordenamiento jurídico actual e incluso, en textos de carácter regional⁴⁴ y universal⁴⁵, impregnan la jurisdicción arbitral a la luz del valor procedimental que ostenta, marcando de tal forma parámetros claros para su operatividad, regulando así por ley las actuaciones de las partes, los árbitros y del Estado⁴⁶ a los fines de brindar seguridad y certeza jurídica en la institución arbitral como una vía alternativa a la justicia tradicional. Pues así, en el marco de un procedimiento de arbitraje las partes deben estar en una condición plena de igualdad, donde cada una de ellas goce de la certera oportunidad de hacer valer sus derechos.

Lo mencionado en el párrafo anterior se manifiesta en la tarea encomendada a los árbitros de dirimir la controversia mediante un laudo que sea susceptible de ser ejecutado, lo cual se traduce en que se dicte un laudo apegado (i) al acuerdo arbitral; (ii) el respeto del orden público y (iii) la arbitrabilidad; y en el supuesto escenario, de que esto no sucediera el laudo sería inejecutable o anulable por no haber salvaguardado los derechos de las partes intervinientes en virtud de la estructura procedimental y la tutela jurisdiccional eficaz que reviste al arbitraje.

⁴² Román José Duque Corredor, "La Justicia por Consenso en el Sistema de Justicia y el Debido Proceso en el Arbitraje", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 145 (2007): 270.

⁴³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 36.860 de 30 de diciembre de 1999, ver artículos 26 y 49.

⁴⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, de 18 de julio de 1978, ver artículos 8 y 25.

⁴⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, de 10 de diciembre de 1948, ver artículos 8 y 10.

⁴⁶ Duque Corredor, "La Justicia por Consenso en el Sistema de Justicia y el Debido Proceso en el Arbitraje" ..., 272.

En la segunda perspectiva referida, al discernir sobre la naturaleza de la jurisdicción arbitral esta deviene de la voluntad inequívoca de las partes que se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, siendo que este acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de dicha jurisdicción, lo que a su vez implica un llamado al Estado a reconocerla y dotarla de validez⁴⁷ en el entendido de hacer efectivo el goce del derecho a la libertad, especialmente, la libertad contractual y la posibilidad de disponer de los derechos individuales, dando paso a que se materialice el ejercicio de otros derechos en el arbitraje.

Cómo se advirtió, al margen de las perspectivas parece necesario reflexionar sobre el rol del Estado para la ejecución, diagramación o consideración de las mismas. Antes de abordar la tercera de las perspectivas es importante evaluar el grado de la intervención estatal desde el punto de vista de los derechos individuales y de la protección de la institución arbitral, o en otras palabras, la autonomía del arbitraje.

En ese orden de ideas, desde el punto de vista de los derechos individuales, será necesario entender que muchos Estados han reconocido que el arbitraje forma parte de sus respectivos sistemas de justicia⁴⁸, extendiendo las obligaciones de los mecanismos ordinarios a los alternativos, al menos en lo que respecta sobre el arbitraje.

Por ejemplo en Costa Rica han afianzado en la jurisprudencia nacional la idea de que el arbitraje debe cumplir con ciertas garantías⁴⁹, lo mismo ha sucedido en el caso de Colombia⁵⁰, por nombrar dos ejemplos en los cuales se ha reconocido que el árbitro

⁴⁷ Julian D. M. Lew, "Achieving the dream: Autonomous Arbitration" en *Arbitration International*, No. 22 (2006): 187 y; Sonia Sanchez y Faisury Rodríguez, "Eficiencia del arbitraje en la garantía del derecho de acceso a la administración de justicia" Revista Via Inveniendi et Iudicandi, Vol. 15, No. 2 (2020): 283-284. El Estado tuvo que reconocer y posibilitar jurídicamente mecanismos alternativos de solución de conflictos para garantizar no solamente el acceso a la justicia, sino la eficiencia de los conflictos, por lo que previamente debió aceptar la insuficiencia por parte del Poder Judicial para resolverlos. No quiere decir esto que el poder judicial no contribuya a la solución pacífica de las controversias de los ciudadanos; sino que se parte de que el Estado no tiene la capacidad de garantizar los derechos si es la única institución encargada para tal fin.

⁴⁸ Andrea Cruz y Gabriel Sira, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1 (2020): 365. Los autores sostienen que el carácter jurisdiccional de los órganos arbitrales y la incorporación del arbitraje al sistema de justicia, exige que, además de la fijación de un procedimiento, el mismo tenga como norte la tutela jurisdiccional efectiva, y en consecuencia, la protección del derecho constitucional a la defensa y de la garantía constitucional al debido proceso.

⁴⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 6144/2004 de fecha 4 de junio de 2004, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-276693>, en la referida sentencia reconocen el carácter de derecho fundamental del arbitraje, pero también que esta sujeto a limitaciones. Igualmente: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2307/1995 de fecha 9 de mayo de 1995, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-83781>, en la cual se reconoció la concurrencia entre el derecho al arbitraje y el derecho acudir a un tribunal para exigir a una respuesta cumplida; en ese sentido y más recientemente ver: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2708/2016 de fecha 24 de febrero de 2016, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-661988>, donde se ratifica que el arbitraje debe cumplirse con un proceso que garantice: "...a) un tribunal imparcial integrado por árbitros competentes; b) la posibilidad de las partes de impugnar las resoluciones; c) el derecho de solicitar la nulidad del laudo ante los tribunales comunes cuando no se respete la garantía constitucional del debido proceso, y d) la garantía de ejecución del laudo para la parte vencedora..." (resaltado nuestro).

⁵⁰ Ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-592/92 de fecha 7 de diciembre de 1992, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-592-92.htm>, en donde se empieza a construir una infiltración de garantías constitucionales en el proceso arbitral; ampliada mediante: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-242/97 de fecha

desempeña una función de administración de justicia y, como consecuencia de ello, en el procedimiento arbitral deben estar presentes las garantías constitucionales.⁵¹

Ahora bien, en el mismo sentido es posible vislumbrar la protección de la autonomía de la institución arbitral como una de las formas en las que se realizan los derechos y garantías de los actores involucrados. El arbitraje cada día va tomando un rol más esencial dentro del esquema jurídico público, pues existen una variedad de contextos en los que la actividad arbitral puede generar un valor para la sociedad.⁵²

Sin embargo, para que el arbitraje pueda llevarse a cabo y para que se materialicen las disposiciones constitucionales que han sido revisadas a lo largo de este trabajo, resulta indispensable que el Estado asegure su autonomía, independencia y funcionamiento de manera inequívoca. Más allá de lo mencionado, si se pretende que la institución funcione debe reconocerse su carácter independiente, justificando entonces la protección de la institución, en otras palabras, el derecho y garantía que fue mencionado anteriormente.

Entonces, cabe cuestionarse ¿es válida la intervención del Estado en la justicia arbitral? la pregunta puede plantearse desde un punto distinto al mencionado en la reflexión al margen. Aun si se quiere vilipendiar la intervención del Estado en el arbitraje, será necesario pensar en que es por medio del reconocimiento, ejecución y recurribilidad de los laudos que el arbitraje mantiene un apropiado funcionamiento; de manera que esa modalidad de intervención se encuentra justificada por representar la materialización de la justicia para quienes hayan escogido a los árbitros como sus jueces naturales.⁵³

Así las cosas, los Estados están obligados a respetar y garantizar la efectividad de los derechos de las personas sin distinción alguna, lo cual no escapa del proceso arbitral; pues el arbitraje está regulado a través de una serie de leyes nacionales a lo

20 de mayo de 1997, que dispone "Por ello, es necesario aclarar que contrariamente a lo manifestado por el demandante, el arbitramento representa 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, ya señaladas anteriormente, 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.", disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-242-97.htm>, ratificada en: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-1038/02 de fecha 28 de noviembre de 2002, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>. En el mismo sentido y más recientemente, ver: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-305/13 de fecha 22 de mayo de 2013, disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-305-13.htm#_ftnref2.

⁵¹ Para un recuento de las garantías constitucionales en el foro venezolano ver: Pedro Rengel Nuñez, "Arbitraje y garantías constitucionales procesales" *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2 (2021): 155-191.

⁵² Ralf Michaels, "Arbitration as Private and Public Good" en *The Oxford Handbook of International Arbitration*, ed. por Thomas Schultz y Federico Ortino (Nueva York: Oxford University Press, 2020), 417-420. Como señala Michaels, el valor del arbitraje como bien público puede ser definido por la producción del derecho a partir del arbitraje.

⁵³ Alfredo de Jesús, "Validez y Eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano" En *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 115.

largo del mundo, en su mayoría inspiradas en la Ley Modelo y, en particular, por los Reglamentos que dictan los Centro de Arbitraje para su funcionamiento como una jurisdicción privada.

La protección de los derechos y garantías fundamentales por parte de los árbitros, si bien no está expresamente consagrado en las leyes arbitrales ni en las convenciones internacionales sobre arbitraje⁵⁴, está implícito en la obligación que tienen de administrar justicia.

En este sentido, la cristalización del acuerdo de las partes de someterse arbitraje se condensa en un laudo arbitral, que como se señaló *supra*, puede ser controvertido por vía de las causas de nulidad⁵⁵, además de la oposición al mismo por vía de las causales de no ejecución y/o reconocimiento⁵⁶; analizando cada una de las causales mencionadas, es claro que a pesar de la taxatividad de las mismas, no se elimina la amplitud de los supuestos que en ellas se subsumen, pudiendo así restituir un gran número de transgresiones en cuanto a las actuaciones de las partes, del tribunal arbitral y, sobre todo, limitar al Estado en los momentos que se amerite su intervención, siendo esta la justa medida en la que debe intervenir éste último.

Mientras que también es posible que la intervención del Estado se manifieste a través del uso de los mecanismos ordinarios o extraordinarios del poder judicial, con el fin de atacar el curso del procedimiento arbitral, implicando así una violación a su estructura y rasgo alternativo como una justicia célere, flexible y eficaz. Además de comportar una transgresión a los elementos aquí estudiados.⁵⁷

Al respetar los derechos de las personas que no decidieron acudir al arbitraje, sin ánimos de redundar, es claro que las actuaciones del tribunal arbitral, los Estados o las partes no pueden afectar los derechos e intereses de aquellos que no han expresado su voluntad de someterse a la justicia arbitral, en ese sentido, se limita a través de lo atinente a la arbitrabilidad, al derecho ajeno y el orden público.

⁵⁴ Sanquiririco, "Arbitraje y Derechos Humanos"...,74.

⁵⁵ Ley de Arbitraje Comercial...,ver artículo 44 y Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 junio de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006, ver artículo 34. Son esas causales las que representan la posibilidad de recurrir el laudo, pues abarcan en su totalidad las cuestiones que afectan en forma sustancial el arbitraje, así por ejemplo la falta de capacidad para contratar es un vicio que deviene en la nulidad del acuerdo arbitral; el error en la notificación representa una afrenta al sustanciamiento del procedimiento arbitral al comprobarse que en el procedimiento una de las partes sufrió el desmembramiento de su derecho a la debida defensa; el incumplimiento con el marco legal representaría un atentado contra la seguridad jurídica de las partes; si la materia no es arbitrable, es decir, transigible, deja de ser parte de los derechos disponibles para la resolución del conflicto; y por último, contrariar el orden público siempre es una cuestión de controvertida aceptación.

⁵⁶ Ley de Arbitraje Comercial..., artículo 49. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional..., artículo 36.

⁵⁷ Tal como lo anotamos en el caso del amparo constitucional en: Raul A. Ruiz Aguirre y Sebastian Zabaleta, "El amparo constitucional contra el arbitraje: Una perspectiva venezolana" *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XXIX (2023)*: 267-294.

En suma, las tres formas desde las cuales es posible apreciar la manifestación de derechos y garantías en el arbitraje explican la relación entre Estados, tribunales arbitrales e individuos desde el ámbito estudiado, resultando en (i) que los Estados están llamados a establecer marcos y reglas claras para la realización de los derechos de los individuos en el proceso arbitral; (ii) incluyendo el deber de respetar la consolidación de la institución arbitral con miras a permitir su desarrollo y; (iii) es necesario que en el contexto del desarrollo legislativo del arbitraje se establezcan posturas claras respecto de la arbitrabilidad de controversias y que sean realmente efectivas para todos.

3.2. Una expresión del Estado de Derecho moderno

De acuerdo al *World Justice Project*, el Estado de Derecho es un sistema durable de leyes, de instituciones y de normas que obliga a las autoridades a rendir cuentas sobre sus actuaciones, al mismo tiempo protege los derechos fundamentales de toda la población, ofreciendo mecanismos accesibles e imparciales – control judicial – para resolver las controversias y disputas que se presenten en una sociedad determinada, apostando de esa forma a elevar la justicia como valor preponderante de las sociedades democráticas; extrañamente cada año disminuye su consolidación en la mayoría de los países.⁵⁸

Sucede pues que el carácter de servicio público de la justicia estatal ha sido el origen de su crisis universal⁵⁹, debido a diversos motivos: la excesiva dilación de los procesos, los extensos plazos, los exagerados rigorismos, la sobrecarga procesal, la ausencia de vocación de justicia, la incompetencia funcional de los operadores jurídicos; la falta de independencia e imparcialidad; la corrupción generalizada, entre otros; cuya consecuencia estriba en que el servicio de justicia estatal no cumple con el fin para el cual ha sido creado⁶⁰, esto es, otorgar tutela judicial efectiva, proteger derechos fundamentales, intereses y bienes jurídicos, impartir justicia racionalmente de manera celeré, eficaz y segura, así como contribuir a la conquista de uno de los fines del Estado: la paz social.

