

Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

nro. 5

2024



ASOCIACIÓN
VENEZOLANA DE
ARBITRAJE





Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

nro. 5 - 2024

Caracas - Venezuela
2025

ANUARIO VENEZOLANO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL

© Asociación Venezolana de Arbitraje.

RIF: J-40256726-0

Reservados todos los derechos.

Depósito Legal N°: DC2020000853

ISBN: 9798313089546.

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.º 5 - Año 2024

Publicación de la convocatoria: 14/08/2024.

Recepción de artículos: del 14/08/2024 al 01/12/2024.

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

Publicación del Anuario: Marzo, 2025.

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

Web site: www.avarbitraje.com

E-mail: contacto@avarbitraje.com

Instagram / X / Facebook: @AvArbitraje

Diseño y diagramación:

www.megaeditorial.com / info@megaeditorial.com

Caracas, Venezuela.



Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

nro. 5 - 2024

Caracas - Venezuela
2025



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 Sanquírigo, Carmine Pascuzzo y Magdalena Maninat*

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

Índice

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

ARTÍCULOS - AUTORES INVITADOS

Consideraciones sobre el uso pernicioso de la institución del avocamiento en Venezuela Adolfo Hobaica VENEZUELA	13
Los elementos particulares en el arbitraje deportivo Daniel Pérez Pereda VENEZUELA	31
El rol del testigo experto legal al informar sobre el derecho extranjero en el arbitraje internacional Diego Tomás Castagnino VENEZUELA	55
La Objeción Intra-Unión Europea en el Arbitraje Internacional: Una visión general Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes VENEZUELA	83
Comportamiento (in)correcto en el arbitraje y tácticas de guerrilla: un análisis aproximativo Jorge I. González Carvajal VENEZUELA	109
La fase probatoria del procedimiento arbitral venezolano Mario Bariona VENEZUELA	161
La anulación del laudo arbitral en España y Venezuela: notas comparativas Pedro Miguel Mata Chacín ESPAÑA	177
El derecho aplicable al procedimiento arbitral en Venezuela Pedro Rengel Núñez VENEZUELA	217

Desafíos judiciales del arbitraje Rafael Chavero Gazdik VENEZUELA	233
Importancia del Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional para el Desarrollo de la Doctrina en Materia Arbitral Victor Hugo Guerra H. VENEZUELA	255

ARTÍCULOS - AUTORES PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA

Oposición de tercero al laudo cautelar en arbitraje comercial Fernando Baralt VENEZUELA	269
Control difuso de constitucionalidad de leyes en sede arbitral en Venezuela José Alejandro Rivero Linares VENEZUELA	305
El <i>Third Party Funding</i> y la imparcialidad del árbitro: una oportuna reflexión Kimberly González Rojas VENEZUELA	327
El avocamiento contra el arbitraje: Una perspectiva venezolana Raúl Ruiz Aguirre y Sebastián J. Zabaleta Cedeño VENEZUELA	351

MISCELÁNEA

Crónica de la Quinta Semana del Arbitraje de Caracas	385
Informes de relatoría del X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional.	389
X Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Mesa 3 sobre arbitraje de inversión. Los casos venezolanos en el CIADI	407
Pronunciamiento de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre dos decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictadas en avocamientos de causas sometidas a arbitrajes	411
Normas y criterios editoriales	413

Presentación y agradecimientos

Apreciados lectores y colaboradores:

El Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) se complace en presentar la quinta edición del Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Como es habitual, esta nueva entrega del anuario cuenta con las valiosas contribuciones de destacados profesionales que han formulado importantes consideraciones sobre temas de actualidad relacionados con los medios alternos de resolución de conflictos.

En esta ocasión, la convocatoria para la recepción de trabajos fue publicada el 14 de agosto de 2024 y se fijó el 1 de diciembre de 2024 como fecha límite para que académicos, profesionales y estudiantes consignaran sus investigaciones a objeto de ser examinadas y, de ser aprobadas, publicadas en la quinta edición del Anuario. Una vez concluido el lapso establecido en la convocatoria, se procedió a la revisión de cada uno de los artículos recibidos bajo la metodología de arbitraje por pares, doble y ciego.

Deseamos manifestar nuestro sincero agradecimiento a los autores invitados que, con gran generosidad, compartieron sus perspectivas y reflexiones. Sus valiosos aportes han permitido analizar cuestiones de gran relevancia y actualidad, ofreciendo a nuestros lectores una comprensión profunda de los retos y oportunidades que se presentan en materia de resolución alternativa de conflictos, con énfasis en arbitraje.

También queremos reconocer a aquellos autores que atendieron nuestra convocatoria abierta. La variedad de enfoques y temas abordados evidencia la riqueza y diversidad de esta publicación. Apreciamos su esfuerzo y dedicación que constituyen un pilar fundamental para la excelencia y el progreso del conocimiento científico.

Los artículos aprobados para su publicación en esta nueva edición del Anuario fueron los siguientes:

Autores invitados

- Adolfo Hobaica: "Consideraciones sobre el uso pernicioso de la institución del avocamiento en Venezuela".
- Daniel Pérez Pereda: "Los elementos particulares en el arbitraje deportivo".
- Diego Tomás Castagnino: "El rol del testigo experto legal al informar sobre el derecho extranjero en el arbitraje internacional".
- Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes: "La Objeción Intra-Unión Europea en el Arbitraje Internacional: Una visión general".
- Jorge I. González Carvajal: "Comportamiento (in)correcto en el arbitraje y tácticas de guerrilla: un análisis aproximativo".

- Mario Bariona: “La fase probatoria del procedimiento arbitral venezolano”.
- Pedro Miguel Mata Chacín: “La anulación del laudo arbitral en España y Venezuela: notas comparativas”.
- Pedro Rengel Núñez: “El derecho aplicable al procedimiento arbitral en Venezuela”.
- Rafael Chavero Gazdik: “Desafíos judiciales del arbitraje”.
- Víctor Hugo Guerra H.: “Importancia del Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional para el Desarrollo de la Doctrina en Materia Arbitral”.

Autores participantes de la convocatoria

- Fernando Baralt: “Oposición de tercero al laudo cautelar en arbitraje comercial”.
- José Alejandro Rivero Linares: “Control difuso de constitucionalidad de leyes en sede arbitral en Venezuela”.
- Kimberly González Rojas: “El *Third Party Funding* y la imparcialidad del árbitro: una oportuna reflexión”.
- Raúl Ruiz Aguirre y Sebastián J. Zabaleta Cedeño: “El avocamiento contra el arbitraje: Una perspectiva venezolana”.

Siguiendo la tradición, esta edición del Anuario incluye una crónica especial preparada por el Presidente de la Asociación, José Alberto Ramírez León, donde se da cuenta detallada de los eventos que tuvieron lugar con ocasión de la celebración de la V Semana del Arbitraje de Caracas, que tuvo lugar entre los días 28 de octubre y 1 de noviembre de 2024.

También forman parte de esta entrega del Anuario los informes preparados por los relatores de las mesas del X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, celebrado el 31 de octubre de 2024 en la Universidad Metropolitana de Caracas. Los informes contienen las conclusiones más relevantes de los panelistas que conformaron las mesas de trabajo. La labor de relatoría, a cargo de un grupo de jóvenes profesionales, estuvo distribuida de la siguiente manera:

- Mesa 1: Arbitraje societario. Relator: Wilfredo Monsalve García.
- Mesa 2: Arbitraje deportivo. Relatora: Carol Jiménez López.
- Mesa 3: Arbitraje de inversión. Relator: Alejandro Ramírez Padrón.
- Mesa 4: Arbitraje de consumo. Relator: Jorge Luis Henríquez.
- Mesa 5: Arbitraje tributario. Relatora: Leisbeth Berríos González.

El rotundo éxito del X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional tuvo como consecuencia que esta edición del Anuario contara, según se ha reseñado, con numerosos insumos editoriales. A ellos se suma la reseña que amablemente preparó el Dr. Pedro Rengel Núñez, Vicepresidente de Asuntos Internacionales de la AVA, sobre los casos venezolanos en el CIADI, que fuera su tema de disertación durante el Congreso en la Mesa 3 dedicada al arbitraje de inversión.

Finalmente, el Consejo Directivo ha estimado pertinente incorporar al Anuario, por su trascendencia para la comunidad arbitral venezolana, el "Pronunciamiento de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre dos decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictadas en avocamientos de causas sometidas a arbitrajes", de fecha 13 de enero de 2025.

Esperamos que esta edición del Anuario constituya, como lo han venido haciendo las entregas anteriores, un recurso valioso que contribuya a la discusión de temas de primera importancia en la comunidad jurídica venezolana. Nuestro objetivo es que el Anuario sea un instrumento permanente de consulta para todos los interesados en el estudio, promoción y utilización del arbitraje y demás medios de resolución de conflictos.

Reiteramos nuestro agradecimiento a los autores, árbitros revisores, miembros de la Asociación Venezolana de Arbitraje y demás colaboradores por su esfuerzo continuado en la elaboración de este producto editorial. Especialmente, agradecemos al equipo de diseñadores y diagramadores de MEGA Editorial, encabezado por el abogado y diseñador gráfico Juan Marcano.

Caracas, marzo de 2025.

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 Elíaz
Director-Editor

Diego Castagnino
Sub-director

ARTÍCULOS
Autores invitados

Consideraciones sobre el uso pernicioso de la institución del avocamiento en Venezuela

Adolfo Hobaica*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 13-30

Resumen: El avocamiento es una institución muy poco conocida en el derecho comparado prevista en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que le permite a las Salas, recabar un expediente que curse en un Tribunal de inferior jerarquía, donde se sustancie alguna causa que presente grotescas irregularidades en su trámite. Esa figura procesal ha venido degenerándose y siendo utilizada indiscriminadamente sin dar cumplimiento a los requisitos establecidos por la Ley. En los últimos años los justiciables han tratado de extender su uso a la jurisdicción arbitral, iniciativa que hasta ahora ha sido censurada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Palabras clave: Avocamiento, Arbitraje, Recursos, Jurisdicción, Desórdenes Procesales, Orden Público.

Considerations on the harmful use of institution of avocation in Venezuela

Abstract: *The avocation is a very little-known institution in comparative law provided for in the Organic Law of the Supreme Court of Justice, which allows the Chambers to collect a file that is in a Court of lower hierarchy, where a case that presents grotesqueries is substantiated. Irregularities in its process. This procedural figure has been degenerating and being used indiscriminately without complying with the requirements established by the Law. In recent years, litigants have tried to extend its use to arbitration jurisdiction, an initiative that until now has been censured by the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice.*

Keywords: *Avocation, Arbitration, Resources, Jurisdiction, Procedural Disorders, Public Order.*

Autor invitado

* Abogado en ejercicio. Universidad Santa María Caracas - Venezuela (1976); Diplôme Supérieure de l'Université de Droit, d'Économie et Sciences Sociales de Paris (1980) Paris II Finances Publiques et Fiscalité; 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). 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) y Coordinador de la Comisión de Enlace con el Poder Judicial.