Este problema social, jurídico y político radica entonces en el deficiente funcionamiento y la incorrecta operatividad de la organización de justicia estatal; frente a esta crisis, la sociedad democrática moderna ha retomado alternativas que garanticen la convivencia social, regresando a la base contractualista – el pacto social – que dio origen a los Estados actuales y, en consecuencia, los Estados se han visto en la nece-

⁵⁸ *World Justice Project*, ¿Qué es el Estado de Derecho?, consultado el 07 de noviembre de 2023, disponible en: <https://worldjusticeproject.mx/estado-de-derecho/#:~:text=Para%20The%20World%20Justice%20Project,apego%20a%20los%20derechos%20humanos>.

⁵⁹ Duque Corredor, "La Justicia por Consenso en el Sistema de Justicia y el Debido Proceso en el Arbitraje" ..., 265-266.

⁶⁰ Gio Ríos Patio, "La necesidad de empoderar el arbitraje como jurisdicción privada en los países Iberoamericanos" *Vox Juris Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*, No. 38 (2020): 173.

sidad de realizar concesiones⁶¹ del “monopolio de la jurisdicción” creado en las últimas décadas, a la sociedad con el objetivo de que diriman sus controversias de acuerdo a reglas particulares.

Pues así, toma especial relevancia la justicia por consenso, producto del acuerdo entre los individuos para resolver sus propios conflictos libre y pacíficamente, abarcando una amplia gama de medios alternativos como lo son: el arbitraje, la conciliación y la mediación, entre otros⁶². De tal forma, renace como ya se dijo, un nuevo paradigma a la administración de justicia que data de los orígenes de la humanidad misma, dejando de ser un monopolio único y exclusivo del Estado, permitiendo terrenos de auto soberanía a los particulares, reservándose los Estados sólo la fuerza coactiva de cumplimiento.

Estas formas de justicia por consenso se tratan de alternativas, como lo dice su nombre, para la resolución de controversias que no buscan desplazar la justicia estatal, sino contribuir en su tarea de administración de justicia, aliviando sus cargas naturales, descongestionando de casos los tribunales estatales, reduciendo los gastos operativos judiciales y, por ende, apuntando a mejorar la eficiencia de la tutela jurisdiccional.

Corolario de lo anterior, haciendo referencia al caso venezolano, es evidente que el Estado de Derecho se encuentra resquebrajado como lo ha evidenciado el reporte de *World Justice Project* del 2023⁶³, donde el país quedó en el último lugar del índice de puntuación general de Estado de Derecho, que engloba ocho sub-categorías evaluadas: restricciones a los poderes gubernamentales, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento regulatorio, justicia civil y justicia penal.

En el caso específico de Venezuela la subcategoría de restricciones a los poderes gubernamentales se ubicó en el último lugar; en la ausencia de corrupción ocupó el lugar 132 de 142 en la posición mundial; en cuanto a la justicia civil el país se ubica en el penúltimo lugar y con respecto a los derechos fundamentales Venezuela ocupa el lugar 137 de 142 países estudiados.

Luego de las cifras mencionadas, en el caso venezolano resulta acertado afirmar que la justicia por consenso, especialmente, el arbitraje podría erigirse como una forma de contrarrestar las carencias y problemas de la justicia estatal venezolana e, incluso fungir como una válvula de escape de las mismas; satisfaciendo en gran medida la

⁶¹ Sanchez y Rodríguez, “Eficiencia del arbitraje en la garantía del derecho de acceso a la administración de justicia”...284. Los autores sostienen que podría afirmarse que el Estado extendió su poder jurisdiccional a terceros, con la pretensión de que garanticen a los ciudadanos el acceso a la administración de justicia y la protección de los derechos que consideren vulnerados.

⁶² Mario Jaramillo, *Justicia por consenso. Introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos* (Bogotá, Institución universitaria Sergio Arboleda, 1996). El autor aboga por la resolución de conflictos entre los individuos al margen de la intervención del Estado.

⁶³ Índice de Estado de derecho de *World Justice Project* 2023, en el cual se evalúa 142 países y jurisdicciones alrededor del mundo, de 23 de octubre de 2023, disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2023/Civil%20Justice/>

necesidad de justicia de aquellos que se sometan a ella en razón de la innegable incapacidad de los tribunales estatales de brindar soluciones eficientes y oportunas a sus conflictos.

Vale la pena mencionar, que si se promueve y desarrolla la justicia privada en contextos sociopolíticos como el venezolano, donde el arquetipo judicial estatal no es confiable, se facilita la consecución de procesos de crecimiento económico con el uso de mecanismos de solución de conflictos más ciertos y seguros para proteger las transacciones comerciales que lleven a cabo inversionistas en el país en cuestión, brindando un panorama de confianza y seguridad jurídica.

La excelencia de la jurisdicción arbitral en antagonismo a la jurisdicción estatal, inicia con la democratización de la forma de resolución de disputas con la intervención de un tercero privado, lo cual supone la construcción de una cultura de paz, ante los problemas que enfrenta la justicia estatal, que toma forma con la conciencia y el compromiso de las partes expresado en su mutuo acuerdo de someterse al proceso arbitral, designando árbitros y eligiendo las reglas; lo cual en principio asegura en mejor medida el acatamiento y respeto de las resultas del proceso.⁶⁴

No cabe duda de que en la actualidad, la institución arbitral ostenta una función de justicia y su participación en un sistema de justicia, incluye un interés público claro⁶⁵, es igual de indubitable el sentido de oportunidad que presenta a través de su celeridad y flexibilidad de las formas procedimentales tradicionales como expresión de la voluntad de las partes; su alta especialización derivada de la pericia y competencia de los operadores arbitrales y, su menor riesgo de corrupción al no depender del sistema estatal. Pese a las grandes ventajas de la justicia privada, esta herramienta se ha visto debilitada en cierta medida por sus interacciones con la justicia estatal en los términos de colaboración, asistencia e injerencia inadmisibles que se estudiarán en las próximas líneas.

4. Las interacciones del arbitraje con el derecho constitucional

4.1. La autonomía del arbitraje como “equivalente jurisdiccional”

Como resultado de la discusión que parece no tener fin, la aparición, evolución y consolidación del arbitraje en el mundo ha generado un sinfín de debates respecto de la aparente equivalencia jurisdiccional que hace en contraste con la jurisdicción ordinaria. No podría haber tema más apropiado para explorar las interacciones concretas entre el arbitraje y el derecho constitucional que este, pues sin duda alguna el problema tiene truco.

⁶⁴ Gio Ríos Patio, “La necesidad de empoderar el arbitraje como jurisdicción privada en los países Iberoamericanos...”: 196.

⁶⁵ Catherine Rogers, “The Vocation of the International Arbitrator”, *American University International Law Review*, No. 20 (2005): 1020.

En primer lugar, parece siempre necesario tener presente que el arbitraje es un procedimiento contradictorio de naturaleza contractual y con efectos jurisdiccionales, lo que quiere decir que tiene origen en la voluntad de las partes y que luego se independiza para, de alguna forma, sustituir el proceso judicial.⁶⁶

Al respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje siempre han habido y todavía hay posturas controversiales. Pues como resume Ruan Santos, para algunos el arbitraje es un contrato y sus efectos pertenecen al campo del derecho privado; para otros, el arbitraje es un medio de administración de justicia y, por tanto, se encuentra innegablemente marcado por tintes publicistas; otro grupo afirma que en definitiva el arbitraje posee un carácter mixto.⁶⁷

Cualquiera que sea el caso, ¿puede decirse que el arbitraje es una suerte de equivalente jurisdiccional? Para poder responder la pregunta es útil observar la naturaleza del arbitraje, o al menos las extensas discusiones que las rodean. Si se quiere, al entender que el arbitraje se fundamenta en la voluntad de las partes es posible, de forma alguna, apreciar cómo la voluntad es un elemento funcional que origina la institución arbitral, ahora bien, es solo luego del convenio que se habla de los efectos jurisdiccionales del arbitraje.

Precisamente, es innegable que al arbitraje se le han reconocido ciertas funciones y cualidades jurisdiccionales, no obstante ¿resulta posible afirmar que, por la sola atribución de esas funciones y/o cualidades el arbitraje ya es un equivalente jurisdiccional?

La jurisprudencia española establece que sí, tal como constó en la Sentencia No. 176/1996⁶⁸ y consta en la Sentencia No. 1/2018⁶⁹ del Tribunal Constitucional de España, empero para parte de la doctrina española, la acuñación del término equivalente jurisdiccional por el tribunal español es errada, pues según lo afirma Ruiz Risueño el *quid* de la cuestión yace en determinar si el árbitro ejerce o no una verdadera función jurisdiccional.⁷⁰

⁶⁶ Gabriel Ruan Santos, *Visión Crítica del Arbitraje y la Transacción en el Derecho Tributario hacia los Acuerdos Procedimentales* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004), 54.

⁶⁷ *Ibid.*, 55-58. Sobre el último grupo ver: Jorge I. González Carvajal, "Arbitraje y Función Jurisdiccional" en *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación*, No. 1, (2022): 22.

⁶⁸ Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 176/1996 de fecha 11 de noviembre de 1996, disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3228>.

⁶⁹ Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 1/2018 de 7 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-1677>, donde se expresa: "...Sin duda esta doctrina es consecuente con la idea de que el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional» y, por ello, de la misma naturaleza, como ejercicio de un poder del Estado, a la jurisdicción a la que se refiere el derecho reconocido en el artículo 24 CE..."

⁷⁰ Francisco Ruiz Risueño, "Arbitraje y Función Jurisdiccional" *Arbitraje*, Vol. XII, No. 1 (2019): 109-134.

De vuelta en América Latina, en Venezuela la Sentencia No. 347/2018 reconoció en cierto sentido que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional⁷¹, en Colombia⁷² y en Argentina⁷³ se ha reconocido la función jurisdiccional que desempeñan los árbitros y los laudos arbitrales, sin caer necesariamente en la cuña de la equivalencia jurisdiccional.

Una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica afirma que el arbitraje tiene una naturaleza distinta a la jurisdiccional, textualmente:

*...El arbitraje es un proceso de **carácter no judicial** -supra Considerando IV- lo que justifica que las reglas procesales que se aplican sean **diferentes a las que rigen la función jurisdiccional**. Una de esas diferencias, que **lo distinguen del proceso jurisdiccional común**, es la limitación de los recursos verticales con el fin de cumplir el principio fundamental del arbitraje como lo es celeridad... (resaltados nuestros).⁷⁴*

En consecuencia, si bien es cierto que existe un reconocimiento casi inequívoco de que el árbitro ejerce una función pública o, en la perspectiva más conservadora, administra justicia bajo una relación privada, no es menos cierto que el arbitraje no es un total sustituto del proceso judicial, mucho menos una suerte de equivalente o par jurisdiccional, pues el árbitro juzga, pero no hacer cumplir lo juzgado.

De la jurisprudencia examinada es posible, además, observar cómo los sentenciadores, a excepción del caso de España, hacen uso de términos sumamente precisos. Por ejemplo, en la jurisprudencia venezolana se recoge parte de la jurisprudencia española, a los fines de fundamentar la decisión de control difuso hecha por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas; en la colombiana se acepta que el árbitro cumple una función pública, en la costarricense, se distingue de la figura jurisdiccional común y en la argentina se observa que es jurisdiccional.

⁷¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 347/2018 de fecha 11 de mayo de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/211103-0347-11518-2018-17-0126.HTML>.

⁷² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-244/07 de fecha 30 de marzo de 2007, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-244-07.htm>, donde se afirma: "En síntesis, el proceso arbitral es materialmente un proceso judicial, y el laudo arbitral es el equivalente a una sentencia judicial en la medida que pone fin al proceso y desata de manera definitiva la cuestión examinada, adicionalmente los árbitros son investidos de manera transitoria de la función pública de administrar justicia, la cual además legalmente ha sido calificada como un servicio público, por tal razón no cabe duda que en sus actuaciones y en las decisiones que adopten los tribunales arbitrales están vinculados por los derechos fundamentales, y que la tutela es procedente cuando estos sean vulnerados o amenazados con ocasión de un proceso arbitral. Así lo ha recocado la jurisprudencia constitucional, como se examinará en el acápite siguiente de la presente decisión". Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. SU.033/18 de fecha 3 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU033-18.htm>.

⁷³ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, caso Rocca Juan Carlos c/ Consultara SA (E.L) s/ordinario, de fecha 31 de mayo de 1999, que dice "Aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes (Voto del Dr. Augusto César Belluscio)".

⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 2708/2016 de fecha 24 de febrero de 2016, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.gov.cr/document/sen-1-0007-661988>.

Es decir, a pesar de lo observado por quienes escriben, la realidad es que en el panorama comparado se erige una opinión que es poco pacífica o uniforme, tendiente a clasificar al arbitraje como algo (i) muy lejano a un equivalente jurisdiccional, (ii) algo que se acerca en algún aspecto a la equivalencia y (iii) literalmente un equivalente jurisdiccional.

4.2. El diálogo entre la justicia arbitral y estatal

El reconocimiento constitucional del arbitraje, trajo consigo que el vínculo que existe entre la justicia ordinaria y arbitral se manifestara con una mayor intensidad, por un lado, asentando la necesidad de colaboración que debe existir entre ambas jurisdicciones en su tarea de administrar justicia y, por el otro, dando a pie a la judicialización y/o formalización del arbitraje en cuanto al tipo de acciones y el grado de intromisión judicial que se pueden desarrollar en un determinado foro.⁷⁵

De primera mano, la interacción entre el sistema arbitral y el sistema estatal es más que necesaria, pues si bien como ya se mencionó el arbitraje es autónomo e independiente, ello no significa que los tribunales estatales queden completamente al margen de un procedimiento arbitral. La relación entre los tribunales estatales y arbitrales se presenta como el anverso y reverso de una misma moneda⁷⁶ que responde a la tutela de los intereses de los particulares, en la cual las posibilidades de interacción son numerosas.

En las últimas décadas se ha venido consolidando una cultura intervencionista en la práctica arbitral latinoamericana que se encuadra con las corrientes de judicialización⁷⁷ y procesalización⁷⁸ del arbitraje. Dichas corrientes son la mayor amenaza a la funcionalidad del sistema arbitral ya que auspician que la práctica arbitral sea en realidad

⁷⁵ En Venezuela a través del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 151/2021, de 30 de abril de 2021, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>, se reconoció que la impugnación del laudo se puede dar: "Por vía del recurso de nulidad de laudo arbitral de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, o bien por vía excepcional a través del ejercicio de una acción de amparo constitucional o mediante el mecanismo de revisión constitucional". Así como también recientemente se ha implementado el uso del avocamiento en contra del arbitraje en: Sentencia No. 1239/2023, de 14 de agosto de 2023, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/328446-1239-14823-2023-23-0685.HTML>.

⁷⁶ María Fernanda Vásquez Palma, "Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 3 (2010): 766-788.

⁷⁷ Roger Rubo, "Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones" *Revista Themis*, No. 53 (2007): 200. El autor afirma que la judicialización del arbitraje es una reacción de la cultura legal frente al desarrollo de una institución eficiente para resolver controversias, con la finalidad de domesticarlo bajo patrones conocidos. Propiciando así, el traslado irreflexivo del derecho adjetivo a un proceso arbitral con la finalidad de entorpecer o dilatar el desarrollo del arbitraje y, fomentando una intervención judicial no prevista en la norma con la misma finalidad de entrapar u obstruir el arbitraje cuando las soluciones naturales del arbitraje o los laudos no satisfacen los intereses de las partes.

⁷⁸ Sherin Limas, "Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?", *Revista de Derecho & Sociedad*, No. 46 (2016): 495. La autora esgrime que la procesalización se da en el marco del desarrollo del proceso arbitral, en el cual las partes e incluso árbitros, por ignorancia o estrategia, aplican conceptos, figuras, usos y costumbres de un proceso judicial al proceso arbitral, obviando que este tiene sus propias reglas y sus propias instituciones, las cuales se encuentran reguladas en la Ley de Arbitraje.

un mero traslado de los usos y costumbres judiciales al ámbito privado, conculcando la celeridad, flexibilidad y la economía procesal de esta justicia privada.

Pese a lo anterior, resulta claro que esta interacción entre los sistemas debe plantearse en términos de colaboración y coordinación, que permite un grado limitado y reglado de control judicial, y no de intromisión. Efectivamente, cuando existe un grado de intervención de la jurisdicción estatal que violenta los límites deseables que inclusive aborda cuestiones diferentes a aquellas limitadas por las normativas aplicables, el arbitraje se desnaturaliza y pierde su eficacia.⁷⁹

Puesto así, la relación de coordinación y colaboración que debe regir la coexistencia de ambas jurisdicciones se debería enfocar en las siguientes actividades: (i) la ejecución y reconocimiento de los laudos arbitrales cautelares y finales en virtud que la tutela coactiva de derechos solo la tienen los Estados; (ii) el desahogo a la justicia ordinaria sobrecargada de casos pendientes; (iii) el reconocimiento de la autonomía del arbitraje frente a la justicia estatal; (iv) la recurribilidad excepcional del laudo arbitral; (v) el aseguramiento conjunto a los justiciables sobre la resolución de sus conflictos por vía de cooperación (constitución del tribunal arbitral, notificación de actos y obtención de pruebas, entre otras actuaciones); y por tanto, la realización de la justicia material.

En lo esencial, el diálogo que debe producirse entre ambas jurisdicciones debe ser en un plano colaborativo y de igualdad y, en ningún caso de superioridad, dejando atrás el paradigma histórico de la existencia del Estado como una autoridad única e indispensable para ejercer control y dominación social. Reconociendo así, el arbitraje como una institución de resolución de conflictos autónoma e independiente del sistema de justicia estatal en el entendido que el arbitraje encuentra su único elemento central en el acuerdo de voluntades y que se vale de los efectos jurisdiccionales para su eficacia y vigencia dentro de un ordenamiento jurídico.

Vale la pena acotar, que las batallas judiciales que se libran en torno a los conflictos de jurisdicción – arbitral y estatal – han alejado al arbitraje de su tradicional concepción pacificadora y restablecedora de armonía e, incluso hasta el punto de corromperlo por los innumerables intentos de supeditarlo a la justicia ordinaria.

⁷⁹ Pablo Rey Vallejo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización...": 229.

4.3. La mínima intervención judicial y la recurribilidad excepcional del laudo

Antes se ha hecho énfasis en que la consideración del arbitraje como un derecho genera efectos, dentro de los cuales se cuentan los efectos que se generan en el contexto de la relación Estado-arbitraje, de manera que como parte del estudio de la constitucionalización del arbitraje será necesario explorar hasta qué punto se ha limitado la intervención judicial y cómo el fenómeno bajo estudio ha afectado la forma en la que los laudos son recurridos.

Gran parte de las normativas de arbitraje internacional han consagrado el principio de intervención mínima de los tribunales que propone la Ley Modelo. Este principio supone que el legislador defina claramente las instancias en las cuales podrán intervenir los jueces⁸⁰, lo que genera mayores certezas a las partes y a los árbitros sobre el alcance de la interacción anteriormente referida.

De acuerdo con Sánchez, la intervención judicial en el arbitraje se puede catalogar en dos formas⁸¹: i) en una función de apoyo, que se erige como aquellas circunstancias en las cuales se necesita el auxilio judicial lo que se ve representado por la ejecución de cautelares, obtención y evacuación de pruebas, constitución del tribunal arbitral y reconocimiento y ejecución de laudos; ii) y en una función de control que se presenta cuando los mecanismos de revisión judicial ordinarios o extraordinarios se manifiestan para realizar un control sobre el arbitraje, lo cual se materializa por vía del recurso de nulidad, medidas anti-proceso, control de la arbitrabilidad y control del acuerdo arbitral e integridad del procedimiento.

El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje se formula esencialmente en relación con los mecanismos de control judicial del procedimiento arbitral. Desde este punto de vista, el principio requiere el máximo respeto posible de la integridad de los procedimientos arbitrales y se manifiesta, principalmente, a través de la primacía del arbitraje sobre la solución judicial de la controversia contemplada en el acuerdo arbitral. Dicha primacía, implica la inhibición de los órganos jurisdiccionales en relación con el arbitraje cuando así se suscite, ya sea con carácter principal o de forma incidental a través de la excepción de arbitraje.⁸²

⁸⁰ Pablo Rey Vallejo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización...": 330.

⁸¹ Para ahondar a profundidad sobre ambas formas recomendamos revisar: Lorenzo Sánchez, "El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional", en *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol IX, No. 1 (2016): 13-44.

⁸² Sanchez, "El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional",....34.

En cualquier caso, la doctrina ha reconocido que si bien el arbitraje se ha caracterizado por la autonomía de las partes y del tribunal arbitral, existe un límite o noción de orden dentro de la conducción de procedimientos arbitrales, que vela por los derechos de los involucrados y se encuentra sustentado en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.⁸³

La tutela de esos intereses, en principio, se encuentra limitada por los mecanismos que ya han sido mencionados a lo largo de este trabajo, es decir, mediante el medio de impugnación por antonomasia del laudo arbitral –el recurso de nulidad–, la oposición a la ejecución y reconocimiento del laudo y las limitaciones que el legislador ha impuesto para poder ir a arbitraje. Sin embargo, como ciertamente se desprende del estudio realizado, el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje ha afectado la forma en la que se entiende la intervención jurisdiccional.

Antes de abordar la forma en la que la constitucionalización ha afectado dicha situación, es importante recordar que la mínima intervención no implica un desconocimiento a la relación de colaboración y asistencia que debe imperar entre la justicia estatal y arbitral, de la cual se sirve esta última para su operatividad, sino más bien manifiesta al mismo tiempo, la necesidad de un trabajo conjunto entre ambas jurisdicciones a los fines de administrar justicia.

Por ello, siempre se ha mirado con especial cuidado la tutela constitucional de los intereses que concurren en la sede arbitral. Pues, admitir que las herramientas que ofrece la justicia constitucional están al servicio de quien acude al arbitraje contraviene la esencia de este último, así en Costa Rica⁸⁴ la jurisprudencia ha sido firme respecto de la procedencia de amparos constitucionales, mientras que en Colombia se han aceptado amparos bajo circunstancias específicas.⁸⁵

En Venezuela por otro lado, aunque la jurisprudencia no ha sido pacífica⁸⁶, ni uniforme al respecto, vale la pena rescatar lo admitido por la Sala Constitucional:

En el mismo sentido, delató que el fallo objeto de impugnación contraviene el principio pro arbitraje contenido en el artículo 258 de la Constitución y la doctrina jurisprudencial que sobre esta materia ha desarrollado esta Sala Constitucional, aunado a que, el sistema arbitral está construido sobre las premisas de no intervención judicial y complementariedad entre la jurisdicción ordinaria y arbitral, y en consecuencia permitir la revisión constitucional de cualquier decisión adoptada por los tribunales arbitrales, afectaría irremediablemente el derecho a la tutela judicial efectiva y de acceder a los medios alternativos de solución de conflictos.⁸⁷

⁸³ Gary Born, "The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitration Proceedings" *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, No. 4 (2009): 999-1033.

⁸⁴ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 704/2007 de fecha 27 de septiembre de 2007, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-764585>.

⁸⁵ Ver *supra* nota 72.

⁸⁶ Ver *supra* nota 75.

⁸⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1191/2022 de fecha 15 de diciembre de 2022, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322083-1191-151222-2022-22-0699.HTML>.

Es en el marco de la intervención que puede llegar a realizar el Estado, que se consolida la recurribilidad excepcional del laudo arbitral. Pues así, el recurso de nulidad del laudo arbitral es un medio de impugnación específico y excepcional⁸⁸ que solo puede intentarse cuando el laudo ha sido dictado en contravención de alguna de las causales taxativas previstas por el legislador, dichos supuestos están destinados a examinar la validez del acuerdo arbitral y el resguardo de los derechos de las partes.⁸⁹

Estos preceptos consagrados en la Ley Modelo han sido esenciales para la subsistencia y expansión del arbitraje como una alternativa integradora del sistema justicia con fundamento en la autonomía de la voluntad, quebrantar esa frontera trazada o balance provoca una perversión a la integridad de la institución arbitral, a la voluntad de las partes y sus efectos, así como también al ya mencionado diálogo que debe prevalecer entre ambas jurisdicciones.

Ciertamente, resulta irrisorio considerar la admisibilidad de otro mecanismo de control superior contra el arbitraje a pesar de que es una realidad en la práctica, si la intención del legislador fue muy clara, en consecuencia, recurrir el laudo por vía de otro recurso podría resultar una lesión contra el acuerdo que le dio origen e inclusive contra su propia naturaleza de justicia privada, lo que implicaría que los tribunales estatales no pueden intervenir más allá de lo estrictamente regulado y, en caso de duda, estos últimos deberían apostar por la aplicación del principio pro-arbitraje.⁹⁰

4.4. El árbitro como garante de la Constitución

El árbitro forma parte esencial de la institución arbitral, pero a lo largo de la teorización de este ámbito ha sido concebido como una suerte de mandatario o *service provider* sujeto a la temporalidad del acuerdo arbitral.⁹¹ No cabe duda de que en los tiempos que corren el árbitro es mucho más que eso, Rogers expresa muy acertadamente que la función de justicia del árbitro internacional y su participación en un sistema que incluye un interés público son motivos suficientes para, en sus palabras, definir la vocación del árbitro y por tanto su profesionalización⁹², por ello hace sentido afirmar que el rol del árbitro se encuentra vinculado con el sistema de justicia y una función pública.

⁸⁸ Pedro Saghy y Victorino Tejera, "Arbitraje Comercial y Casación Civil", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteavila*, No. 9 (2010): 260 y 261.

⁸⁹ Ver *supra* nota 55.

⁹⁰ Hernando Díaz-Candia, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje...*, 277-278. Este principio implica una aplicación e interpretación normativa que favorezca y promueva el acceso al arbitraje y su eficacia.

⁹¹ Emmanuel Gaillard, "Sociology of International Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 31 (2015): 4.

⁹² Catherine Rogers, "The Vocation of the International Arbitrator...", 1020

Cómo sucede con todas las profesiones, el ejercicio profesional conlleva un deber ético que debe ser seguido al pie de la letra por el profesional de cada rubro, ello no es distinto para el árbitro. No en vano el profesor Henríquez La Roche hablaba de los deberes de los árbitros, pues en esencia el árbitro tiene el deber de cumplir con su cometido, el juzgar.⁹³

Ahora bien, una de las características más importantes del proceso arbitral y del rol de los árbitros es que, en un laudo – decisión – resuelven la controversia que las partes someten a ellos, esta característica distingue al arbitraje de otros medios alternativos de resolución de conflictos y especialmente, lo reviste de especial importancia pues ese laudo ha de poner fin a la disputa y ser vinculante para las partes.⁹⁴

No obstante, vale la pena concebir cualesquiera válidas opiniones sobre la extensión de los deberes del árbitro en virtud de su función de administrar justicia, a lo que se debe agregar de buenas a primeras que el árbitro no es un juez, pero está en una suerte de posición intermedia.