Consideraciones sobre el uso pernicioso de la institución del avocamiento en Venezuela

Adolfo Hobaica*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 13-30

El poder judicial tiene la gran responsabilidad de ser garante con su imagen, de la paz pública y la estabilidad democrática, precisamente los extremos que deben ser cumplidos y evaluados con suma prudencia para que proceda el avocamiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia 2010.

En fecha 23 de febrero de 2024, se produjo una decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, donde se procedió por la vía del avocamiento a la anulación de un laudo arbitral.¹

Con esta decisión se consumó lo que se comenzó en fecha 26 de octubre de 2023 cuando se dio inicio a la primera fase del avocamiento por dicha sala, eventos que han sido el detonante para la elaboración de estas reflexiones.

He tratado de ser muy cauteloso debido a que ninguna de mis consideraciones, tiene que ver con el fondo de la cuestión debatida en ese pleito comercial que trascendió de la jurisdicción arbitral a otras jurisdicciones, ni con las partes que intervinieron en ese proceso.

Este trabajo lo presento como un aporte para encauzar nuestro proceso dentro del marco establecido por nuestras leyes, sin que quepa en mi opinión otra interpretación sobre la institución del avocamiento, concebida para resolver graves desórdenes procesales o escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico.

Lo que regula esta institución no es poca cosa, pero se ha venido degenerando, al ser utilizada sin estar llenos los supuestos de la norma regulatoria y sin ninguna prudencia que es otro de los requisitos exigidos para su aplicación, tal vez el más importante.

* Abogado en ejercicio. Universidad Santa María Caracas - Venezuela (1976); Diplôme Supérieure de l'Université de Droit, d'Économie et Sciences Sociales de Paris (1980) Paris II Finances Publiques et Fiscalité; 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). 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) y Coordinador de la Comisión de Enlace con el Poder Judicial.

¹ Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia Sent. N° 0057 de fecha 23 de febrero de 2023 TCA SERVICES, C.A. vs CARROFERTA MEDIA GROUP, C.A.

Esta situación me mueve a realizar unas breves consideraciones que presento a continuación, sobre el uso nocivo que viene dándosele, cuestión que ya ha sido reseñada por la Doctrina de la mano de estudiosos de esta materia con quienes comparto esta preocupación.

Los invito entonces a analizarlas para frenar en la medida de nuestras posibilidades esta infracción a la Ley, que está socavando el sistema de administración de justicia, para que se cumpla con las funciones que le han sido conferidas por las leyes que lo regulan.

I

El avocamiento es una institución muy poco conocida en el derecho comparado prevista en la LOTSJ², que le permite a las Salas recabar un expediente que curse en un Tribunal de inferior jerarquía, donde se sustancie alguna causa que presente grotescas irregularidades en su trámite.

En varios trabajos el académico Brewer Carías trata in extenso este tema con un enfoque constitucional, y señala la improcedencia de esta institución procesal en abundantes procesos, debido a que en su opinión su utilización es contraria a los supuestos para su procedencia.³

Coincidimos en que la utilización del avocamiento se ha ido desnaturalizando, ya que, si bien es cierto que la misma pudiese tener una importante utilidad, no ha sido utilizada en muchos casos apegada a la finalidad estatuida por las normas que la consagran.

El avocamiento por Ley debe ser ejercido con extrema prudencia por cuanto despoja al Juez Natural del asunto sometido a su competencia y suprime las instancias de los procesos judiciales, cuestión que está reñida con la garantía al debido proceso consagrada en nuestra norma fundamental.

Es tan claro lo anteriormente expuesto que la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 107 al regular su procedencia señala que:

² La Institución del Avocamiento nace en la Ley de la Corte Suprema de Justicia de 1976 mediante la cual se le atribuía exclusivamente a la Sala Político Administrativa, la facultad de avocarse. En fecha 24 de abril de 2002 mediante sentencia N° 806 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia derogó el artículo 43 de la Ley de la Corte Suprema de Justicia que contemplaba esa competencia exclusiva de la Sala Político Administrativa para el ejercicio del Avocamiento. Posteriormente la misma Sala Constitucional mediante sentencia N° 566 de fecha 12 de abril de 2004 estableció su propia facultad para avocarse a cualquier asunto incluyendo aquellos que estuviesen en poder de otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia. Al día de hoy la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 106 lo regula de la siguiente manera: "Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal."

³ Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte de la Sala Constitucional Allan R. Brewer-Carías. Cuaderno N° 1 de la Cátedra Fundacional de Teoría General de la Prueba. Universidad Católica Andrés Bello.

El avocamiento será ejercido con suma prudencia y solo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.

Es evidente entonces que estamos en presencia de una institución que la propia Ley define como algo excepcional y delicado que no puede ser utilizada a la ligera, debido a que están celosamente tipificados por el legislador los extremos para su procedencia.

No obstante, el legislador no se detuvo allí y en el artículo siguiente de la Ley⁴, señaló como requisito de admisibilidad que las irregularidades que fundamenten la solicitud hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia, a través de los medios ordinarios.

Es decir, el avocamiento no sería procedente, si la parte no hubiese ejercido en su momento con un resultado infructuoso, los recursos ofrecidos por la Ley para enmendar la infracción o infracciones denunciadas como causales de avocamiento.

Podemos afirmar que satisfacer los requisitos para que cualquier sala se avoque a una causa que se encuentre ante un tribunal de inferior jerarquía⁵, resulta muy difícil dadas las condiciones que establece la Ley y que ha señalado la jurisprudencia para su procedencia.

Durante este largo período recorrido desde su nacimiento hasta ahora, se han visto situaciones administrativas, políticas, sociales, procesales y comerciales que han sido reguladas *per saltum* mediante la figura del avocamiento, que han podido ser resueltas mediante los remedios ordinarios previstos para subsanarlas.

La Sala Constitucional en una sentencia de vieja data⁶, reconoce que el avocamiento es un procedimiento extraordinario por cuanto afecta las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción, con lo cual es claro que estamos frente a circunstancias realmente excepcionales.

⁴ Artículo 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. La Sala examinará las condiciones de admisibilidad del avocamiento, en cuanto a que el asunto curse ante algún tribunal de la República, independientemente de su jerarquía y especialidad o de la etapa o fase procesal en que se encuentre, así como que las irregularidades que se aleguen hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los medios ordinarios. Cuando se admita la solicitud de avocamiento, la Sala oficiará al Tribunal de instancia, requerirá el expediente respectivo, y podrá ordenar la suspensión inmediata del curso de la causa y la prohibición de realizar cualquier clase de actuación. Serán nulos los actos y las diligencias que se dicten en desacato a la suspensión o prohibición que se expida. (Subrayado del autor)

⁵ Salvo la atribución que tiene la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de requerir a cualquier sala un expediente para avocarse a su conocimiento mediante sentencia N° 566 de fecha 12 de abril de 2004, la cual se mencionó precedentemente.

⁶ Sentencia N° 619 de fecha 22 de abril de 2005 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al resolver una solicitud de avocamiento resolvió: Efectivamente, la figura del avocamiento reviste un carácter sumamente extraordinario por cuanto afecta las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción y de allí deriva que las Salas de este Máximo Tribunal, cuando ejerzan la misma, deberán ceñirse estrictamente al contenido de la precitada norma, que regula las condiciones de procedencia de las solicitudes al respecto.

No puede concebirse entonces que esa institución jurídica pueda tener un uso desmedido e ilimitado, que permita acudir a cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia para denunciar alguna irregularidad que no revista las características señaladas por la Ley para su procedencia.

No creemos que la norma que la regula, admita una interpretación distinta a lo que se desprende del sentido común de las palabras⁷ que describen cuando, como y donde puede tener cabida su ejercicio y su aplicación.

II

Si nos apegamos al texto de la norma que admite el avocamiento, es sin duda una temeridad que atenta precisamente contra la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática, que se sustancie un avocamiento que no se ahorme a los presupuestos previstos por la Ley.

Esta afirmación la hacemos por cuanto los recursos ordinarios y extraordinarios⁸ que están a la mano de cualquier justiciable, fueron concebidos precisamente para solventar cualquier irregularidad que le lesione algún derecho procesal o alguna garantía fundamental.

La hipótesis prevista para que proceda el avocamiento requiere extremos cuya ocurrencia es inusual⁹, tal y como se señaló precedentemente no es una providencia ordinaria que pueda declararse con lugar sin que exista plena certeza de las causales para su procedencia.

En el caso de autos, se denunció la supuesta conculcación del derecho a la tutela judicial eficaz por cuanto el juez de la causa desaplicó indebidamente el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El solicitante adujo que el juez titular del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas no declaró la confesión ficta del demandado, a pesar de que éste no dio contestación a la demanda ni promovió pruebas en el lapso hábil.

Sobre el particular, esta Sala observa que no puede presumirse la supuesta infracción al orden legal que, si fuera cierta, podría resolverse por la Alzada. En otras palabras, la Sala no estima pertinente el avocamiento a una causa cuyo remedio puede asumir perfectamente el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana al que corresponda el asunto en segunda instancia por la distribución de rigor.

En conclusión, por cuanto no consta en autos que el solicitante haya agotado los medios ordinarios que la legislación le otorga para la tutela de sus derechos e intereses, que en el caso de autos sería el recurso de apelación, la Sala no justifica la afectación del orden normal de la distribución de competencias por el grado de la jurisdicción. Consiguientemente, se declara sin lugar la solicitud de avocamiento que se propuso.

⁷ Código Civil Artículo 4.- A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

⁸ Estos recursos son ordinarios (impugnación, desconocimiento, apelación, reclamo, control de legalidad y el recurso de casación) y extraordinarios (amparo constitucional y solicitud de revisión constitucional).

⁹ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia Artículo 107. "El avocamiento será ejercido con suma prudencia y sólo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática."

Es impretermisible que los supuestos previstos para ello se encuentren presentes, es una decisión de gran relevancia que inclusive le cercena a la parte el ejercicio de los recursos procesales que le confiere la Ley ante su juez natural.¹⁰

Es grave pretender que *per saltum* alguna de las Salas se avoque al conocimiento de un juicio o de un proceso que está cumpliendo con su trámite ordinario ante el órgano competente o en espera de decisión.

Es aún más grave que alguna de las Salas se aparte de la extrema prudencia que le ordena la Ley para ejercer esa atribución especialísima.

En este trabajo nos circunscribiremos exclusivamente al área civil, que en nuestra opinión se están produciendo mayores avocamientos que en los asuntos, penales, administrativos, electorales o sociales.