En ese sentido, desde el 21 de septiembre de 2011 el tribunal constitucional del Perú marcó un precedente que definiría una nueva – o no tan nueva – línea de debate para la práctica arbitral, pues en la sentencia del caso María Julia el tribunal reunido en pleno afirmó que:

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral.⁹⁵

Seguidamente, en Argentina consta en laudo del caso CIERP SA c/ Grinbank, Daniel Ernesto s/ resolución contractual, que dentro del marco jurisdiccional del arbitraje se incluía la declaración de invalidez constitucional de las normas emanadas por los poderes públicos. Seguidamente, en el caso IGT Argentina S.A. c/ Trilenium, S.A. y otros, conocido por el mismo tribunal arbitral, se resolvió que no existe óbice alguno para que un tribunal arbitral se expida sobre la validez constitucional de una norma, pues en virtud de la potestad jurisdiccional de conocer controversias, un tribunal arbitral como cualquier otro, debe poder pronunciarse al respecto.⁹⁶

⁹³ Ricardo Henríquez La Roche, *El Arbitraje Comercial en Venezuela...*, 167-168.

⁹⁴ P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 1999), 12-22.

⁹⁵ Tribunal Constitucional del Perú, *Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia vs. Tribunal Arbitral* [2011].

⁹⁶ María Elsa Uzal, "Situación del Arbitraje Comercial Internacional en Argentina" (2014) editorial libre https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_talleres_seminarios_actividades_St_Lucia_2014_presentaciones_UZAL.pdf, acceso el 27 de febrero de 2023.

En Venezuela la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido un criterio uniforme y pacífico según el cual ha afirmado que *“...corresponde a todos los jueces (incluso los de la jurisdicción alternativa) asegurar la integridad de la Constitución, lo cual adelantan mediante el llamado control difuso...”*.⁹⁷

Por otro lado, en Costa Rica es posible observar que los árbitros no pueden realizar un control de la constitucionalidad, toda vez que la vía de protección constitucional o supervisión constitucional a la que deben remitirse los árbitros se basa en aplicar las decisiones emitidas por el juez constitucional y realizar consultas sobre la constitucionalidad de determinadas normas.⁹⁸

Amén de lo anterior, es posible observar cómo el funcionamiento de potestades constitucionales o el control de constitucionalidad⁹⁹ se ha extendido al árbitro, hasta el punto de suponer que en ocasiones ello deriva en la obligación de aplicar ciertos preceptos constitucionales. Una pregunta interesante sería analizar, deontológicamente, en qué consiste la actuación del árbitro dentro de los sistemas de justicia que integra.

Pero en lo que respecta a este trabajo, la constitucionalización del arbitraje ha implicado, en los términos que se han indicado a lo largo de este estudio, la infiltración del discurso jurídico constitucional en la práctica arbitral, llegando entonces a equiparar al árbitro con un juez, al laudo con una sentencia y, generando por resultado, la aplicación de cargas constitucionales al arbitraje.

5. A modo de conclusión

La pregunta que se intentó responder a lo largo y ancho de estas líneas ha presentado retos considerables para su análisis y estudio, pues una primera conclusión es que existen variedad de posturas respecto de la relación del arbitraje con la constitución. De primeras, parece importante recalcar que cualquier estudio sobre materias de este

⁹⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 833/2001 de fecha 25 de mayo de 2001, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/833-250501-00-2106%20.HTM>. Lo cual ha sido confirmado mediante: Sentencia No. 702/2018, de 18 de octubre de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>; Sentencia No. 378/2022, de y; Sentencia No. 971/2023, de 27 de julio de 2023, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/327462-0971-27723-2023-15-0242.html>.

⁹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 5802/2002 de fecha 12 de junio de 2002, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-212449>; y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 4565/2011 de fecha 6 de abril de 2011, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-508729>.

⁹⁹ A pesar de que no es el punto focal de esta investigación, vale la pena mencionar que el control difuso de constitucionalidad que puede ser ejercido en sede arbitral trae consigo una serie interrogantes para la práctica, especialmente, si se considera que la base del procedimiento arbitral es la voluntad real de las partes y, además esta institución se caracteriza en ocasiones por la deslocalización de la misma, así entonces cabe plantearse, si es factible el control difuso de constitucionalidad en aquellos casos donde el arbitraje sea: i) doméstico con derecho extranjero aplicable al fondo de la controversia, ii) internacional con derecho venezolano aplicable al fondo de la controversia e, iii) internacional con sede en Venezuela pero con derecho extranjero aplicable al fondo de la controversia. Para ahondar al respecto ver a Giancarlo Henríquez, “El control de la constitucionalidad del Derecho extranjero. Una perspectiva desde el derecho venezolano” *Revista Jurídica* (2006): 191-125.

porte, se encuentra inconfundiblemente impregnado por el discurso del constitucionalismo moderno, el cual ha sido definido por ser expansivo, progresista y que ha reconocido valores que influyen el ordenamiento jurídico.¹⁰⁰

Hoy por hoy, es cierto que en el mundo el derecho constitucional parece aplicarse de manera extensiva sobre todas las áreas del derecho, y el arbitraje no es la excepción, por cuanto la infiltración de la norma constitucional se viene presentando desde múltiples perspectivas.¹⁰¹

Ciertamente, el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje es una de las muchas manifestaciones que permiten observar cómo el derecho constitucional se relaciona con todo el ordenamiento jurídico, pero el particular ha traído el establecimiento de un derecho fundamental y una garantía institucional con sillón en las Cartas Magnas de los países que así lo disponen.

Aunque como se ha podido observar, la inclusión en el texto fundamental ha sido fundamento para argumentar que, como consecuencia de ello, el arbitraje debe cumplir con lineamientos constitucionales y, por tanto, se encuentra atado a la Constitución de alguna forma. Empero, el pensamiento jurídico preponderante ha defendido la institución en una variedad de contextos, así se reconoce el valor de la autonomía e independencia del arbitraje como una institución jurídica con un valor único, que no puede encontrarse supeditado al mecanismo jurisdiccional de los Estados.

Sobre la pregunta que da origen a este trabajo, cabe entonces afirmar que como se mencionó, por un lado la constitucionalización del arbitraje ha generado resultados positivos, pues se ha reconocido un derecho y una garantía, se ha establecido una vertiente del acceso a la justicia y, en la misma línea de ideas, se ha inscrito a la institución dentro del esquema democrático, como un elemento funcional, pero interdependiente en la consecución de la justicia.

Amén de ello, no resulta menos cierto que el genio humano se ha aprovechado de esas disposiciones constitucionales para asediar al arbitraje y aprovecharse de elementos y recursos que permiten escapar del paradigma de la práctica arbitral; por ello, a pesar de que existe una voluntad inequívoca en el derecho comparado, en más de una ocasión la justicia constitucional ha generado daños en el desarrollo del arbitraje.

¹⁰⁰ Jesús María Casal Hernández, *La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2015), 40.

¹⁰¹ Peter B. Rutledge, *Arbitration and the Constitution* (Nueva York: Cambridge University Press, 2013), 203. Aunque el autor no hace un examen detallado sobre la constitucionalización del arbitraje como se estudia en este trabajo, la perspectiva metodológica que lo lleva a evaluar *the seepage of constitutional law in arbitration* resulta de interés para este estudio.

La conclusión, de una pregunta que amerita aún más análisis, es que la relación es tan constructiva, como destructiva, toda vez que si bien le ha reportado el beneficio de la protección constitucional, también le ha comportado cargas y pesos que son óbices para el desarrollo exponencial de la práctica arbitral. Ahora bien, si el beneficio que le ha reportado al arbitraje su constitucionalización, supera los perjuicios, es una pregunta merecedora de estudio separado.

En cualquier caso, la constitucionalización del arbitraje se sigue gestando, pues los tribunales constitucionales aún tienen que enfrentarse a las preguntas que siguen a la constitucionalización y, sobre todo, deben distinguir la mejor manera de hacer funcionar el arbitraje a la luz de su innegable constitucionalización.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Annichiarico Villagrán, José Francisco, "La concepción voluntarista del Contrato en el Código Civil venezolano y en la reforma del Código Civil francés". *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, No. 20 (2023).
- Antela Garrido, Ricardo, "Constitución y Garantías Institucionales: Contribución para el Desarrollo de una línea de Investigación". *Cuadernos Unimetanos*, No. 11 (2007).
- Anzola, José Eloy, "Reseña Histórica de Arbitraje Comercial en Venezuela" en *El Arbitraje en Venezuela Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: CACC, CEDCA, CEA, 2013.
- Araque Benzo, Luis Alfredo, *Manual de Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.
- Borjas, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tomo V. Caracas, 1964.
- Born, Gary. "The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitration Proceedings". *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, No. 4 (2009): 999-1033.
- Casal Hernández, Jesús María, *La Justicia Constitucional y las Transformaciones del Constitucionalismo*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2015.
- Cruz, Andrea y Sira, Gabriel, "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia". *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1 (2020).
- de Jesus, Alfredo, "Validez y Eficacia del acuerdo de arbitraje en el derecho venezolano" En *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones y experiencias prácticas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

- Díaz-Candia, Hernando, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje*. Caracas: Legis, 2016.
- Domínguez-Guillen, María Candelaria, "La Constitucionalización del Derecho Civil en el Ordenamiento Jurídico Venezolano". *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 6, No. 15 (2019).
- Duque Corredor, Román José, "La Justicia por Consenso en el Sistema de Justicia y el Debido Proceso en el Arbitraje". *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 145 (2007).
- Fernández Arroyo, Diego P., "La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación" en *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencia y laudos arbitrales extranjeros*, coordinado por Magaly McLean y Jaime Moreno-Valle. OEA. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/ XIX.15.
- Follonier-Ayala, Alejandro, "Constitucionalización del Arbitraje en América Latina: Aspectos Generales". *Spain Arbitration Review*, No. 23 (2015).
- Gaillard, Emmanuel "América Latina: De la negativa a la competencia del tribunal arbitral al efecto negativo del principio de competencia-competencia" en *Arbitraje Internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, coordinado por Carlos Alberto Soto Coaguila y Delia Revoredo Marsano de Mur. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2013.
- Gaillard, Emmanuel, "Sociology of International Arbitration". *Arbitration International*, Vol. 31 (2015).
- Giancarlo Henríquez, "El control de la constitucionalidad del Derecho extranjero. Una perspectiva desde el derecho venezolano" *Revista Jurídica* (2006).
- González Carvajal, Jorge I., "Arbitraje y Función Jurisdiccional". *Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación*, No. 1, (2022).
- González de Cossío, Francisco, "Hacia un Derecho Constitucional Arbitral". *Spanish Arbitration Review*, No. 43 (2022).
- Henríquez La Roche, Ricardo, *El Arbitraje Comercial en Venezuela*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000.
- Hernández-Bretón, Eugenio, "Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como un Derecho Fundamental" *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones Teóricas y Prácticas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Hinojosa Segovia, Rafael "La judicialización del Arbitraje". *La Ley. Mediación y Arbitraje*, No. 12 (2022).
- Jaramillo, Mario, *Justicia por consenso. Introducción a los sistemas alternos de solución de conflictos*. Bogotá, Institución universitaria Sergio Arboleda, 1996.
- Limas Calderon, Sherin, "Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?". *Revista Derecho & Sociedad*, No. 46 (2016).

- M. Lew, Julian D., "Achieving the dream: Autonomous Arbitration". *Arbitration International*, No. 22 (2006).
- Michaels, Ralf, "Arbitration as Private and Public Good" en *The Oxford Handbook of International Arbitration*, editado por Thomas Schultz y Federico Ortino. Nueva York: Oxford University Press, 2020.
- Rengel Nuñez, Pedro, "Arbitraje y garantías constitucionales procesales". *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2 (2021): 155-191.
- Reuben, Richard C., "Democracy and Dispute Resolution: The Problem of Arbitration". *Law and Contemporary Problems*, Vol. 67 (2004).
- Rey Vallejo, Pablo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización". *Vniversitas*, No. 126 (2013).
- Ríos Patio, Gio "La necesidad de empoderar el arbitraje como jurisdicción privada en los países Iberoamericanos". *Vox Juris Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres*, No. 38 (2020).
- Ruan Santos, Gabriel, *Visión Crítica del Arbitraje y la Transacción en el Derecho Tributario hacia los Acuerdos Procedimentales*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004.
- Rubo, Roger, "Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones". *Revista Themis*, No. 53 (2007).
- Ruiz Risueño, Francisco "Arbitraje y Función Jurisdiccional". *Arbitraje*, Vol. XII, No. 1 (2019): 109-134.
- Rutledge, Peter B., *Arbitration and the Constitution*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013.
- Sánchez, Lorenzo, "El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional". *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IX, No. 1 (2016).
- Sanchez, Sonia y Rodríguez, Faisury, "Eficiencia del arbitraje en la garantía del derecho de acceso a la administración de justicia". *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 15, No. 2 (2020).
- Sanquirico, Fernando, "Arbitraje y Derechos Humanos". *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1 (2021): 71-79.
- Vásquez Palma, María Fernanda, "Arbitraje y jurisdicción estatal: su coordinación en una perspectiva latinoamericana". *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, No. 3 (2010): 766-788.
- Villalba Cuellar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés, "Orígenes y panorama actual del arbitraje". *Prolegómenos - Derecho y Valores*, Vol. XI, No. 22 (2008).

Normativa

Constitución de Cádiz de 1812.

Constitución de Costa Rica de 1949.

Constitución de El Salvador de 1983.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 36.860 de 30 de diciembre de 1999.

Constitución de México de 1917.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, de 18 de julio de 1978.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, de 10 de diciembre de 1948

Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial No. 36.430, de 07 de abril de 1998.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 junio de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-305/13 de fecha 22 de mayo de 2013, disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-305-13.htm#_ftnref2

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-572A/14 de fecha 30 de julio de 2014, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-572A-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-592/92 de fecha 7 de diciembre de 1992, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-592-92.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. SU.033/18 de fecha 3 de mayo de 2018, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU033-18.htm>.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. T-244/07 de fecha 30 de marzo de 2007, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-244-07.htm>,

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 2307/1995 de fecha 9 de mayo de 1995, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-83781>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 2708/2016 de fecha 24 de febrero de 2016, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-661988>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 2708/2016 de fecha 24 de febrero de 2016, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-661988>.

-
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 4565/2011 de fecha 6 de abril de 2011, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-508729>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 5802/2002 de fecha 12 de junio de 2002, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-212449>
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 6144/2004 de fecha 4 de junio de 2004, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-276693>
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 4/2000 de fecha 5 de enero de 2000, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-876132>
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 5/2003 de fecha 15 de enero de 2003, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-227018>
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia No. 704/2007 de fecha 27 de septiembre de 2007, disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0004-764585>.
- Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de México, Sentencia No. 71/2014 de fecha 26 de marzo de 2014, disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_public/xjDm3XgB_UqKst8oWgO5/%22Marcas%20registradas%22.
- Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 176/1996 de fecha 11 de noviembre de 1996, disponible en: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/322>
- Tribunal Constitucional de España, Sentencia No. 1/2018 de 7 de febrero de 2018, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-1677>,
- Tribunal Constitucional del Perú, Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia vs. Tribunal Arbitral [2011].
- Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, caso Rocca Juan Carlos c/ Consultara SA (E.L) s/ordinario, de fecha 31 de mayo de 1999.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 971/2023, de 27 de julio de 2023, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/327462-0971-27723-2023-15-0242.html>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1067/2010, de 03 de noviembre de 2010, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 702/2018 de fecha 18 de octubre de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1136/2011, de 13 de julio de 2011, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1136-13711-2011-11-0044.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 107/2023, de 09 de marzo de 2023, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/323275-0107-9323-2023-21-0692.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1.541/2008 de fecha 17 de octubre de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1239/2023, de 14 de agosto de 2023, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/328446-1239-14823-2023-23-0685.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 151/2021, de 30 de abril de 2021, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abr/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 192/2008 de fecha 28 de febrero de 2008, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 347/2018 de fecha 11 de mayo de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/211103-0347-11518-2018-17-0126.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 702/2018 de fecha 18 de octubre de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 702/2018 de fecha 18 de octubre de 2018, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 833/2001 de fecha 25 de mayo de 2001, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/833-250501-00-2106%20.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia No. 82 de fecha 8 de febrero de 2002, disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/RC-0082-080202-00423-00532.HTM>.

TBIs y Arbitraje de Inversión como Mecanismos de Control del Estado de Derecho

Jean Louis Natera Duque*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 313-326

Resumen: Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y el arbitraje de inversión son instituciones jurídicas que buscan proteger a los inversores extranjeros e incentivar la inversión en los Estados contratantes. Sin embargo, el presente trabajo explora a estos desde una perspectiva diferente, analizando la potencial utilidad del denominado Derecho Internacional de las Inversiones para la procura del Estado de Derecho de los contratantes, como principio fundamental de las naciones occidentales, siempre partiendo de la premisa de que no es – ni debe ser – este el fin principal de dichos instrumentos, sino más bien una consecuencia secundaria deseable de ellos.

Palabras clave: Tratados Bilaterales de Inversión; Arbitraje de Inversión; Estado de Derecho.

BITs and Investment Arbitration as Rule of Law Control Mechanisms

Abstract: *Bilateral Investment Treaties (BITs) and investment arbitration are legal institutions that seek to protect foreign investors and encourage investment in the contracting states. However, this paper explores them from a different perspective, analyzing the potential usefulness of the so-called International Investment Law in the pursuit of the rule of law of the contracting parties, as a fundamental principle of Western nations, always starting from the premise that this is not – and should not be – the main purpose of such instruments, but rather a desirable secondary consequence of them.*

Keywords: *Bilateral Investment Treaties; Investment arbitration; Rule of Law.*

Recibido: 31/8/2023

Aprobado: 19/12/2023

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Departamento de Litigios de la Firma Internacional de Abogados Clyde & Co, sede Caracas. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

TBIs y Arbitraje de Inversión como Mecanismos de Control del Estado de Derecho

Jean Louis Natera Duque*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 313-326

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Tratados Bilaterales de Inversión. 2. Arbitraje de Inversión. 3. América Latina y el Arbitraje de Inversión. 4. TBIs, Arbitraje de Inversión y Estado de Derecho. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Los TBIs y el arbitraje de inversión son dos instituciones jurídicas que han tenido un impacto significativo en el desarrollo de lo que se ha denominado Derecho Internacional de las Inversiones. Estos instrumentos proporcionan a los inversores extranjeros un marco legal para proteger sus inversiones en el extranjero, y permiten a estos, incluso, resolver controversias con los Estados anfitriones a través de un arbitraje internacional.

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) y el arbitraje de inversión han estado en la palestra del debate desde hace mucho tiempo, desde perspectivas y aristas bastante distintas. Algunos respecto de su necesidad para la protección de los inversores extranjeros y para promover la inversión extranjera directa, otros desde argumentos que pretenden hacer ver que estos puedan socavar la soberanía de los Estados y su derecho a autorregularse, otros más en cuanto a la forma en que está diseñada la resolución de conflictos Estado-Inversor actualmente, entre otros.

Sin embargo, el presente trabajo no pretende detenerse de forma amplia en estas discusiones, sino al contrario, tiene como objetivo abordar el Derecho Internacional de las Inversiones desde una perspectiva distinta.

En ese sentido, esta investigación lo que examina es la potencial utilidad de los TBIs y el arbitraje de inversión para la procura del Estado de Derecho de los contratantes, como principio fundamental de las naciones occidentales, en el que prevalecen el sometimiento del Poder Público a la Ley, la procura de un entorno democrático y la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, entre otros fundamentos que de este mismo derivan.

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Departamento de Litigios de la Firma Internacional de Abogados Clyde & Co, sede Caracas. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Todo ello, partiendo de la premisa de que no es esta la utilidad principal de los TBIs ni del arbitraje que de ellos derivan, sino que es más una consecuencia deseable a la que posiblemente se pudiere llegar, sin perder su norte, con unas cuantas modificaciones menores.

Asimismo, teniendo en consideración que es poco realista aspirar a un alto grado de eficacia en este sentido, sino que debe tener más como fin el que sea un mecanismo complementario o coadyuvante a los diseñados específicamente con los fines que se aspiran.

1. Tratados Bilaterales de Inversión

Los TBIs son instrumentos jurídicos internacionales celebrados entre dos Estados, mediante los cuales se establecen mecanismos para la protección de las inversiones extranjeras. La finalidad de los TBIs es brindar seguridad jurídica a los inversores extranjeros, al garantizarles el respeto de sus derechos y el acceso a una solución efectiva de las controversias que puedan surgir.¹

En resumidas cuentas, estos tratados, al igual que los Tratados de Libre Comercio (TCLs) lo que hacen es proveer a los inversionistas de un Estado contratante, ciertos estándares mínimos de protección dentro del otro Estado contratante, que generalmente incluye garantías como el tratamiento igual al nacional, el principio de nación más favorecida, la estricta regulación en materia de expropiaciones, entre otras, cuestiones que los potenciales inversores, a día de hoy, han de tener en cuenta al momento de valorar los riesgos y beneficios políticos y jurídicos de hacer negocios en una Nación.²

La doctrina señala cómo, en la segunda mitad del siglo pasado, el mundo vio un gran auge de los TBIs, gracias a la globalización y los acuerdos que surgieron en el marco de procesos de integración, lo que además conllevó, especialmente luego de la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en 1965, en un crecimiento notable en cuanto a casos de arbitraje internacional, a pesar de la posición adversa de diversidad de Estados, especialmente en América Latina.³

¹ De Maekelt, T. "Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las Cláusulas Arbitrales y su Aplicación", en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Serie Eventos 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Comité Venezolano de Arbitraje, 2005.

² Blackaby, N. "El arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina", en *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 1. Bogotá: Legis, 2004.

³ Hernández, J. "Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones", en *Revista Electrónica de Direito*. N° 1. Porto: Facultad de Derecho de la *Universidade do Porto*, 2017.

2. Arbitraje de Inversión

Como ya se ha indicado, el creciente desarrollo del derecho comercial internacional en el contexto de la globalización ha dado lugar a la aparición de diversos mecanismos para la resolución de controversias que puedan surgir entre las partes de estas relaciones, en particular, entre un inversor y un Estado. Una de las principales soluciones que surgió, y que ha permanecido en el tiempo, ha sido el arbitraje de inversión, sobre esto, Iohan Lascu establece:

El arbitraje de inversiones viene a ser un sistema de resolución de controversias entre Estados receptores de capital privado y Sociedades transnacionales inversoras que introducen ese capital dentro de los Estados que lo alojan. Se trata de un medio no judicial de resolución de disputas, que pretende ser rápido, efectivo, y conciliador de las necesidades de los Estados.⁴

En cuanto a la resolución de controversias respecto de esta área, Rey Vallejo ha establecido que:

Las disputas entre estados giran dentro de la órbita del Derecho Internacional Público. Sin embargo, cuando ese estado ejercita una actividad de carácter comercial internacional, con una parte privada, bien sea a través de sí mismo o a través de una entidad pública, los conflictos que surgen en dichas relaciones son de conocimiento de las cortes estatales o de tribunales arbitrales nacionales o internacionales.⁵

Sin embargo, no han faltado críticas contra el arbitraje de inversión, ya sea desde fundamento, ya sea desde la forma en que el mismo ha sido desarrollado en el tiempo.

Respecto a la primera arista, observamos que muchos internacionalistas y juristas lo han visto como una amenaza al Derecho Internacional Público; utilizando entre otros argumentos, que este contraría sus derechos fundamentales. Por otro lado, otros autores ven en lo que han denominado el Derecho Internacional de Inversiones, aspectos fundamentales del Derecho Internacional Público, sirviendo más bien como parte o complemento de este. Al respecto, Stephan W. Schill establece:

El derecho internacional de inversiones tiene una función amplia, que es proveer un marco legal para un orden económico internacional en el cual las relaciones de inversiones tengan lugar a través del establecimiento de principios de protección de inversiones bajo el derecho internacional que avalen los estándares del estado de derecho en el trato a los inversores extranjeros.⁶

⁴ Iohan Lascu, G. *El Arbitraje Internacional de Inversiones: Panorama presente y perspectivas de futuro*. Trabajo de grado. Universidad de Alcalá. Madrid, España. 2019.

⁵ Rey Vallejo, P. "El arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización", en *Revista de Derecho Privado*. N° 38. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2007.

⁶ Schill, S. "Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público Comparado en una perspectiva latino-americana", en *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas*. Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper. N°. 2017-27. Leiden: Amsterdam Center for International Law, 2017.

Como ya fue dicho en un principio, el centro arbitral por excelencia en materia de inversiones ha sido, desde su fundación el CIADI, que cuenta en la actualidad con 165 Estados contratantes, según estadísticas publicadas por la propia institución⁷.

Sin embargo, existen varias otras organizaciones o centros arbitrales que han sido establecidos a través del tiempo, entre otras cosas, para la administración de estos casos. Entre ellos, vale destacar a la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA).⁸

Además, es menester hacer mención a la Comisión De Las Naciones Unidas Para El Derecho Mercantil Internacional. (CNUDMI) que, aun cuando no cuenta con una corte arbitral propia, sí ha emprendido en la tarea de redactar y mantener actualizado un reglamento de arbitraje cuya última modificación, para la fecha de redacción del presente, fue en 2021.⁹

Y ha de destacarse por el hecho de que, aun cuando no administra casos, su reglamento sí es ampliamente usado por varias de las instituciones arbitrales anteriormente mencionadas, entre otras, así como en controversias sometidas a arbitraje independiente o *ad hoc*.¹⁰

3. América Latina y el Arbitraje de Inversión

En el presente apartado, corresponde abordar cómo ha interactuado nuestra región frente al arbitraje de inversión.

Respecto a América Latina, podemos ver que algunos de sus países figuran entre los más demandados dentro del sistema actual, tal y como se desprende de la base de datos de casos del CIADI como principal institución.

A manera de referencia, podemos señalar los 58 casos que han existido contra Argentina, los 54 casos contra Venezuela o los 44 intentados contra Perú y México respectivamente, como los principales Estados demandados en el contexto latinoamericano y además, en el mundo. También valdría la pena apuntalar los presentados contra otros países, donde nos encontramos a Colombia con 19 casos, Ecuador con 15; Chile con 7, Bolivia con 5 y Uruguay con 3.¹¹

⁷ Base de datos de Estados Miembros del CIADI. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>. Consultada el 10 de noviembre de 2023.