En efecto, últimamente han proliferado las solicitudes de avocamiento y sus declaratorias con lugar, con lo cual se ha atemperado su uso contra las previsiones legales que lo regulan y en violación a la propia jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Existen muchos precedentes que no merece la pena enumerar, es *vox populi* que el avocamiento se ha convertido en un recurso ordinario, que es utilizado por las partes sin recato para neutralizar cualquier decisión que le sea adversa o simplemente para retrasar su solución.

Esta manera de actuar ha dado algunos resultados que atentan precisamente contra la majestad del Poder Judicial, pues no existe justificación que permita de manera prematura resolver un asunto que debe cumplir sus etapas procesales, salvo las excepciones señaladas por Ley que hemos advertido *supra*.

A título de ejemplo de una rápida revisión del sitio de internet del Tribunal Supremo de Justicia por notoriedad judicial, salvo error u omisión en la Sala de Casación Civil con el parámetro de búsqueda – se avoca – nos encontramos con el siguiente resultado:

Entre los años 2000 al 2019 se introdujeron 22 solicitudes de avocamiento y se declararon con lugar 4.

En el año 2020 se introdujeron 4 y se declararon con lugar 2.

En el año 2021 se introdujeron 17, se declararon con lugar 10 en segunda fase y se admitieron las demás en primera fase no se negó ninguna.

En el año 2022 se introdujeron 11, se declararon con lugar 2 solo se negó 1.

¹⁰ El avocamiento es un procedimiento "extraordinario por cuanto afecta las garantías del juez natural y del doble grado de jurisdicción" (Sentencia N° 619 de fecha 22 de abril de 2005).

En el 2023 se introdujeron 12, se declararon con lugar 2, no se negó ninguna.

Es claro que el uso del avocamiento ha ido *in crescendo* de manera exponencial sobre todo a partir de los años 2020, 2021, 2022 y 2023 por cuanto solo en la Sala de Casación Civil se declararon 16 avocamientos con lugar versus 4 en 20 años (2000/2019).

Igualmente en el año 2024 en la Sala de Casación Civil hasta el mes de noviembre, se declararon procedentes 4 solicitudes de avocamiento (1 en primera fase y 3 en segunda fase) y se negaron 4, es decir, se tramitaron 8 en total.

Si comparamos los 12 meses del año 2023 con los 11 meses del año 2024, vemos que en el año 2023 se declararon con lugar 2 y en los 11 meses del año 2024 se declararon con lugar 4 (3 en segunda fase y 1 en primera fase).

Reitero que estas cifras pueden ser inexactas ya que como sabemos no todas las decisiones obedecen a los mismos parámetros de búsqueda, pero algo si nos queda claro, la utilización del avocamiento se ha convertido en procedimiento muy utilizado por los justiciables.¹¹

Se está ignorando que su procedencia está restringida a graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.

El retraso en que incurren los jueces en dictar sus decisiones, en ningún caso puede ser excusa para acudir a este medio extraordinario, esa conducta debe ser tipificada como denegación de justicia con la sanción correspondiente, pero nunca como causal para un avocamiento.

Ahora bien, luego de haberse utilizado esta figura del avocamiento sin ningún tipo de escrúpulo en estos últimos años por los justiciables en la jurisdicción ordinaria,¹² nació la idea de utilizarla contra procesos y decisiones proferidas en arbitrajes.

Como es natural si su cabida había sido y es cuestionada en la jurisdicción ordinaria por el foro especializado debido a lo estricto de los requisitos para su procedencia, al haberse mencionado la idea de utilizarla en arbitraje, toda la comunidad arbitral manifestó su repudio.

¹¹ Queda claro que los avocamientos de oficio son excepcionales, ya que con poca frecuencia son decretados solo en asuntos muy puntuales básicamente donde están involucrados los intereses de la República.

¹² Existen copiosas decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en sus diversas salas donde constan las solicitudes de avocamientos y sus declaratorias de procedencia. En este sentido hay una importante compilación de esas decisiones donde se pone en evidencia la ligereza con la que se está utilizando esta institución procesal. La Jurisdicción Constitucional en Venezuela, Rafael José Chavero Gazdik, Editorial Jurídica Venezolana y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2024.

Ese rechazo se fundamenta en el principio de no injerencia del Poder Judicial en arbitraje, salvo por lo que respecta al Recurso de Nulidad cuyo trámite y solución corresponde a los Tribunales Superiores una vez que es resuelto el asunto en sede arbitral.¹³

III

En arbitraje se han propuesto algunos recursos extraordinarios y finalmente la Sala Constitucional resolvió que solo procede la solicitud de amparo constitucional contra los laudos cautelares o definitivos, y la revisión constitucional contra la sentencia del juez superior que resuelve el recurso de nulidad.

Esta aseveración está contenida específicamente en el fallo de la Sala Constitucional de abril de 2021 en una solicitud de avocamiento, interpuesta para recabar el procedimiento arbitral en trámite después de que se había celebrado el acto de presentación previa del laudo a las partes.

En esa decisión se señaló que no estaban dados los supuestos para la procedencia del avocamiento, que lo procedente era interponer el recurso de nulidad y en caso de persistencia de la lesión por vía excepcional el Recurso de Amparo o la Solicitud de Revisión.¹⁴

Es claro que el único recurso ordinario contra el laudo es el de nulidad¹⁵, ningún otro, a menos que luego de resuelto ese recurso de nulidad persistan las lesiones en cuyo caso cabrían el Recurso de Amparo o la Solicitud de Revisión, según corresponda.

Como podemos apreciar la Sala Constitucional, desechó la propuesta argumentando que, se encuentra previsto el Recurso de Nulidad que es la vía ordinaria, o bien por vía excepcional el amparo constitucional o mediante el mecanismo de revisión constitucional.

Es indudable que la Sala Constitucional sabiamente le cerró la entrada al avocamiento en arbitraje, debido a que existen otras vías que no comprometen la correcta interpretación de esa institución cuya aplicación se encuentra estrictamente tipificada.

¹³ Algunos especialistas han argumentado públicamente que quienes utilizan estos mecanismos en su mayoría no se encuentran vinculados al sistema ni a los centros de arbitraje, normalmente los abogados expertos en arbitraje se desprenden del caso para que otros profesionales sean los que propongan esos recursos ante la jurisdicción ordinaria y la involucren en los procesos arbitrales, evitando así verse ligados a esas prácticas contrarias al arbitraje.

¹⁴ Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia Sent. N° 0151 de fecha 21 de abril de 2021 Alimentos Polar 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."

¹⁵ Artículo 43 de Ley de Arbitraje Comercial. Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad.

No quisiera abundar en definiciones y situaciones que por fuerza son conocidas por los profesionales a quienes van dirigidas estas reflexiones, por cuanto la jurisdicción arbitral es un sistema que solo permite que sus decisiones sean revisadas a través del recurso de nulidad.

En algunas jurisdicciones de Iberoamérica como la nuestra estas decisiones arbitrales pueden ser revisadas a través de medios extraordinarios como el recurso de amparo, y la revisión constitucional.¹⁶

Siendo que esta última se refiere a la decisión del Juez que resuelve la nulidad, pero exclusivamente a las causales previstas en la Ley, en ningún caso se puede cuestionar el fondo que es exclusivo de la competencia de los árbitros.

Esta afirmación se sustenta en la más acreditada doctrina, en la jurisprudencia internacional y en las decisiones de todas las Salas de nuestro Tribunal Supremo de Justicia proferidas hasta ahora.

Veremos a continuación con sorpresa como se ha procedido a utilizar en arbitraje el avocamiento con una finalidad distinta para la cual fue creada e inclusive violentando los propios criterios de la Sala Constitucional, utilización que sin duda alguna deberá ser revertida.

IV

Como afirmamos en fecha 26 de octubre de 2023 la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, dio inicio a la primera fase del avocamiento en un asunto donde se tramitaba el recurso de nulidad por ante un juzgado superior.

Previamente la Sala Constitucional en fecha 14 de agosto de 2023 admitió en primera fase un avocamiento solicitado por el ciudadano RAFAEL LAMAS CASAS y el RESTAURANT HEREFORD GRILL, C.A., involucrados en un arbitraje en curso ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).¹⁷

En su decisión la Sala Constitucional no paralizó el procedimiento arbitral, pero le requirió copia del expediente al centro de arbitraje y le notificó la admisión del avocamiento en primera fase.

¹⁶ 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>

¹⁷ Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia Sent. N° 1239 de fecha 14 de agosto de 2023 RAFAEL LAMAS CASAS, y RESTAURANT HEREFORD GRILL, C.A. Debemos señalar que precisamente en este asunto había varios procesos judiciales en curso que se tramitaban paralelamente con el arbitraje, tal y como se reseñó, con lo cual *prima facie* podía recomendar la admisión del avocamiento según el criterio de la Sala Constitucional.

Por su parte, el proceso de avocamiento iniciado ante la Sala de Casación Civil y admitido en primera fase, dio como resultado que se decretara el avocamiento procedente en segunda fase mediante sentencia de fecha 23 de febrero de 2024.¹⁸

Es claro que en este último caso los precedentes jurisprudenciales de la Sala Constitucional y los postulados legales que consagran el avocamiento fueron irrespetados por la Sala de Casación Civil.

En esa sentencia se procedió prácticamente sin dar razones jurídicas válidas, sin hacer un análisis realmente motivado y con base en un supuesto falso a anular un laudo cuyo recurso de nulidad estaba en fase de sentencia.

No había trámite que realizar, solo esperar la solución del recurso ordinario de nulidad ejercido, contra el cual podía recurrirse bien por la vía del amparo constitucional o bien por la vía de la revisión constitucional como lo enuncia la jurisprudencia de la Sala.

Pensamos que es innecesario analizar punto por punto el fondo de la decisión en cuestión, pues nuestra intención es afirmar que en ese caso se ha utilizado una institución jurídica que no tiene en ningún caso cabida en arbitraje.

Esta decisión no solo compromete y altera el funcionamiento de la jurisdicción ordinaria, sino que está afectando a la institución arbitral venezolana amparada por nuestra Carta Magna y por nuestra jurisprudencia, al permitir que se altere sin justificación el proceso que debe seguir todo arbitraje.

Lo más grave aún es que la Sala de Casación Civil anuló la decisión de fondo de los árbitros, que es precisamente lo que debe permanecer incólume por tratarse de la garantía primordial del sistema que ampara inexorablemente la integridad de esa decisión.

Las partes al someterse a arbitraje renuncian a la intervención judicial y eso es lo que los justiciables deben tener claro¹⁹, fabricar infracciones para revelarse contra el fondo de lo resuelto por los árbitros es una temeridad.²⁰

Pretender arrebatarse no solo a los árbitros sino a los jueces naturales el conocimiento de la causa es una calamidad, un despropósito que evidentemente viola las leyes y desequilibra nuestro sistema judicial.

¹⁸ Sentencia Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia N° 0057 de fecha 23 de febrero 2024 Sociedad Mercantil CARROFERTA MEDIA GROUP, C.A. contra Salvador Yanuzzi Rodríguez y otros. En el que intervino como tercero la Sociedad Mercantil TCA SERVICES, C.A.

¹⁹ Ley de Arbitraje Comercial. Artículo 5. El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

²⁰ La ficción de la infracción de la tutela judicial efectiva en el arbitraje. Adolfo Hobaica. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional Nro. 1 – 2020. pp. 226 - 247

Con todo el respeto que nos merece nuestro sistema de justicia, donde hay gente honesta, seria y preparada, debemos manifestar una firme preocupación ante la utilización de mecanismos extraños e inadecuados para lograr resultados o alterar los obtenidos.

Este *modus operandi* lo único que trae es el desconcierto y la pérdida de confianza en las instituciones cuya finalidad no es resolver un caso en particular, sino mantener una línea que inspire seguridad y una expectativa legítima en un sistema de administración de justicia.

El avocamiento es una institución seria que puede ser de gran utilidad para paliar situaciones donde *ex profeso* en muchos casos se divide la continenencia en varios tribunales o en varias jurisdicciones, en la búsqueda de un caos judicial para retrasar o complicar un proceso.

Por esa razón la Ley se refiere a la utilización del avocamiento como una herramienta que debe ser utilizada con extremada prudencia y su procedencia en asuntos muy especiales como están calificados expresamente por la norma que lo consagra.

Impedirle al arbitraje su independencia, anular sus decisiones por razones no previstas en la Ley Especial que lo regula para alterar su desenvolvimiento, contrariar los principios jurisprudenciales que lo rigen, es un dislate que precisamente contradice la *ratio legis* de la propia institución del avocamiento.

Al desestabilizar el sistema arbitral, quienes lo utilizan como es natural verán con desconfianza un proceso al que se sometieron con el compromiso de no acudir a la jurisdicción ordinaria y dejarán de utilizarlo.

Ante ello no solo se sobrecargará a la jurisdicción ordinaria, se le generará desprestigio a nuestro sistema de justicia, sino que se incumple con el mandato constitucional que consagra su existencia, el cual no es otro que el señalado por la Ley.

Lo procedente en este caso es que la comunidad jurídica busque un mecanismo extraordinario para que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia proceda a revisar la decisión dictada por la Sala de Casación Civil del mismo Tribunal Supremo.

De esa manera se constatará que no se está dando cumplimiento a los requisitos exigidos por su Ley Orgánica para autorizar un avocamiento y se proceda anular por esa vía un laudo arbitral cuyo procedimiento debe ser sustanciado por un juez de segunda instancia.

Es claro que este proceder mutila el debido proceso, pues impide que la decisión del recurso de nulidad del laudo sea dictada por el juez natural competente para ello quien es suplido innecesariamente por una de las salas para anular el laudo desnaturalizando el sistema.

Las asociaciones vinculadas al arbitraje y la comunidad jurídica en general deben acercarse al Poder Judicial²¹ para analizar estos temas en beneficio de los sistemas judiciales y arbitrales que son el sustento de la imagen del Poder Judicial, la paz pública y la institucionalidad democrática.

Dejo de esta manera plasmadas mis consideraciones con relación a lo que está sucediendo con la institución del avocamiento en nuestro sistema de justicia, que sin verdadero fundamento viene aplicándose con cierta regularidad en la jurisdicción ordinaria y cuyo radio de acción se ha expandido a la jurisdicción arbitral.

V

Una vez concluido este artículo que elaboré para el anuario N° 5 de la Asociación Venezolana de Arbitraje próximo a publicarse, la Sala Constitucional dictó dos decisiones muy importantes que reiteran la excepcionalidad del avocamiento como mecanismo procesal y la independencia del arbitraje.

Estas decisiones vienen a corroborar las razones que se expusieron previamente en los capítulos que anteceden sobre el uso pernicioso de este medio procesal para objetar la procedencia de estos dos avocamientos interpuestos.

Con toda seguridad, estas decisiones reducen la búsqueda que algunos han emprendido para involucrar a nuestro más alto tribunal en procesos judiciales y especialmente donde se encuentran involucrados procesos arbitrales, para judicializar su resultado más allá de lo permitido por la Ley.

Veamos:

La primera sentencia es de fecha 4 de diciembre de 2024²² la cual declaró sin lugar la segunda fase del avocamiento solicitado por los involucrados en un proceso arbitral en curso y otras acciones judiciales en desarrollo que se tramitaban simultáneamente.

En ella la Sala Constitucional²³ reitera de manera muy precisa entre otras consideraciones la independencia del arbitraje como la jurisdicción escogida por las partes para resolver sus controversias.

²¹ La Conexión Inevitable entre el Arbitraje y el Poder Judicial Adolfo Hobaica Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional Nro. 4. 2024 2020. pp. 15 – 3.

²² Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Sent. N° 1196 de fecha 4 de diciembre de 2024 RAFAEL LAMAS CASAS, y RESTAURANT HEREFORD GRILL, C.A.

²³ "En este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha consagrado en su artículo 20 el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como derecho humano fundamental, el cual debe interpretarse en sintonía con el derecho de libertad económica contemplado en el artículo 112 del mismo texto constitucional que determina la libertad de las personas para establecer sus relaciones contractuales, sólo limitándolas a través de principios atinentes al derecho ajeno y el orden público, tradicionalmente previstos en el artículo 6 del Código Civil; en este sentido, es de inferir que en virtud del acuerdo de arbitraje las partes que lo suscriben se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer

Además, señala la improcedencia de la institución del avocamiento como recurso al que pueden recurrir las partes para expresar su desacuerdo con la decisión de los árbitros, por tratarse de un mecanismo cuya procedencia obedece a causales específicas de estricto cumplimiento.

Es importante resaltar que este asunto admitido *prima facie* por la Sala Constitucional, podía prestarse a confusión pues como se señaló había en marcha varios procedimientos judiciales relacionados en distintos tribunales y un arbitraje en curso.

Debemos hacer énfasis como se indicó en el capítulo anterior, que la Sala Constitucional al admitir este avocamiento en primera fase no paralizó el arbitraje, solo notificó al centro de arbitraje la existencia del avocamiento y le requirió copia del expediente.

La segunda decisión de fecha 12 de diciembre de 2024²⁴, fue dictada en un proceso de revisión constitucional intentado contra la decisión de la Sala de Casación Civil de referencia, que declaró con lugar una solicitud de avocamiento y anuló el laudo.

Debo reiterar que el avocamiento se produjo cuando el arbitraje se encontraba pendiente de decisión del recurso de nulidad del laudo arbitral, no había ninguna otra actuación que realizar solo esperar la sentencia del juzgado superior, la improcedencia conforme a la Ley era evidente.

Este asunto es precisamente el que me motivó a elaborar este artículo, por cuanto se procuró la intervención judicial en la mayorías de sus etapas, cuestión que generó críticas en la comunidad arbitral, como lo expresé en los capítulos anteriores de estas consideraciones.

En esta reciente decisión la Sala Constitucional anuló las sentencias de la Sala de Casación Civil por medio de las cuales se admitió el avocamiento y se declaró con lugar del recurso de nulidad interpuesto por la recurrente.²⁵

sus pretensiones ante los jueces de la jurisdicción ordinaria, siendo que este acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de dicha jurisdicción tal y como se prevé en la parte in fine del artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial."

"Ante lo decidido, se considera propicia esta oportunidad para insistir en dejar asentado que la figura excepcional del avocamiento no constituye un recurso o medio procesal al que puedan recurrir las partes para hacer valer su desacuerdo con los criterios jurídicos contenidos en decisiones o actuaciones judiciales, sino que, antes bien, es un instrumento excepcional que implica un trastorno de competencias legalmente atribuidas, se debe obedecer en su formulación a estrictos parámetros que justifiquen suficientemente su procedencia, conforme a los criterios señalados en la doctrina de la Sala ut supra transcrita. Así se establece"

²⁴ Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Sent. N° 1381 de fecha 12 de diciembre de 2024 TCA SERVICES, C.A. "Se declara COMPETENTE. HA LUGAR. NULA las sentencias identificadas con los nros. 651 y 0057 de fechas 26 de octubre de 2023 y 23 de febrero de 2024, dictadas por la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia. SIN LUGAR el recurso de nulidad del laudo arbitral dictado el 13 de diciembre de 2021 por el Tribunal Arbitral del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) constituido por los árbitros Hernando Díaz-Candia, Salvador Yanuzzi y Gustavo Mata Borjas, llevado por ante el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y ORDENA a la Secretaría de esta Sala que proceda a la comunicación del contenido de esta sentencia a través de los medios previstos en el artículo 91.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia a la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia, al Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y al Tribunal Arbitral del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), remitiendo de igual forma copia certificada de la misma."

²⁵ Para el momento en el cual elaboré este artículo no me encontraba advertido de la interposición de solicitud de revisión constitucional por la parte afectada.

En su texto se reproducen los razonamientos expuestos por la Sala Constitucional en decisión de fecha 4 de diciembre ya mencionada que la precedió, por medio de la cual se declaró en segunda fase sin lugar el avocamiento propuesto en un arbitraje en pleno trámite.

En ella se citan criterios jurisprudenciales donde se hace énfasis a la especialidad del avocamiento, la máxima prudencia que hay que tener para su decreto y de la necesidad de que se vea afectado el interés público y social pues rebasa el interés privado.²⁶

También se señala el origen constitucional del arbitraje como medio alternativo para la resolución de controversias, y la necesidad de respetar su autonomía, pues la decisión de fondo compete exclusivamente a los árbitros y no a la jurisdicción ordinaria.²⁷

Por otra parte, si bien es cierto que en ella se declaró sin lugar el recurso de nulidad interpuesto por la solicitante del avocamiento, esa declaratoria obedeció a la ausencia de un requisito formal incumplido por la recurrente.

En efecto, la Sala Constitucional detectó que no se cumplieron los requisitos requeridos por el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, es decir, no se mantuvo vigente la fianza fijada por el juez de la nulidad en el auto de admisión.

La Sala en su fallo al sancionar este incumplimiento formal no se involucró en el mérito del asunto, pero consideró inoficioso un reenvío para constatar la ausencia de

²⁶ Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Sent. N.º 1381 de fecha 12 de diciembre de 2024 TCA SERVICES, C.A. Ahora bien, según criterios jurisprudenciales asentados por este máximo tribunal, el avocamiento debe considerarse como de utilidad restrictiva toda vez que su tramitación representa una ruptura del principio de la instancia natural, por lo que deben utilizarse criterios de extrema prudencia y ponderación tal como lo dispone el artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tomando en consideración si ha habido graves injusticias o denegación de justicia, o si se encuentran en disputa cuestiones que rebasan el interés privado y afectan de manera directa el interés público y social, o que sea necesario restablecer el orden en el proceso judicial sometido al avocamiento, siempre tomando en cuenta la trascendencia e importancia de la circunstancia planteada, con el objeto de subsanar, corregir y restablecer el orden procedimental subvertido, evitando conflictos que puedan ocasionar trastornos, confusión, zozobra, por consiguiente los criterios jurisprudenciales que rigen la materia mantienen incólume que el campo de aplicación de esta figura del avocamiento debe limitarse únicamente a aquellos casos en que resulte afectado de manera directa el interés público o social, el cual debe prevalecer frente a los intereses de las partes o cuando exista un desorden procesal de tal magnitud que no garantice el derecho a la defensa de las partes y el debido equilibrio en el proceso.