⁸ Domínguez, A. y Natera, J. L. "El arbitraje de inversión. Instituciones, críticas, propuestas y algunas consideraciones sobre América Latina y Venezuela", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila "Derecho y Sociedad"*. N° 18. Caracas: Universidad Monteávila, 2021.

⁹ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Resolución N° 76/108 de la Asamblea General de la CNUDMI*, de fecha 09 de diciembre de 2021.

¹⁰ Domínguez, A. y Natera, J. L. *Op. Cit.*

¹¹ Base de datos de casos del CIADI. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/node/12451>. Consultada el 10 de noviembre de 2023.

Respecto a estos holgados números, se aprecian distintas posibles causas, que podríamos resumir en dos aristas, el abuso de los inversores en el uso de la oferta de arbitraje dispuesta en los tratados o contratos, a sabiendas de las presuntas desventajas de la región frente al CIADI; o, por otro lado, que simplemente sea un número alto en relación con otras regiones por existir más violaciones a los TBIs que en estas otras.¹²

Sin embargo, a pesar lo dispuesto anteriormente, es factible afirmar que algunas de las economías importantes de América Latina –con excepción de Brasil– están a favor de dar continuidad al sistema de resolución de disputas entre inversor y Estado actual, realizando claro las reformas necesarias para su asentamiento como una vía equilibrada, transparente y fiable para conocer de estas controversias.¹³

Al respecto, vemos como incluso Argentina, encabezando la lista de países contra los cuales más reclamaciones se han llevado ante el CIADI, sigue celebrando –o al menos lo hizo durante el Gobierno de Mauricio Macri– Tratados Bilaterales de Inversión, manteniéndose dentro del régimen actual de resolución de controversias, e incluso sumergiéndose más en él con estos nuevos acuerdos.¹⁴

4. TBIs, Arbitraje de Inversión y Estado de Derecho

Hechas las anteriores consideraciones, corresponde ahora elaborar sobre el posible aporte de los TBIs y el arbitraje de inversión en la procura del Estado de Derecho y la Democracia de los países contratantes de estos, de tratados multilaterales o de TCL en la materia que nos ocupa.

En primer lugar se hace necesario realizar algunas precisiones sobre los conceptos de Estado de Derecho y Democracia que se manejarán.

Respecto del primero, podemos puntualizar al Estado de Derecho, en su concepción moderna, como un sistema de organización política bastante arraigado en la sociedad occidental, que tiene como precursoras las principales revoluciones de libertades de ésta, a saber, la revolución estadounidense, la francesa y la hispanoamericana, y cuyos fundamentos son el sometimiento del poder público a una constitución que lo crea y a leyes que lo regulan, adoptadas estas libremente por un pueblo soberano a través de sus órganos de representación; donde priman además los principios de respeto a la democracia y a los derechos del hombre.¹⁵

¹² Domínguez, A. y Natera, J. L. *Op. Cit.*

¹³ Domínguez, A. y Natera, J. L. *Op. Cit.*

¹⁴ Bas Vilizzio, M. "Acuerdo Mercosur-Unión Europea: Sombras y Ausencia de la Solución de Controversias Inversor-Estado", en *Documentos de Trabajo*. No 21/2019 (2o época). Madrid: Fundación Carolina, 2019.

¹⁵ Brewer-Carías, A. "Principios del Estado de Derecho. Aproximación Histórica", en *Cuadernos de la Cátedra Nelson Mezerhane Gossen sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Miami: Ediciones EJV International, 2016.

En cuanto a la Democracia, como valor jurídico o principio fundamental de la forma jurídica del Estado de Derecho, es precisamente una concepción tan ligada a este, que deben ser ambas tratadas en conjunto.¹⁶

En ese sentido, opera la Democracia como un principio estructural o procedimental, que se traduce en un método específico para la formación de decisiones públicas, teniendo como protagonista al pueblo, como fuente soberana, sobre quien recae la decisión final, directa o indirectamente, de estas decisiones cuyos destinatarios son los propios soberanos.¹⁷

Teniendo claros estos fundamentos, hemos de evaluar entonces cómo los TBIs y el arbitraje de inversión pueden influir en la procura del sometimiento a las leyes por parte de los Estados contratantes o, en todo caso, cómo deben o deberían hacerlo.

Normalmente, las ventajas o ideales que se desarrollan respecto a estos instrumentos, son la protección del inversionista extranjero a través del ofrecimiento de un foro neutral donde estos puedan resolver sus conflictos con el Estado receptor; o, por parte del Estado, lo resumen en su atractivo a inversiones extranjeras, a través de la procura de un ambiente de confianza y garantías.¹⁸

Sin embargo, en el fondo, lo que regulan los TBIs y controlan los arbitrajes que se pactan con base en ellos, es el cumplimiento de principios y normas de Derecho de Público, aunque sea siempre enfocadas hacia una categoría de sujetos en particular, en este caso, el de inversores extranjeros.

Pero este destinatario directo no es el exclusivo de estos instrumentos, respecto de ellos simplemente se procura que se respeten los principios propios del Estado de Derecho en los mismos términos en que está establecido esto para los nacionales del país en cuestión, por lo cual no constituye una discriminación en favor de los primeros sino todo lo contrario¹⁹; siendo los ciudadanos, al final, la muestra de cómo serán tratados los inversores extranjeros dentro del Estado receptor.

En ese sentido, pudiere tenerse a los TBIs y el arbitraje de inversión, en la concepción que se propone de estos, como instrumentos que sirvan, al menos en principio, como mecanismos de presión internacional para la garantía del Estado de Derecho dentro de regiones especialmente volátiles como lo es América Latina.

¹⁶ Duque-Corredor, R. J. *Ideario Jurídico y Político Social*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Fundación Alberto Adriani, Bloque Constitucional de Venezuela y Editorial Jurídica Venezolana, 2022.

¹⁷ Ferrajoli, L. *Teoría del Derecho y de la Democracia*. Tomo II. Teoría de la Democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

¹⁸ Jiménez, C. "El arbitraje de inversión: una forma de revitalizar la economía venezolana", en *Revista Cero*. N° 1. Caracas: Venpaís, 2023.

¹⁹ Uruña, R y Prada-Urbe, M. "Constitucionalismo Transformador y Arbitraje de Inversión", en *Research Paper Series*. N° 2019-5. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2019.

A pesar de ello, pudiere alegarse en contrario, que la suscripción de estos tratados y el sometimiento a estos acuerdos arbitrales no ha garantizado siquiera los derechos de los inversores extranjeros en la región, y para muestra de ello bastaría con remitirnos a las estadísticas esbozadas *supra* al respecto.

Y en contraposición, podría servir de réplica el hecho de que la resolución de estos casos ante los tribunales arbitrales que corresponda, podría precisamente a coadyuvar no solo en la procura de los derechos de los accionantes extranjeros que se acojan al tratado, sino además, a los nacionales del Estado receptor que ven las mismas vulneraciones de los principios propios del Estado de Derecho como lo son los de legalidad, igualdad y no-expropiación sino por justa causa y con resarcimiento suficiente, entre otros sobre los que cabría cavilar.

Por otro lado, se aprecia cómo los objetos de este estudio podrían ser útiles en la procura de otro aspecto fundamental del Estado de Derecho y la Democracia, como lo es la prestación de servicios públicos.

Sobre este aspecto nos encontramos que la doctrina ha señalado algunos principios cuya aplicación haría que estos instrumentos fueran de utilidad en la materia, aun cuando, lamentablemente, hacen en los mismos términos un llamado de atención por la inaplicación de los mismos.

En particular, se ha señalado que los tribunales arbitrales han optado por la práctica de ignorar, generalmente, el conjunto de principios regulatorios de servicios públicos, que promueven, en síntesis, "(...) el sano y sustentable equilibrio entre el bienestar de los consumidores y la rentabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos."²⁰

Estos principios, entendidos como transparencia, eficiencia, buena fe, expectativa plausible, entre otros, sirven tanto para que el Estado tenga herramientas para la procura de una correcta prestación de servicios públicos por parte de los concesionarios extranjeros, como para que estos últimos tengan frente al concedentes, reglas de juego claras y límites suficientes sobre su *imperium*, en garantía de sus correspondientes derechos.

Aquí vemos de nuevo cómo los TBIs y los eventuales arbitrajes que de él deriven, pueden servir de una forma u otra para la estandarización de normas de orden público, en este caso, especialmente, con la implementación en los Estados parte de regulaciones conforme a los principios generales del sector y la aplicación del *benchmarking*.

²⁰ Bohoslavsky, J. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL- ONU), 2010.

Al respecto, se ha dicho, que el riesgo de reclamos arbitrales en razón de controversias relacionadas con servicios públicos, invocando un TBI, podría verse de gran forma apaciguado mediante el *benchmarking*, como proceso que resulta en la formación de estándares de buenas prácticas, competitividad y principios generales de regulación para la prestación de servicios públicos.²¹

Lo mismo se ha dispuesto en relación al arbitraje de inversión frente a los Derechos Humanos. En esta materia se plantea, especialmente, una disyuntiva en cuanto al alcance de la jurisdicción de los árbitros para decidir sobre violaciones de Derechos Humanos atadas íntimamente a las controversias que a ellos se someten.

Al respecto, se ha de delinear de forma de forma muy cuidadosa los aspectos de Derechos Humanos que pudiesen ser conocidos por estos paneles sin extralimitarse en sus competencias, aun cuando algunos autores los invitan de cierta forma a hacerlo, a que "(...) ejerciten una suerte de "activismo judicial" y vayan más allá de los concretos términos de un acuerdo para tener en cuenta, como parte de un específico *ius non dispositivum*, los problemas que afectan a los derechos humanos."²²

Sin embargo, no apreciamos que esa sea la mejor forma de incluir un área tan fundamental al Derecho Internacional de las Inversiones, aunque sí tendría bien que tenerse en cuenta, claramente, el respeto de los Derechos Humanos, en los razonamientos que haya de realizar el árbitro dentro del análisis de cada caso en específico, según corresponda, pero siempre dentro de las facultades, tácitas o expresas, de que se encuentre revestido dentro del pacto arbitral.

En todo caso, lo que se ha reconocido es que los tribunales arbitrales ya han emprendido en el delineado de algunos esbozos dentro de la relación de ambas ramas del Derecho, ya utilizando precedentes de Derechos Humanos como métodos de interpretación del alcance de los TBIs, o elaborando, por ejemplo, sobre la vulnerabilidad del inversionista al no ser capaz de ejercer derechos políticos en el Estado receptor.²³

No obstante lo desarrollado, es de vital importancia señalar otra arista del asunto a tener en cuenta, y es que el arbitraje de inversión no puede pretender socavar o sobrepasar en los derechos de los Estados a regularse de forma soberana o en el ejercicio de lo que se ha denominado su poder de policía; cuestión que se ha visto desarrollado especialmente bajo el nombre de "doctrina de deferencia".

²¹ *Ibidem*.

²² Arévalo, M. "Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil Mac Cormick", en *Revista Direito GV*. V. 18, N° 3. São Paulo: *Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas*, 2022.

²³ *Ibidem*.

En resumidas cuentas, esta doctrina busca establecer estándares sobre cuándo ha de ser la conducta del Estado susceptible a control arbitral, sea mediante una justificación por la intensidad de la ilegalidad; un principio *pro* Estado en caso de dudas; el carácter técnico de las decisiones bajo cierto rango de apreciación; el eventual origen democrático de las decisiones del Estado sede o la presunción de validez de la interpretación de la Ley doméstica por parte del Estado receptor.²⁴

Además de ello, la doctrina patria ha sugerido otra forma de interpretar estas reglas de deferencia, y es en virtud de los principios generales del Derecho Administrativo, donde se tenga consciencia de que los TBIs son límites externos del Poder Público cuyo presupuesto es precisamente esta misma potestad, es decir el derecho a regular o el referido poder de policía, por lo cual los TBIs solo podrán realizar limitaciones expresas a este poder general, y será con base en estas limitaciones particulares que podrá el árbitro declarar la violación de la convención y establecer las correspondientes reparaciones.²⁵

Siendo así, observamos que los TBIs y el arbitraje de inversión pueden ser válidamente considerados como mecanismos que coadyuvan en la procura del Estado de Derecho de las partes contratantes, lo que se puede manifestar en una diversidad de formas que no pretendemos agotar en las expuestas mediante el presente trabajo.

A pesar de ello, es necesario considerar también, en la aplicación de estos mecanismos, las limitaciones que pueden haber tenido para ejercer esta procura en diversos casos, muchas veces de forma autoimpuesta, pero que en todo caso puede verse muchas veces justificada por la delgada línea existente entre la protección de sujetos frente a un ejercicio arbitrario del Poder Público y la protección de sujetos a través de un ejercicio arbitrario de la potestad arbitral.

CONCLUSIONES

Primero, es fundamental partir de la base de que la utilidad o fin principal para el que surgieron los TBIs y el arbitraje de inversión no fue, ni es, lo que es objeto del presente trabajo.

Su fin, en un principio fue muy claro. Proteger a los inversores extranjeros frente a los Estados receptores producto de la globalización y, el cada vez más creciente, intercambio de ciudadanos entre Naciones.