²⁷ Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Sent. N.º 1381 de fecha 12 de diciembre de 2024 TCA SERVICES, C.A. "Siendo ello así, se logra palmariamente identificar la falta de concurrencia de los requisitos indispensables para hacer uso de la facultad excepcional del avocamiento, pues no se evidencia algún desorden judicial que justificara activar dicha facultad por parte de la Sala de Casación Civil, menos aún, decidir en segunda fase sobre el fondo del asunto planteado, situación no prevista en la Ley de Arbitraje Comercial, para finalmente actuar como un tribunal arbitral, fundamentándose en una interpretación desacertada de los criterios sostenidos por este órgano jurisdiccional, lo cual generó un yerro en el juzgamiento del proceso, pues decidió el mérito de una demanda que por competencia no le correspondía, violentando así el principio al juez natural que devino en la violación de los derechos y principios constitucionales referidos a la defensa, debido proceso, tutela judicial efectiva que asisten a la hoy solicitante de revisión. Así se establece." Más adelante señala: "Siguiendo el hilo argumentativo, dicho fallo esclareció reiteradamente que el arbitraje ha sido concebido por esta Sala como un integrante del sistema de justicia, no en una relación de subordinación, como así gravitó la Sala de Casación Civil de este máximo tribunal, 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 intersubjetivos 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. Sent. n.º 702 de fecha 18 de octubre de 2018, caso: "Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas")."

fianza prevista en la norma citada para garantizar los resultados del proceso, evitando así mayor dilación.²⁸

Esta precisión nos indica cómo se va definiendo judicialmente el tema de la fianza que debe constituirse para introducir el recurso de nulidad, cuestión que ha generado algunas opiniones de expertos quienes la critican y alegan su inutilidad.²⁹

No obstante, la Sala Constitucional omitió pronunciamiento sobre las costas del recurso de nulidad, que dadas las circunstancias han debido recaer sobre la recurrente perdedora, precisamente como consecuencia de esa declaratoria sin lugar de su recurso y del descuido en que incurrió.³⁰

Es indudable que estas decisiones dictadas a fin de año de 2024 son muy importantes para el sistema arbitral venezolano, si analizamos sus contenidos vemos con optimismo que las solicitudes de avocamiento en materia de arbitraje muy probablemente seguirán fracasando.

Es relevante destacar que si analizamos de manera global las decisiones dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia³¹, donde se involucran cuestiones relacionadas con la Jurisdicción Arbitral, el balance es alentador y es importante resaltarlo, lo cual merece un reconocimiento de la comunidad.

Lo que está sucediendo y que perturba el correcto desarrollo del sistema, es que las partes amparadas en un supuesto ejercicio al derecho a la defensa, están echando mano a recursos e instituciones no concebidas para el sistema arbitral.³²

Apuntamos que los tres casos de arbitraje donde se han propuesto avocamientos, la Sala Constitucional los ha declarado improcedentes, sin embargo, es indudable que se ha perturbado su funcionamiento y se ha perdido un tiempo que como sabemos es irrecuperable.³³

²⁸ Sala de Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia Sent. N° 1381 de fecha 12 de diciembre de 2024 TCA SERVICES, C.A. "Siendo ello así, asegurando que no se vea interrumpida la especialidad y autonomía de los procesos arbitrales, cumpliendo con el esquema procesal del debido proceso que reúne las garantías indispensables para materializar una verdadera tutela judicial efectiva, respondiendo a la noción que alude el espíritu y propósito de la norma contenida en el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial, visto que no se logró perfeccionar de la manera prevista en la ley el procedimiento instaurado, se procede a declarar sin lugar el recurso de nulidad de laudo arbitral interpuesto por la sociedad mercantil Carroferfa Media Group C.A., contra el laudo arbitral dictado el 13 de diciembre de 2021, por el Tribunal Arbitral del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) constituido por los árbitros Hernando Díaz-Candia, Salvador Yanuzzi y Gustavo Mata Borjas, llevado por ante el Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide."

²⁹ Adolfo Hobaica Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila (CIERC). Tomo II Página 610.

³⁰ En todo proceso judicial los resultados del proceso son las costas que cubren los gastos incurridos y los honorarios de abogados, precisamente a lo que se refiere la garantía exigida por el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial.

³¹ Pedro Rengel Nuñez. Jurisprudencia sobre la Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela. Ediciones Travieso Evans

³² La ficción de la infracción de la tutela judicial efectiva en el arbitraje. Adolfo Hobaica. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional Nro. 1 – 2020. pp. 226 – 247.

³³ Hasta ahora van tres casos declarados improcedentes (Polar – Hereford Grill – Carroferfa), ninguno ha sido declarado con lugar.

En estos dos últimos fallos que estamos comentando vemos con absoluta claridad, que existe la firme voluntad de los magistrados de preservar la integridad del arbitraje como jurisdicción autónoma e independiente prevista en la Constitución de la República.

No pensamos que sea muy difícil vaticinar que específicamente en estos casos de avocamiento, así como en amparos constitucionales que involucren procesos arbitrales y se califiquen como temerarios, próximamente vengán acompañados con sanciones a los profesionales y a las partes que los propongan.

Defendemos la importancia del rol que ejerce la Jurisdicción Ordinaria cuando es llamada por la Ley para participar en causas arbitrales, de manera que resulta extremadamente importante una relación fluida entre ambas jurisdicciones³⁴, cuestión que sin duda alguna garantiza el buen funcionamiento del arbitraje.

La Asociación Venezolana de Arbitraje juega un papel importante a todo nivel para fortalecer los vínculos entre el poder judicial y el arbitraje, de manera que se consoliden los principios legales y constitucionales que deben imperar para el cabal desarrollo del arbitraje en Venezuela.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1961.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999.
- Código Civil de Venezuela.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano.
- SCTSJ Sent. 806 24-04-2002
- SCTSJ Sent. 566 12-04-2004
- SCTSJ Sent. 619 / 22 -04-2005
- SCTSJ Sent. 0151 / 30-04-2021 Alimentos Polar (Arbitraje)
- SCTSJ Sent. 1239 / 14-08-2023 Restaurant Hereford Grill (Arbitraje)
- SCCTSJ Sent. 651 / 26-10-2023 Carrofertá (Arbitraje)
- SCCTSJ Sent. 0057 / 23-02-24 Carrofertá (Arbitraje)
- SCTSJ Sent. 1196 / 4-12-2024 Restaurant Hereford Grill (Arbitraje)
- SCTSJ Sent. 1381 / 12-12-2024 TCA Services. (Arbitraje)

³⁴ La Conexión Inevitable entre el Arbitraje y el Poder Judicial Adolfo Hobaica Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional Nro. 4. 2024 2020. pp. 15 – 31.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 1976.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela 2010.

Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales.

Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela.

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 Conexión Inevitable entre el Arbitraje y el Poder Judicial Anuario N° 4 de la Asociación Venezolana de Arbitraje Adolfo Hobaica.

Sobre el avocamiento de procesos judiciales por parte de la Sala Constitucional Allan R. Brewer-Carías. Cuaderno N° 1 de la Cátedra Fundacional de Teoría General de la Prueba. Universidad Católica Andrés Bello.

La Jurisdicción Constitucional en Venezuela, Rafael José Chavero Gazdik, Editorial Jurídica Venezolana y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2024

Jurisprudencia sobre la Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela. Pedro Rengel Nuñez. Ediciones Travieso Evans

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.

Elementos particulares en el arbitraje deportivo

Daniel Pérez Pereda*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 31-53

Resumen: El arbitraje deportivo es un mecanismo especializado que se ha consolidado como la vía más efectiva para resolver disputas en el ámbito deportivo, garantizando decisiones rápidas, imparciales y técnicas. Este artículo analiza los elementos distintivos del arbitraje deportivo, incluyendo su marco normativo, la autonomía de las organizaciones deportivas, la especialización de los árbitros, la flexibilidad procesal y los desafíos asociados a la justicia deportiva. Además, se reflexiona sobre los retos actuales y las perspectivas futuras para fortalecer este sistema, considerando la creciente complejidad del deporte como fenómeno global.

Palabras clave: arbitraje deportivo, resolución de conflictos, TAS/CAS, autonomía deportiva, derecho deportivo, justicia arbitral, disputas deportivas.

The particular elements in sports arbitrations

Abstract: *Sports arbitration has established itself as a specialized mechanism for resolving disputes in the sports sector, offering swift, impartial, and technically sound decisions. This article examines the distinctive elements of sports arbitration, including its normative framework, the autonomy of sports organizations, the specialization of arbitrators, procedural flexibility, and the challenges associated with ensuring arbitral justice. Furthermore, it explores the current challenges and future perspectives for enhancing this system, taking into account the growing complexity of sports as a global phenomenon.*

Keywords: *sports arbitration, dispute resolution, CAS/TAS, sports autonomy, sports law, arbitral justice, sports disputes.*

Autor invitado

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Miembro Fundador y Tesorero de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Email: danielperezpereda@gmail.com

Elementos particulares en el arbitraje deportivo

Daniel Pérez Pereda*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 31-53

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Marco normativo del arbitraje deportivo. 1.1. *El Código de Arbitraje Deportivo del TAS/CAS*. 1.2. *Regulación por parte de las federaciones deportivas*. 1.3. *Reconocimiento de los laudos deportivos*. 2. Elementos particulares del arbitraje deportivo. 2.1. *Autonomía deportiva y su influencia en el arbitraje*. 2.1.1. Fundamentos de la autonomía deportiva. 2.1.2. Impacto de la autonomía en el arbitraje deportivo. 2.1.3. Retos y críticas a la autonomía deportiva en el arbitraje. 2.1.4. Evolución y futuro de la autonomía deportiva en el arbitraje. 2.2. *Especialización de los árbitros deportivos*. 2.2.1. Perfil y requisitos de los árbitros deportivos. 2.2.2. Nombramiento y designación de árbitros deportivos. 2.2.3. Importancia de la especialización técnica en casos específicos. 2.2.4. Desafíos asociados a la especialización de los árbitros. 2.2.5. Propuestas para fortalecer la especialización de los árbitros deportivos. 2.3. *Rapidez y flexibilidad procesal*. 2.3.1. La necesidad de rapidez en el arbitraje deportivo. 2.3.2. Flexibilidad procesal en el arbitraje deportivo. 2.3.3. Ventajas de la rapidez y flexibilidad procesal. 2.4. *Impacto en la carrera de los deportistas*. 2.4.1. La vulnerabilidad del deportista ante disputas legales. 2.4.2. La importancia de decisiones rápidas y justas. 2.4.3. Retos del arbitraje deportivo en la protección de los deportistas. 2.5. *Principios procesales y justicia deportiva*. 2.5.1. Principios procesales aplicados en el arbitraje deportivo. 2.5.2. Tensiones entre principios procesales y la dinámica deportiva. 2.5.3. Justicia deportiva: más allá de la resolución de conflictos. 2.5.4. Propuestas para fortalecer los principios procesales y la justicia deportiva. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El deporte moderno ha evolucionado para convertirse en una industria global con dimensiones económicas, sociales y culturales significativas. Este desarrollo ha incrementado el volumen y la complejidad de las disputas deportivas, lo que ha generado una necesidad de mecanismos especializados de resolución de conflictos. El arbitraje deportivo ha emergido como la solución predominante, ofreciendo un balance entre eficiencia y especialización técnica, aspectos esenciales en un entorno competitivo.

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Miembro Fundador y Tesorero de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Email: danielperezpereda@gmail.com

A diferencia del arbitraje comercial o institucional, el arbitraje deportivo se caracteriza por su integración dentro de un sistema normativo autónomo que rige el mundo del deporte. Este sistema, en gran medida estructurado por organismos internacionales como la FIFA y el Comité Olímpico Internacional (COI), plantea particularidades únicas que requieren un análisis detallado para comprender su funcionamiento y su impacto en las partes involucradas.

El objetivo de este artículo es analizar los elementos distintivos del arbitraje deportivo, reflexionando sobre sus ventajas, desafíos y perspectivas, con un enfoque crítico y propositivo que permita enriquecer el entendimiento de este mecanismo en el ámbito del derecho deportivo.

1. Marco normativo del arbitraje deportivo

El arbitraje deportivo se desarrolla dentro de un marco normativo que combina reglas específicas de las federaciones deportivas internacionales y principios generales del derecho. Entre los instrumentos más destacados se encuentran:

1.1. El Código de Arbitraje Deportivo del TAS/CAS

El Tribunal Arbitral del Deporte (TAS/CAS, por sus siglas en francés) es el organismo central en la resolución de disputas deportivas internacionales. Su Código de Arbitraje Deportivo establece las reglas procesales para los arbitrajes, adaptándose a la naturaleza dinámica del deporte. Este Código es reconocido por su énfasis en la rapidez procesal y la flexibilidad, dos características esenciales en el contexto deportivo.

1.2. Regulación por parte de las federaciones deportivas

Organismos como la FIFA, la UEFA y el COI incluyen cláusulas obligatorias de arbitraje en sus estatutos, que obligan a las partes a resolver sus disputas mediante arbitraje, en lugar de recurrir a tribunales ordinarios. Estas cláusulas refuerzan el principio de autonomía deportiva, pero también han sido objeto de críticas por su impacto en el acceso a la justicia estatal.

1.3. Reconocimiento de los laudos deportivos

El arbitraje deportivo enfrenta desafíos únicos en cuanto al reconocimiento y ejecución de los laudos. Aunque instrumentos internacionales como la Convención de Nueva York (1958) facilitan el reconocimiento de laudos arbitrales, la aplicación en el ámbito deportivo puede ser compleja debido a conflictos entre las normativas locales y las disposiciones internacionales.

2. Elementos particulares del arbitraje deportivo

El arbitraje deportivo posee características únicas que lo diferencian de otros tipos de arbitraje, como el comercial o el institucional, adaptándose a las necesidades específicas de la actividad deportiva. Estas particularidades responden a la naturaleza dinámica y competitiva del deporte, donde los conflictos deben resolverse con rapidez, especialización y en un marco normativo que preserve la autonomía de las organizaciones deportivas y los principios de justicia.

Entre los elementos distintivos del arbitraje deportivo destacan la autonomía del sistema deportivo, que permite a las federaciones y organismos internacionales establecer sus propias normas y procedimientos; la especialización técnica de los árbitros, quienes deben poseer conocimientos tanto jurídicos como deportivos; y la flexibilidad procesal, diseñada para garantizar resoluciones rápidas y eficientes sin sacrificar la calidad jurídica. Asimismo, las decisiones arbitrales tienen un impacto directo en la carrera de los deportistas, lo que exige un delicado equilibrio entre rapidez procesal y garantías procesales.

Esta sección analiza estos elementos particulares en profundidad, destacando cómo contribuyen a la eficacia del arbitraje deportivo, al tiempo que plantea interrogantes sobre los desafíos inherentes a este modelo, especialmente en lo que respecta a la imparcialidad, la justicia y la legitimidad del sistema.

2.1. Autonomía deportiva y su influencia en el arbitraje

El principio de autonomía deportiva permite que las organizaciones deportivas regulen y gestionen sus actividades de forma independiente. Sin embargo, esta autonomía plantea tensiones con el sistema jurídico estatal, especialmente en casos donde se alegan violaciones de derechos fundamentales. En este contexto, el arbitraje deportivo actúa como un mecanismo que equilibra la autonomía con los principios del derecho.

El principio de autonomía deportiva es un pilar fundamental en la organización y regulación del deporte a nivel global. Este principio reconoce la capacidad de las federaciones y organismos deportivos para autogestionarse, estableciendo sus propias normas y procedimientos sin interferencia directa de las autoridades estatales. En el contexto del arbitraje deportivo, la autonomía permite que las organizaciones deportivas desarrollen mecanismos específicos para resolver disputas, adaptados a las particularidades del deporte y su dinámica competitiva. Sin embargo, esta autonomía plantea desafíos significativos, especialmente en lo que respecta a su interacción con los sistemas legales nacionales e internacionales.

2.1.1. Fundamentos de la autonomía deportiva

La autonomía deportiva se sustenta en el reconocimiento del deporte como una actividad con reglas y valores propios que requieren independencia para garantizar su desarrollo. Esto incluye la regulación de aspectos como:

- Normas técnicas y reglamentarias: Reglas de competición y criterios de elegibilidad de los deportistas.
- Sistemas disciplinarios internos: Procedimientos para sancionar conductas como el dopaje, la violencia en el deporte o el incumplimiento de las normas de competición.
- Resolución de disputas: La creación de tribunales internos o acuerdos para someter conflictos al arbitraje, como el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS/CAS).

La autonomía deportiva también está respaldada por el reconocimiento que organismos internacionales, como la FIFA, la UEFA y el COI, otorgan a sus afiliados para gestionar de manera independiente sus actividades, siempre que cumplan con las normativas internacionales.

2.1.2. Impacto de la autonomía en el arbitraje deportivo

La influencia de la autonomía deportiva en el arbitraje se manifiesta en varios aspectos clave como (i) la regulación de la jurisdicción arbitral, (ii) la creación de tribunales especializados y (iii) la independencia de los Estados.

La regulación de la jurisdicción arbitral tiene lugar con ocasión de las prácticas de las federaciones deportivas, las cuales acostumbran incluir cláusulas arbitrales en sus reglamentos y estatutos. De este modo, se deroga convencionalmente la jurisdicción de los tribunales estatales y se acepta que las controversias cubiertas por el alcance del acuerdo arbitral sean resueltas por árbitros especializados.

La selección de árbitros especializados, según se explicará con detalle más adelante, constituye una ventaja para la resolución de disputas deportivas. En efecto, dadas las particularidades del derecho deportivo, que cuenta con normas aplicables específicas, es apropiada la obtención de soluciones expertas que se ajusten adecuadamente a las peculiaridades de la materia sustantiva.

La creación de tribunales especializados también está directamente relacionada con la autonomía deportiva. En este sentido, el TAS/CAS es el ejemplo más destacado de cómo la autonomía deportiva ha dado lugar a un tribunal arbitral especializado con alcance internacional. Su estructura y funcionamiento reflejan la necesidad de un sistema imparcial y técnicamente capacitado, pero que opere dentro del marco de las federaciones deportivas.

Por lo que se refiere a la independencia de los Estados, es claro que al evitar la intervención de tribunales nacionales, el arbitraje deportivo busca proteger la coherencia y uniformidad en la aplicación de las normas deportivas. Esto es particularmente importante en el contexto internacional, donde las regulaciones estatales pueden variar de forma importante.

2.1.3. Retos y críticas a la autonomía deportiva en el arbitraje

A pesar de sus beneficios, la autonomía deportiva también enfrenta cuestionamientos y desafíos vinculados con (i) acceso a la justicia, (ii) percepción de falta de independencia y (iii) conflictos entre normas nacionales e internacionales.

En cuanto al acceso a la justicia, la obligatoriedad de las cláusulas arbitrales puede verse como una limitación al derecho de las partes de recurrir a tribunales estatales, lo que ha generado críticas desde la perspectiva de los derechos fundamentales, especialmente cuando los deportistas no tienen poder de negociación frente a las federaciones¹. La jurisprudencia internacional ha abordado este tema, destacando la necesidad de garantizar que las partes tengan acceso a un arbitraje justo e independiente.

Sobre la percepción de falta de independencia, existen críticos que apuntan que el TAS/CAS, aunque técnicamente independiente, tiene vínculos cercanos con las federaciones deportivas que financian su funcionamiento, lo que podría generar dudas sobre su imparcialidad.

En todo caso, debe tenerse presente que la autonomía deportiva puede entrar en conflicto con las leyes estatales, especialmente en casos que involucren derechos laborales, discriminación o violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, tribunales nacionales han intervenido en decisiones arbitrales que consideraron contrarias al orden público local.

2.1.4. Evolución y futuro de la autonomía deportiva en el arbitraje

Para mantener su legitimidad, la autonomía deportiva debe adaptarse a las exigencias contemporáneas, especialmente en lo relacionado con los derechos fundamentales y las garantías procesales. Algunos desarrollos recientes y propuestas incluyen:

¹ Es conveniente señalar que en la doctrina se discute si el arbitraje es un derecho fundamental o un derecho humano, existiendo una diversidad de criterios al respecto Ver: Eugenio Hernández-Bretón, "Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental", en: *Arbitraje Comercial Interno e Internacional* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005); Víctor Hugo Guerra Hernández, "¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 4 (2023); Francisco González de Cossío, *El derecho humano arbitral: el derecho fundamental a contar con procesos arbitrales libres de interferencia judicial* (México), <https://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20DERECHO%20HUMANO%20ARBITRAL.pdf>.

- **Mayor supervisión externa:** Aunque las federaciones deportivas mantienen su autonomía, se han planteado propuestas para incluir mecanismos de supervisión externa que refuercen la percepción de independencia del arbitraje.
- **Revisión de cláusulas arbitrales obligatorias:** La Unión Europea y otros organismos han señalado la necesidad de equilibrar la autonomía deportiva con el derecho de acceso a la justicia, promoviendo mecanismos que permitan a los deportistas recurrir a tribunales estatales en ciertos casos.
- **Armonización normativa:** La interacción entre las normativas deportivas internacionales y los sistemas legales estatales debe ser objeto de una mayor armonización para evitar conflictos de jurisdicción.