²⁴ Hernández, J. "El Derecho Administrativo frente al Arbitraje Internacional de Inversiones. Comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay", en *Revista de Derecho Público*. Año 25. N° 50. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.

²⁵ *Ibidem*.

Y por otro lado, que Estados con unas u otras falencias, o simplemente sin el atractivo de otros, pudieren evidenciar ciertas virtudes que les permitieran atraer inversión directa.

Sin embargo, hemos de agradecer el dinamismo del Derecho y su amplio entramado de consecuencias jurídicas, sociales, económicas, sociales, entre otras, que pueden ser además directas o indirectas de su fuente.

Es en virtud de este que apreciamos cómo, entre las distintas interacciones e interrelaciones que el Derecho Internacional de las Inversiones ha provocado, distintos autores, árbitros, litigantes y Estados han comenzado a ver en él más beneficios, ya sea que estén concretados o sean aún teóricos, que para los que en un principio fue concebido.

Así, podemos observar cómo estas instituciones influyen, de forma directa o indirecta, incluso a veces en términos muy sutiles que hacen que algunos puedan hasta negarles un real valor en el área, en asuntos de Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho.

En fin, debemos concluir, conforme a todos los fundamentos que han sido expuestos en la presente investigación, que los TBIs y el arbitraje de inversión pueden ser, realmente, herramientas útiles para el control del Estado de Derecho dentro de las partes contratantes.

Y decimos “pueden” y no “son”, con toda la alevosía que amerita. Esto pues, la utilidad del Derecho Internacional de las Inversiones frente a esta materia, en la actualidad, no crea la convicción suficiente en nosotros para enaltecerlos al afirmarlos ya como mecanismos de defensa del Estado de Derecho.

En ese sentido, habemos de terminar con dos recomendaciones que podrían ser de utilidad para aumentar la influencia de los TBIs y el arbitraje de inversión en la protección de Derechos Fundamentales y del Estado de Derecho.

La primera de ella dirigida a los árbitros. Pero no es en el tono que pretenden hacerlo algunos, al exigirles un activismo judicial al que, en Estados como el venezolano, le tenemos tanto repudio por las consecuencias negativas que puede causar y que en efecto ha causado.

Más bien, lo que sí se aprecia deseable, es que dentro de sus mismas facultades, sin salir de la esfera de lo arropado por los TBIs y por los principios generales del Derecho Internacional Público y el Derecho Administrativo, procuren llegar a las interpretaciones que sean más garantes o más amenas frente a estos derechos que pretendemos proteger, como en efecto ya lo han hecho algunos tribunales arbitrales, en un ánimo quizá aún muy pasivo.

En segundo lugar, y a más largo plazo, la recomendación va dirigida a los Estados. Especialmente a aquellos de extendida e inveterada práctica en la salvaguarda de derechos, de la democracia y de los principios fundamentales del hombre.

Son ellos quienes deberán llevar la antorcha que ilumine a los TBIs del futuro y los blinden con disposiciones suficientes para que estos puedan arropar ciertas cuestiones en la salvaguarda de los principios inherentes al Estado de Derecho y a los Derechos Humanos, aunque sin solapar las competencias propias de los sistemas de protección de estos que existen ya a nivel mundial y regional, más allá de las críticas que contra ellos pudieren atribuirse.

Siendo así, la conclusión final, que queda camino por andar, y que este posiblemente esté lleno de baches y de alcabalas de soberanía y autodeterminación de los pueblos, pero será un camino que deberemos recorrer para la consecución de un protección integral de derechos y principios, que lleve al Derecho Internacional de las Inversiones a un nuevo nivel de garantías.

BIBLIOGRAFÍA

- Arévalo, M. "Armonización entre derechos humanos e inversión extranjera en Latinoamérica a través de tribunales arbitrales de inversión, a partir de la teoría de Neil Mac Cormick", en *Revista Direito GV*. V. 18, N° 3. São Paulo: *Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas*, 2022.
- Bas Vilizzio, M. "Acuerdo Mercosur-Unión Europea: Sombras y Ausencia de la Solución de Controversias Inversor-Estado", en *Documentos de Trabajo*. N° 21/2019 (2° época). Madrid: Fundación Carolina, 2019.
- Base de datos de casos del CIADI. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/node/12451>. Consultada el 10 de noviembre de 2023.
- Base de datos de Estados Miembros del CIADI. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>. Consultada el 10 de noviembre de 2023.
- Blackaby, N. "El arbitraje según los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio en América Latina", en *Revista Internacional de Arbitraje*. N° 1. Bogotá: Legis, 2004.
- Bohoslavsky, J. *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas (CEPAL- ONU), 2010.
- Brewer-Carías, A. "Principios del Estado de Derecho. Aproximación Histórica", en *Cuadernos de la Cátedra Nelson Mezerhane Gossen sobre Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Miami: Ediciones EJV International, 2016.

- De Maekelt, T. "Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Análisis de las Cláusulas Arbitrales y su Aplicación", en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Serie Eventos 18. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales - Comité Venezolano de Arbitraje, 2005.
- Domínguez, A. y Natera, J. L. "El arbitraje de inversión. Instituciones, críticas, propuestas y algunas consideraciones sobre América Latina y Venezuela", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila "Derecho y Sociedad"*. N° 18. Caracas: Universidad Monteávila, 2021.
- Duque-Corredor, R. J. *Ideario Jurídico y Político Social*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Fundación Alberto Adriani, Bloque Constitucional de Venezuela y Editorial Jurídica Venezolana, 2022.
- Ferrajoli, L. *Teoría del Derecho y de la Democracia*. Tomo II. Teoría de la Democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- Hernández, J. "El Derecho Administrativo frente al Arbitraje Internacional de Inversiones. Comentarios al laudo arbitral Philip Morris Brands Sàrl y otros vs. Uruguay", en *Revista de Derecho Público*. Año 25. N° 50. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.
- Hernández, J. "Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones", en *Revista Electrónica de Direito*. N° 1. Porto: Facultad de Derecho de la *Universidade do Porto*, 2017.
- Ioan Lasca, G. *El Arbitraje Internacional de Inversiones: Panorama presente y perspectivas de futuro*. Trabajo de grado. Universidad de Alcalá. Madrid, España. 2019.
- Jiménez, C. "El arbitraje de inversión: una forma de revitalizar la economía venezolana", en *Revista Cero*. N° 1. Caracas: Venpaís, 2023.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). *Resolución N° 76/108 de la Asamblea General de la CNUDMI*, de fecha 09 de diciembre de 2021.
- Rey Vallejo, P. "El arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización", en *Revista de Derecho Privado*. N° 38. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2007.
- Schill, S. "Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público Comparado en una perspectiva latino-americana", en *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: Problemas y Perspectivas*. *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*. N°. 2017-27. Leiden: *Amsterdam Center for International Law*, 2017.
- Urueña, R y Prada-Urbe, M. "Constitucionalismo Transformador y Arbitraje de Inversión", en *Research Paper Series*. N° 2019-5. Heidelberg: *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, 2019.

Crónica de la Cuarta Semana del Arbitraje de Caracas

José Alberto Ramírez León*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023, pp. 327-330

Entre los días 26 y 30 de junio de 2023, la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) llevó a cabo exitosamente la cuarta edición de la “Semana del Arbitraje de Caracas”. A continuación presentamos una descripción sobre el contenido y la significación de este importante evento.

La celebración de la “Semana del Arbitraje de Caracas” es una iniciativa continuada del Consejo Directivo de la AVA, inspirada en eventos de similar naturaleza que se han institucionalizado en las jurisdicciones más importantes del mundo donde se practica el Arbitraje, tales como la “Semana del Arbitraje de París” (*Paris Arbitration Week*), la “Semana del Arbitraje de Londres”, conocida como “*London International Disputes Week*”, y la “Semana del Arbitraje de Nueva York” (*New York Arbitration Week*).

En todas estas jurisdicciones donde se celebra la semana del Arbitraje, se realizan distintos eventos en los que convergen académicos, practicantes, usuarios y relacionados a la práctica del Arbitraje, quienes a través de un programa de sesiones, seminarios y eventos, brindan la oportunidad a los participantes de escuchar a los principales expertos hablar sobre los tópicos de mayor actualidad de este importante medio de resolución de conflictos.

Dentro de este marco referencial, la AVA se ha inscrito dentro de las tendencias mundiales más modernas en cuanto a la oferta de eventos de conocimiento y formación en materia de Arbitraje, al haber organizado para el foro venezolano una serie de eventos de altísima calidad académica, los cuales se detallan a continuación.

La “Cuarta Semana del Arbitraje de Caracas” se inició con el tradicional evento organizado conjuntamente por la AVA y el Capítulo venezolano del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje (CEIA). Esta fue una actividad on-line y se llevó a cabo desde el Centro Internacional de Arbitraje (CIMA) en la ciudad de Madrid. En ella participaron como expositores Juan Serrada, Francisco Ruiz Risueño, José Fernández Rosas, Sara Chadin, Laura Zimmerman y Krystle Baptista, bajo la moderación de los venezolanos

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Máster (LLM) en Resolución de Conflictos, Universidad de Missouri-Columbia. Fulbright Fellow. Profesor de Medios Alternos de Resolución de Conflictos en los programas de postgrado en derecho de la UCAB. Árbitro y Mediador del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Socio de la firma LEGA Abogados. Email: jramirez@lega.law

José Antonio Elíaz y Adolfo Hobaica, presidente en funciones y presidente de honor, respectivamente, del Capítulo venezolano del CEIA.

Este evento se dividió en dos partes, en la primera Adolfo Hobaica conversó con Juan Serrada, Francisco Ruiz Risueño y José Fernández Rosas, máximas autoridades del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIMA), quienes dieron una amplia explicación sobre el funcionamiento de ese importante Centro de Arbitraje y sobre los proyectos que vislumbran para ese centro en el corto y mediano plazo.

En la segunda parte del evento José Antonio Elíaz conversó con Sara Chadin, miembro del Departamento de Litigación y Arbitraje de Cuatresasas, Laura Zimmerman abogada de la firma Lévy Kaufmann-Kohler en Ginebra, Suiza y Krystle Baptista, árbitro y consultora, quien ocupa la secretaría ejecutiva del CEIA. El tema del debate se centró en el “Arbitraje y la Corrupción”. La grabación de este evento se encuentra a disposición del público en el canal Youtube de la AVA.

El martes 27 de junio tuvo lugar el “Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional”, esta vez en su novena edición, y se llevó a cabo en su tradicional sede de la sala de conciertos del Centro Cultural BOD. El IX Congreso marcó el regreso a la presencialidad luego de tres años de hacerlo en forma virtual durante la coyuntura de la pandemia del Covid-19.

El IX Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional tuvo como tema central “El Arbitraje en la práctica” y se realizó en celebración de los 10 años de fundación de la AVA. Los ponentes orientaron sus análisis a temas como “el financiamiento de terceros en el arbitraje internacional”; “tácticas de guerrilla en el arbitraje y cómo combatirlas”; “arbitraje y derecho uniforme”; “reconocimiento del arbitraje y sus decisiones” y “el rol de las instituciones arbitrales y su impacto en Venezuela”.

Fueron 5 mesas de trabajo que reunieron en total a 25 expertos que incluyeron miembros nacionales de nuestra asociación, miembros de nuestro Capítulo Internacional y destacados invitados extranjeros. Dentro de los invitados extranjeros, destaca muy especialmente la participación de Margarita Sánchez, socia de la firma Miller Chevalier de Washington DC, quien tuvo la posibilidad de viajar a Caracas y participar presencialmente del Congreso, así como de otras actividades académicas en el marco de la IV Semana del Arbitraje de Caracas.

Las grabaciones de todas las mesas de trabajo que conformaron el IX Congreso se encuentran a disposición del público en el canal de YouTube de la AVA, como un valioso material de consulta y memoria videográfica.

El cierre del Congreso dio paso a la celebración de la Asamblea general de miembros de la AVA que recibió y aprobó la memoria y cuenta sobre la gestión del Consejo Directivo 2021-2023 presidido por Diana Droulers y escogió a las nuevas autoridades del Consejo Directivo para el período 2023-2025 presidido por José Alberto Ramírez.

Continuando con los eventos de la IV Semana del Arbitraje de Caracas, el día miércoles 28 de junio tuvo lugar un evento presencial co-organizado por la AVA y el Comité de Arbitraje de Venamcham, en el cual nuestra invitada internacional, Margarita Sánchez realizó una ponencia sobre las “Implicaciones de las Sanciones Económicas en el Arbitraje Internacional”, seguido de una actividad de networking en donde los miembros del Comité de Arbitraje tuvieron la oportunidad de socializar e intercambiar ideas con nuestra invitada internacional.

Los eventos de la semana continuaron el día jueves 29 de junio, con la tercera edición del evento denominado “Miradas Cruzadas en América Latina”, co-organizado por la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB), el Comité Brasileño de Arbitraje, el Comité Colombiano de Arbitraje, el Instituto Mexicano de Arbitraje y la AVA. Este evento trató los siguientes temas: (i) Doble nacionalidad en el Arbitraje de Inversión, (ii) Arbitraje de Inversión y Arbitraje Comercial: Áreas de penumbra y de contraste, y (iii) Deber de revelación y recusación: Consecuencias y límites. En el evento participaron como ponentes los venezolanos Andrés Mezgravis, Ramón Escovar Alvarado y Adolfo Hobaica, acompañados de expertos latinoamericanos que incluyen a Daniel Salinas, Ana María Ordoñez Deva Villanúa, Antonio Aljure, Ana Gerdau de Borja, Gerardo Lozano, Carolina Posada, Rodrigo García de Fonseca, Claudia Benavides, Julieta Ovalle, José Ricardo Feris y Francisco González de Cosío.