La autonomía deportiva ha sido clave para el desarrollo del arbitraje deportivo, permitiendo la creación de sistemas especializados y eficientes para la resolución de disputas. Sin embargo, esta autonomía debe ser ejercida con responsabilidad y dentro de un marco que garantice los derechos fundamentales de todas las partes involucradas. La evolución del arbitraje deportivo dependerá de encontrar un equilibrio entre la independencia de las organizaciones deportivas y la necesidad de salvaguardar principios como el acceso a la justicia, la transparencia y la imparcialidad.

2.2. Especialización de los árbitros deportivos

Los árbitros en el ámbito deportivo deben combinar conocimientos técnicos sobre el deporte con una sólida formación jurídica. Por ejemplo, en disputas relacionadas con dopaje, transferencias de jugadores o *fair play* financiero, el conocimiento especializado es crucial para garantizar decisiones justas y técnicamente correctas.

Uno de los elementos más distintivos del arbitraje deportivo es la necesidad de que los árbitros posean un alto grado de especialización, no solo en derecho, sino también en el ámbito técnico y reglamentario del deporte involucrado. Esta particularidad garantiza que las decisiones arbitrales sean técnicamente correctas y adaptadas a las exigencias específicas del deporte, evitando errores que puedan impactar de manera significativa en la justicia deportiva y la integridad de las competiciones.

2.2.1. Perfil y requisitos de los árbitros deportivos

A diferencia de otros tipos de arbitraje, los árbitros en el ámbito deportivo deben cumplir con un perfil técnico-jurídico específico que combine (i) conocimiento jurídico especializado, (ii) entendimiento técnico del deporte en cuestión y (iii) capacidad de análisis contextual.

La necesidad de que los árbitros cuenten con conocimientos jurídicos especializados implica que deben dominar los principios del derecho deportivo, así como los reglamentos y normativas internacionales que rigen el arbitraje, como el Código de

Arbitraje Deportivo del TAS/CAS o los estatutos de las federaciones deportivas internacionales. Además, deben estar familiarizados con temas complejos como dopaje, contratos de patrocinio, transferencias de jugadores y cumplimiento de normas de *fair play* financiero.

Por otra parte, el entendimiento técnico del deporte del que se trate por parte de los árbitros es fundamental. En efecto, es indispensable que los árbitros comprendan las reglas y dinámicas propias del deporte involucrado en la disputa. Por ejemplo, un árbitro que decide sobre un caso de dopaje en ciclismo debe conocer los protocolos antidopaje y las particularidades fisiológicas asociadas al rendimiento deportivo en el marco de esa disciplina deportiva.

El conocimiento jurídico especializado y el entendimiento técnico del deporte se conjugan para dar lugar a una habilidad indispensable para los árbitros: la capacidad de análisis contextual. Sólo un árbitro que cumpla con las cualidades previamente descritas podrá interpretar las normas dentro del contexto deportivo, considerando factores como la inmediatez de las competiciones, el impacto en la reputación del deportista y la necesidad de preservar la equidad competitiva.

2.2.2. Nombramiento y designación de árbitros deportivos

El proceso de selección y designación de árbitros en el arbitraje deportivo está diseñado para garantizar la imparcialidad, la competencia técnica y la experiencia de los árbitros. De allí que deba prestarse especial atención a esta fase, en la que debe extremarse la prudencia para sentar las bases de una solución arbitral satisfactoria desde el comienzo del procedimiento.

El TAS/CAS, tiene una lista de árbitros acreditados, seleccionados por su experiencia en derecho deportivo y su conocimiento técnico en áreas específicas. Esta lista incluye juristas, exdeportistas y expertos técnicos, quienes aportan una perspectiva interdisciplinaria al proceso arbitral necesaria para atender las exigencias del sector.

En la mayoría de los casos, cada parte en la disputa puede nombrar a un árbitro de la lista, mientras que un presidente neutral es designado por el TAS/CAS o por las partes de común acuerdo. Es importante destacar que el TAS/CAS busca garantizar la diversidad en su cuerpo de árbitros, seleccionando profesionales de diferentes regiones y con experiencia en múltiples disciplinas deportivas, para abordar adecuadamente la naturaleza global del deporte.

2.2.3. Importancia de la especialización técnica en casos específicos

La especialización de los árbitros es esencial para resolver disputas deportivas de manera justa y eficiente. La propia naturaleza peculiar del conflicto deportivo justifica esta afirmación. La eficiencia que deriva de la especialización de los árbitros guarda

una estrecha relación con la celeridad procesal y con los costos del arbitraje. En este contexto, la especialidad de los árbitros constituye un verdadero aliciente del arbitraje en general, que se acentúa aún más en el arbitraje deportivo².

Para comprender la relevancia del conocimiento técnico-jurídico, conviene destacar algunos ejemplos. En casos de dopaje, como los resueltos por la Agencia Mundial Antidopaje (WADA) y el TAS/CAS, los árbitros deben evaluar pruebas científicas complejas, comprender los efectos de las sustancias prohibidas y aplicar las normativas antidopaje con rigor. Por ejemplo, el caso de Lance Armstrong involucró no solo el análisis de evidencia técnica, sino también la interpretación de normativas antidopaje acumuladas durante años.

En el ámbito de las controversias derivadas de la interpretación, ejecución y terminación de contratos también es valiosa la capacidad técnica de los árbitros. En efecto, disputas sobre transferencias de jugadores, rescisión de contratos o derechos de imagen requieren árbitros familiarizados con los reglamentos de la FIFA y las cláusulas de contratos estándar utilizados en el deporte profesional. También las disputas relacionadas con la sostenibilidad financiera de los clubes, como las sanciones impuestas por la UEFA, requieren un análisis detallado de las normas financieras deportivas y una comprensión de las dinámicas económicas de las competiciones internacionales.

En situaciones urgentes, como la elegibilidad de un atleta para participar en una competencia inminente, la especialización de los árbitros permite decisiones rápidas y técnicamente fundamentadas, como ocurrió en varios casos durante los Juegos Olímpicos.

2.2.4. Desafíos asociados a la especialización de los árbitros

A pesar de su importancia, la especialización técnica también plantea desafíos en el arbitraje deportivo. Uno de ellos que el acceso a árbitros altamente especializados es limitado, especialmente en deportes menos populares o en casos altamente complejos. Por otra parte, en ocasiones, la experiencia técnica puede percibirse como un sesgo a favor de una de las partes, especialmente si un árbitro tiene una relación profesional previa con una federación o entidad deportiva.

Otro desafío importante en este sentido es que, dado que las normativas deportivas y los avances técnicos evolucionan rápidamente, los árbitros deben actualizarse constantemente para mantenerse al día con los cambios en reglamentos y mejores prácticas. Por último, es clave que exista un equilibrio entre técnica y derecho pues, aunque los árbitros deben ser técnicamente competentes, también deben garantizar que sus decisiones respeten los principios generales del derecho, como la imparcialidad y la equidad.

² Rodrigo Ortega Sánchez, "Arbitraje jurídico deportivo", *Diálogos de saberes*, No. 41 (2014): 49.

2.2.5. Propuestas para fortalecer la especialización de los árbitros deportivos

Para abordar los desafíos y mejorar la calidad de las decisiones arbitrales en el deporte, se proponen las siguientes medidas:

- **Capacitación continua:** Implementar programas de formación y actualización dirigidos a árbitros deportivos, con énfasis en áreas como dopaje, contratos y reglamentación internacional.
- **Fomentar la interdisciplinariedad:** Incentivar la participación de expertos en áreas técnicas específicas (por ejemplo, médicos, economistas deportivos) como asesores en procesos arbitrales.
- **Mayor transparencia en la designación de árbitros:** Garantizar que el proceso de selección de árbitros sea transparente, con criterios claros que prioricen la experiencia y la imparcialidad.
- **Creación de un registro global de árbitros especializados:** Desarrollar una base de datos internacional que facilite el acceso a árbitros con experiencia en deportes específicos, promoviendo la diversidad y la especialización técnica.

La especialización de los árbitros deportivos es un elemento esencial para garantizar la justicia y eficacia del arbitraje en el ámbito deportivo. Su conocimiento técnico-jurídico permite decisiones adaptadas a la naturaleza compleja y dinámica del deporte, fortaleciendo la confianza de las partes en el proceso arbitral. Sin embargo, para mantener la legitimidad del sistema, es necesario abordar los desafíos asociados a esta especialización y promover mecanismos que aseguren una formación continua, diversidad y transparencia en la selección de árbitros.

2.3. Rapidez y flexibilidad procesal

Una de las principales ventajas del arbitraje deportivo es su rapidez, que permite resolver conflictos en plazos ajustados, evitando impactos negativos en la competición deportiva. Además, la flexibilidad procesal del TAS/CAS incluye procedimientos de emergencia para resolver disputas en cuestión de días, como ocurre frecuentemente en los Juegos Olímpicos.

La rapidez y la flexibilidad procesal son características fundamentales del arbitraje deportivo que lo distinguen de otros tipos de arbitraje y de los procedimientos judiciales ordinarios. Estas cualidades son esenciales para atender las particularidades del entorno deportivo, donde los conflictos suelen surgir en contextos de inmediatez y urgencia, como competiciones en curso o eventos internacionales con calendarios estrictos.

La capacidad de resolver disputas de manera ágil y eficiente es indispensable no solo para minimizar el impacto en las competiciones y en la carrera de los deportistas, sino también para garantizar la integridad del deporte y la credibilidad del sistema de arbitraje. A continuación, se profundiza en cómo estos elementos operan en el arbitraje deportivo, sus ventajas y los retos que plantean.

2.3.1. La necesidad de rapidez en el arbitraje deportivo

En el deporte, el tiempo es un factor crítico que puede determinar el resultado de una competición o la carrera de un deportista. Por ello, los procedimientos arbitrales están diseñados para garantizar resoluciones rápidas, evitando demoras que puedan generar consecuencias irreparables.

Los reglamentos del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS/CAS) establecen plazos breves para cada etapa del proceso, desde la presentación de las demandas hasta la emisión del laudo. En promedio, un procedimiento ordinario puede resolverse en seis meses, mientras que un procedimiento de apelación puede tomar de tres a cuatro meses.

En situaciones urgentes, como la participación de un deportista en una competición inminente, el TAS/CAS dispone de un mecanismo de arbitraje de emergencia que permite resolver el caso en un plazo de 24 a 48 horas. Un ejemplo destacado son los arbitrajes de emergencia durante los Juegos Olímpicos, donde disputas sobre elegibilidad o sanciones se resuelven en cuestión de horas.

La rapidez procesal permite minimizar el impacto negativo en los deportistas y organizaciones, evitando que los conflictos interfieran con el desarrollo de las competiciones o afecten la reputación de las partes involucradas.