La IV Semana del Arbitraje cerró el viernes 30 de junio con un evento organizado por la Red de Jóvenes de la AVA, con el apoyo de la escuela de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). La actividad se realizó bajo la modalidad híbrida, transmitida desde la sala de juicios “Román Duque Corredor” de la escuela de derecho de la Universidad Católica Andrés Bello. El evento se denominó “Encuentro Latinoamericano de Arbitraje -40: Un diálogo internacional entre jóvenes profesionales”. Bajo la moderación de Wilfredo Monsalve, un grupo de jóvenes practicantes del arbitraje basados en países que incluyen Argentina, Perú, Guatemala, Ecuador, Colombia, Chile y Venezuela, expusieron sobre sus experiencias en la práctica internacional del arbitraje y los beneficios de pertenecer a la Red de Jóvenes de la AVA.

En total se registraron más de 600 inscripciones para 5 eventos académicos durante la IV Semana del Arbitraje de Caracas. Estas cifras demuestran que la Semana del Arbitraje de Caracas es un evento que ha llegado para quedarse en beneficio del foro arbitral venezolano.

Para finalizar, es importante destacar que la organización de estos eventos se hizo posible gracias al apoyo de diversas instituciones colaboradoras que incluyen al Club Español e Iberoamericano del Arbitraje CEIA, el Centro Internacional de Arbitraje (CIMA), el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (Sovdem), el Centro de Investigación y Estudios de Resolución de Conflictos de la Univer-

sidad Monteávila (CIERC), la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Acienpol), las Universidades Católica Andrés Bello, Católica del Táchira, Metropolitana, Monteávila y Santa María; así como las firmas de abogados patrocinantes: AraqueReyna, Badell & Grau, Baker & McKenzie, Dentons, Interjuris, LEÇA, PTCK, Travieso Evans Arria Rengel & Paz, Venezuelan Attorneys y Viso Rodríguez Cottin Medina Ramírez, en categoría ORO; las firmas Hexa Legal, Tinoco Travieso Planchart & Núñez, Torres Plaz & Araujo, y Vic-tum Legal en categoría PLATA y las firmas: Lafee Hobaica, MBG Legal, y Mezgravis & Asociados, en categoría BRONCE, a quienes agradecemos por su valioso y constante apoyo al desarrollo de las actividades académicas de la AVA.

Normas y Criterios Editoriales

El Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional es una publicación anual de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) que tiene por objetivo difundir en la comunidad jurídica nacional e internacional, trabajos inéditos y de actualidad relacionado con los medios alternos de resolución de controversia, especialmente el arbitraje.

El Comité Editorial del Anuario invita a académicos, investigadores y estudiantes, así como a la comunidad jurídica en general a presentar trabajos con miras a su publicación.

FORMA Y PREPARACIÓN DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos deben cumplir con los siguientes requisitos de forma:

- **Formato del archivo:** Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).
- **Idioma:** Castellano o inglés.
- **Título del artículo:** máximo 80 caracteres.
- **Fuente:** Arial.
- **Tamaño de la fuente:**
 - Inter títulos 14.
 - Cuerpo del artículo 12.
 - Citas largas y pie de página 10.
- **Uso de cursiva:** Únicamente se utilizará cursiva para las palabras en idioma extranjero y para los subtítulos.
- **Letra negrita:** Solo permitido para los títulos y subtítulos.
- **Subrayado:** No está permitido.
- **Orientación de la hoja:** Sentido vertical.
- **Mayúsculas:** Únicamente permitido al comienzo de una oración y en los nombres propios.
- **Márgenes:** Top: 0.76", inside: 0.76", gutter: 0.14", bottom: 0.76", outside: 0.6", gutter position: left. Múltiples pages: mirror margins.
- **Sangría:** En **Sangría > Especial**, seleccione **Sangría de primera línea** y luego escriba **5 mm (0,2")**.
- **Espaciado:** En **Espaciado**, seleccione **0** como valor para **Anterior** y **Posterior** y, en **Interlineado**, seleccione **Sencillo**.

-
- **Títulos:** Los títulos de cada apartado estarán en negrillas y se identificarán mediante números arábigos (1., 2., 3...). Los subtítulos, en letras cursivas, a través de numeración decimal (1.1., 1.2., 1.3...), y así sucesivamente (en letra normal). No se numerarán ni la Introducción ni las Conclusiones.
 - **Citas largas:** Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios (igual que la primera línea de los párrafos del texto) y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
 - **Notas a pie de página:** En las notas a pie de página use letra Times New Roman de 10 puntos.
 - **Tipo de cita:** Estilo Chicago se debe de mantener a lo largo de todo el texto. (Ver manual anexo).
 - **Alineación del texto:** Presente los títulos de los capítulos centrados, y los subtítulos, alineados a la izquierda. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha).
 - **En caso de usar imágenes:** Desactive la función de compresión. Word está configurado para comprimir imágenes y reducir el tamaño. Para modificar esta configuración:
 - Vaya a la pestaña **Archivo** y haga clic en **Opciones**.
 - En **Avanzadas**, busque **Tamaño y calidad de la imagen**.
 - Marque la opción **No comprimir las imágenes del archivo**.
 - **Salto de párrafo:** Un salto de párrafo se inserta siempre que pulse la tecla **Intro** mientras escribe su manuscrito. Los saltos de párrafo pueden alterar el diseño de su artículo sin que usted lo quiera. Para evitarlo, utilice los saltos de párrafo solo cuando quiera comenzar uno nuevo o crear un espacio adicional entre dos párrafos. Le recomendamos que no los utilice al final de cada línea.
 - **Control de cambios:** Compruebe que la función **Control de cambios** no está activada. Para hacerlo, vaya a la sección **Seguimiento**, en la pestaña **Revisar**.
 - **Cuadros de texto y formas:** No le recomendamos insertar cuadros de texto ni formas para crear diagramas. Si quiere incluir este tipo de elementos, insértelos como imágenes.
 - **Ortografía:** Utilice el corrector ortográfico de Microsoft Word y relea su archivo en busca de errores. Es posible que el corrector ortográfico no detecte todos los errores.
 - **Estilo:** Importante destacar:
 - Toda oración con más de 25 palabras dificulta la comprensión del lector.
 - Los párrafos pueden tener máximo 45 palabras.
 - **Palabras claves / Keywords:** Identificar cada artículo con tres palabras claves en castellano y tres en inglés.
 - **Resumen / Abstract:** El artículo debe venir acompañado de un breve resumen en

castellano e inglés de máximo 10 líneas cada uno, que de manera breve sintetice el contenido del trabajo.

- **Sumario:** Debe incluir un sumario con los apartados generales del texto.
- **Bibliografía:** El artículo debe incluir un listado final con la bibliografía citada ordenada alfabéticamente, siguiendo las normas de Chicago (Ver Manual adjunto).
- **Paginación del manuscrito a entregar:** todas las páginas, incluso la primera, deben ir numeradas en la parte inferior derecha. Use la herramienta "Número de página" en la opción "Insertar" del menú principal de Microsoft Word.
- **Estructura:** Portada (título, resumen, palabras clave, abstract, keywords), introducción, desarrollo, conclusiones y bibliografía.
- **Extensión:** Cada artículo no excederá de 60.000 caracteres (con espacios), aun cuando se pueden considerar situaciones de excepción por el Consejo Editorial.

EN CUANTO A LA AUTORÍA DEL TRABAJO

- **Autores:** Se admiten para su consideración artículos de árbitros, profesores, estudiantes de pre y postgrado, así como de cualquier miembro de la comunidad jurídica nacional e internacional, que tengan interés en los temas que trata el Anuario.
- **Numero de autores por artículo:** Se admite artículos realizados de forma individual o por varios autores.
- **Remuneración:** El Anuario Venezolano de Arbitraje no aplica cargo alguno por evaluación ni publicación de las contribuciones que recibe, tampoco paga a los autores remuneraciones o retribuciones económicas por artículo publicado.
- **Condiciones a las que se adhieren los autores:** Por el solo hecho del envío de un manuscrito al Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional de la AVA, los autores afirman que:
 - El artículo que remiten es una obra original e inédita.
 - Son los titulares originarios y exclusivos de los derechos patrimoniales y morales de autor sobre el artículo o cuenta con los permisos y cesiones necesarios para su publicación.
 - El o los autores liberan expresamente a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), de cualquier infracción legal, reglamentaria o contractual que eventualmente cometa o hubiere cometido en relación con la obra, obligando a repararle todo tipo de perjuicio que se le pudiera causar.
 - Por el hecho de enviar su obra al Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, el o los autores autorizan a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) para que, directamente o a través de terceros mandatarios, ejerzan los derechos que se señalan a continuación, respeto del artículo enviado:

- Publicación, edición, reproducción, adaptación, distribución y venta de ejemplares reproducidos, incluyendo la puesta a disposición del público en línea por medios electrónicos o digitales del artículo, en todo territorio conocido, mar o no, y para todo tipo de edición impresa en papel y electrónica o digital, sea una publicación propia de la Asociación o que forme parte de cualquier repositorio físico o electrónico en el que la AVA decida unilateral e indiscriminadamente participar, sea de acceso gratuito o pago, sin que surja derecho alguno al autor a reclamar ningún tipo de regalía sobre la explotación de la obra.
- La autorización se extiende con carácter exclusivo, que es gratuita, indefinida, perpetua y no revocable, y libera a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), de cualquier pago o remuneración por el ejercicio de los derechos antes mencionados.
- En vista de la cesión aquí señalada, si el autor desea publicar su investigación posteriormente debe comunicarlo a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).
- Los autores autorizan la publicación de sus nombres en los medios digitales de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), tales como su página web, redes sociales existentes y por existir, así como cualquier otro medio que guarde relación con los fines de la Asociación.
- Los autores garantizan que el artículo enviado es original e inédito, producto de su trabajo y que los datos han sido obtenidos de manera ética. Asimismo, aseguran que han escrito en su totalidad los originales, y que, si ha utilizado el trabajo y/o palabras de otros, los ha citado de forma debida. También aseguran que el material enviado es original y que no se publicará ni se ha enviado ni se enviará a otras instituciones para considerar su publicación en revistas u otras obras. Asimismo, deberá garantizar que el original no ha sido previamente publicado.
- Los autores aceptan someterse a las reglas editoriales establecidas por la Anuario Venezolano de Arbitraje, así como a su Código de Ética.
- El Anuario Venezolano de Arbitraje, no está en obligación de publicar ningún trabajo recibido.
- La Asociación Venezolana de Arbitraje no se hace responsable ni se solidariza con los criterios y opiniones contenido en los artículos que forman parte del Anuario Venezolano de Arbitraje.

DE LA SELECCIÓN DE LOS ARTÍCULOS

- **Consignación de los artículos:** Los originales deben ser remitidos, dentro del plazo de convocatoria, y la dirección de correo electrónico que allí se señale. La convocatoria se publicará con por lo menos tres (3) meses de anticipación a la

fecha máxima para la recepción de los artículos. Dicha convocatoria se realizará en la página web y redes sociales de la AVA.

- **Arbitraje:** Los artículos enviados al Anuario Venezolano de Arbitraje sólo son publicados después de pasar por un proceso de dictamen por pares académicos (especialistas), consistente en un arbitraje doble ciego, en donde el artículo será revisado por un profesional con méritos académicos, elegido a discreción por el Consejo Editorial, que no conocerá en ningún momento la identidad de los autores, así como tampoco los autores podrán saber quién es el evaluador. El proceso de revisión por parte de los árbitros tomará máximo dos (2) semanas. Los autores podrán optar por modificar su artículo siguiendo las observaciones de los árbitros (dentro del lapso que se le fije para tal fin, que en ningún caso podrá ser menos a una (1) semana) u optar por no publicar. La revisión se realizará utilizando el instrumento de evaluación elaborado para tal fin, y que se encuentra publicado en la página web de la AVA (Ver adjunto). Toda controversia que surja con motivo de la evaluación realizada mediante el arbitraje doble ciego, deberá ser resuelta por el Consejo Editorial, cuya decisión será inapelable y definitiva. En todo caso, el Anuario será publicado dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha máxima de recepción de los artículos, establecida en la Convocatoria correspondiente.
- **Información de los autores:** A los fines de mantener la confidencialidad durante el proceso de arbitraje, los manuscritos enviados no deben incluir información de los autores en el cuerpo de texto. Dicha información debe figurar en un archivo separado y debe contemplar los siguientes datos: 1) nombre completo del autor; 2) grados académicos que posean con la indicación de la Universidad que lo otorgó; 3) título profesional; 4) filiación institucional indicando la ciudad y país de la institución; 5) direcciones de correo electrónico del autor.



ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE
ARBITRAJE

El **Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional** es una publicación de la Asociación Venezolana de Arbitraje editada en Caracas – Venezuela, de carácter científico, arbitrada, abierta, de frecuencia anual, especializada en medios alternativos de resolución de controversias con énfasis en arbitraje, que cuenta con una versión electrónica de acceso abierto y gratuito, y con una edición impresa de tapa blanda, cuya comercialización genera fondos que son invertidos para garantizar la mejora continua del Anuario.

La Asociación Venezolana de Arbitraje no se hace responsable por el contenido de los artículos publicados en la obra. El contenido de cada artículo es responsabilidad única y exclusiva de su autor.