2.3.2. Flexibilidad procesal en el arbitraje deportivo

El arbitraje deportivo también se caracteriza por su flexibilidad procesal, lo que le permite adaptarse a las necesidades específicas de cada caso y garantizar un procedimiento eficiente y justo.

Las reglas del TAS/CAS y de otros tribunales deportivos permiten a las partes acordar ciertos aspectos del procedimiento, como el idioma, la sede arbitral y el calendario procesal. Esta flexibilidad facilita la resolución de conflictos en un marco que considera las particularidades de cada disputa, como la nacionalidad de las partes o la naturaleza técnica del caso.

En casos de menor complejidad, el TAS/CAS ofrece procedimientos simplificados que reducen los costos y tiempos procesales, como la designación de árbitros únicos o la eliminación de ciertas etapas formales. En algunos casos, las partes pueden optar

por un arbitraje basado exclusivamente en documentos, sin necesidad de audiencias orales. Este enfoque es especialmente útil en disputas donde los hechos no están en controversia y se requiere una interpretación jurídica rápida.

2.3.3. Ventajas de la rapidez y flexibilidad procesal

La rapidez y flexibilidad características del arbitraje reportan beneficios tangibles en la resolución de controversias deportivas, tales como (i) la eficiencia en la resolución de conflictos, (ii) la minimización de costos y (iii) la adaptabilidad del proceso arbitral respecto de las necesidades del deporte.

La eficiencia en la resolución del conflicto es crucial para mantener el flujo normal de las competiciones deportivas y evitar que los conflictos afecten a terceros, como equipos, patrocinadores o aficionados. No debe perderse de vista que el deporte es también un negocio, caracterizado por la apremiante necesidad de retomar su giro comercial cuando surge una disputa³.

Los procedimientos rápidos y flexibles como el arbitraje suelen ser menos costosos que los litigios prolongados en tribunales ordinarios, beneficiando especialmente a deportistas y clubes con recursos limitados. Las modalidades especiales de arbitraje abreviado, acelerado o expedito son una buena muestra de ello⁴.

La adaptabilidad del procedimiento arbitral a las necesidades del deporte, que sólo es posible gracias a la flexibilidad propia del arbitraje, es otra gran ventaja. En efecto, la flexibilidad permite ajustar los procedimientos a las características únicas del deporte, garantizando que las decisiones adoptadas por los árbitros sean justas y estén debidamente adaptadas al contexto competitivo.

Aunque estas características son esenciales para el arbitraje deportivo, también plantean ciertos desafíos y críticas que deben ser abordados. En primer lugar, se cuestiona que la celeridad procesal puede generar preocupaciones sobre la calidad y profundidad de las decisiones, especialmente en casos complejos que requieren un análisis exhaustivo. Algunos críticos argumentan que los plazos breves pueden limitar el tiempo de preparación de las partes, afectando su derecho de defensa.

³ Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor, "El proceso arbitral en los negocios internacionales", *Themis Revista de Derecho*, No. 11 (1988): 10 y ss.

⁴ Al respecto véase: Diego Thomás Castagnino, "El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI", *Principia*, No. 6 (2022); José Antonio Elíaz Rodríguez, "Las ventajas y desventajas del procedimiento expedito en el arbitraje: una mirada a lo interno y a lo internacional", en: *XII Jornada Anibal Dominici. En homenaje a Eugenio Hernández-Bretón* (Caracas: UCAB, 2022); Wilfredo Monsalve García, "Arbitraje expedito y debido proceso: en búsqueda del justo equilibrio", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 3 (2023).

La flexibilidad procesal del arbitraje puede tener aparejados ciertos desafíos relacionados con el tratamiento uniforme de los procedimientos arbitrales, derivados de inconsistencias en la aplicación de las reglas, lo que podría afectar la percepción de equidad y transparencia. Sin embargo, en el arbitraje es generalmente aceptado que las partes son las mejores gerentes de sus propios conflictos, de allí que se atenúe el rigor propio de los procedimientos judiciales a través de la incorporación de normas supletorias que permiten un campo más amplio de actuación a la autonomía de la voluntad de las partes.

Por otra parte, la necesidad de emitir decisiones en plazos ajustados puede incrementar la carga de trabajo y el estrés de los árbitros, afectando potencialmente la calidad de sus decisiones. Por ello, es importante que las partes sean conscientes de la relevancia de la selección de los árbitros. Es imprescindible conocer las credenciales profesionales y éticas de los candidatos a árbitros, al igual que su disponibilidad de tiempo para dedicarse a la óptima resolución del conflicto.

A continuación, formulamos algunas propuestas que ayudarían maximizar las ventajas de la celeridad y flexibilidad del arbitraje tomando en consideración los desafíos previamente reseñados:

- **Equilibrio entre rapidez y garantías procesales:** Establecer procedimientos que aseguren un tiempo mínimo para que las partes preparen sus casos, incluso en arbitrajes de emergencia.
- **Fortalecimiento de los mecanismos de emergencia:** Ampliar los recursos disponibles para los árbitros de emergencia, como el acceso a equipos técnicos y bases de datos, para garantizar decisiones rápidas y fundamentadas.
- **Estandarización de procedimientos flexibles:** Desarrollar lineamientos internacionales que definan criterios claros para la flexibilidad procesal, evitando inconsistencias y reforzando la percepción de imparcialidad.
- **Capacitación específica para árbitros en manejo de urgencias:** Ofrecer formación continua a los árbitros en la gestión de casos urgentes, enfatizando la importancia de mantener un equilibrio entre rapidez y calidad jurídica.

La rapidez y la flexibilidad procesal son pilares del arbitraje deportivo, esenciales para atender las necesidades únicas del deporte competitivo. Sin embargo, estas características deben gestionarse cuidadosamente para evitar comprometer las garantías procesales y la calidad de las decisiones arbitrales. Con un enfoque equilibrado y mecanismos de mejora continua, el arbitraje deportivo puede seguir siendo un modelo eficaz y legítimo para la resolución de disputas en un entorno tan dinámico como el deporte.

2.4. Impacto en la carrera de los deportistas

Las decisiones arbitrales pueden tener consecuencias inmediatas y significativas en la trayectoria profesional de los deportistas. Por ello, la rapidez y la calidad de las resoluciones son fundamentales para evitar daños irreparables. Casos emblemáticos como el de Caster Semenya en atletismo reflejan cómo el arbitraje deportivo puede influir en cuestiones que trascienden lo puramente deportivo.

El arbitraje deportivo no solo resuelve conflictos legales o contractuales; también tiene un impacto profundo y, en muchos casos, decisivo en la carrera y reputación de los deportistas. Dada la corta duración de las trayectorias profesionales en el deporte y la relevancia de los eventos internacionales, las decisiones arbitrales pueden influir directamente en el desempeño, los ingresos y las oportunidades futuras de un atleta. Por ello, el arbitraje deportivo debe garantizar resoluciones rápidas, justas y técnicamente fundamentadas para evitar daños irreparables.

2.4.1. La vulnerabilidad del deportista ante disputas legales

Los deportistas suelen encontrarse en una posición vulnerable en conflictos deportivos debido a ciertos factores, como la (i) duración limitada de su carrera profesional, (ii) la dependencia económica del deporte, así como (iii) la reputación y confianza pública.

Es conocido que la mayoría de los deportistas tienen una ventana temporal corta para alcanzar el éxito en su disciplina. Un retraso en la resolución de una disputa, como una suspensión injusta o la negativa a inscribir a un atleta en una competición, puede significar la pérdida de una oportunidad crucial en su carrera.

Por otra parte, muchos deportistas dependen exclusivamente de sus ingresos derivados de la competición, patrocinio y derechos de imagen. Una decisión arbitral que limite su participación puede afectar de manera importante su estabilidad financiera.

Respecto al aspecto reputacional, es sencillo apreciar que las disputas relacionadas con dopaje, conducta antideportiva o incumplimientos contractuales pueden dañar la reputación de un deportista, incluso si posteriormente se demuestra su inocencia. Las decisiones arbitrales tardías o erróneas pueden perpetuar percepciones negativas, afectando su carrera a largo plazo.

Existen algunos casos emblemáticos que reflejan la importancia de los medios de resolución de disputas en el mundo del deporte. A continuación, se presenta una breve reseña de algunos precedentes en la materia que permiten apreciar de manera tangible el impacto que puede llegar a tener una controversia en la vida de un deportista:

- **Caso de Caster Semenya:** La corredora sudafricana enfrentó una disputa arbitral en el TAS/CAS relacionada con la normativa de niveles de testosterona en atletas femeninas. La decisión tuvo un impacto directo en su carrera, ya que se le exigió someterse a tratamientos médicos para competir en su especialidad. Este caso destaca cómo las decisiones arbitrales pueden influir en el desempeño físico y emocional de los deportistas⁵.
- **Caso de Oscar Pistorius:** Pistorius, conocido como el “Blade Runner”, enfrentó disputas sobre la elegibilidad de sus prótesis en competiciones contra atletas sin discapacidad. El arbitraje permitió su participación, lo que marcó un precedente importante en la inclusión de atletas con discapacidades. Sin embargo, la resolución también suscitó un debate técnico y ético que afectó su reputación deportiva.
- **Suspensiones en casos de dopaje:** Atletas como Maria Sharapova y Lance Armstrong enfrentaron decisiones arbitrales relacionadas con dopaje que no solo les impidieron competir, sino que también dañaron su reputación e ingresos futuros. La duración de los procedimientos y las sanciones impuestas tuvieron un efecto devastador en su carrera profesional.

2.4.2. La importancia de decisiones rápidas y justas

El impacto del arbitraje en la carrera de los deportistas resalta la importancia de garantizar un equilibrio entre la rapidez procesal y la calidad de las resoluciones. Un factor a considerar es la prevención de daños irreparables pues, en muchos casos, las demoras en las decisiones pueden provocar que el deportista pierda la oportunidad de participar en eventos clave, como los Juegos Olímpicos o campeonatos mundiales. En este sentido, procedimientos rápidos y mecanismos de emergencia, como los del TAS/CAS durante los Juegos Olímpicos, son esenciales para evitar estos daños.

También debe tenerse presente la relevancia de resguardar la reputación del deportista. Una resolución oportuna permite mitigar el daño reputacional que puede surgir de acusaciones no confirmadas, como el dopaje o la mala conducta. Además, decisiones arbitrales transparentes y bien fundamentadas fortalecen la confianza del público en la justicia deportiva.

La continuidad de la carrera del deportista también se blinda con medios de resolución de disputas céleres como el arbitraje. Por ejemplo, cuando se trata de disputas contractuales, el arbitraje puede proteger los derechos económicos de los deportistas y garantizar que puedan continuar compitiendo sin restricciones indebidas.

⁵ Tribunal Arbitral del Deporte (TAS/CAS). Caso “Caster Semenya v. IAAF”. Laudo del TAS/CAS, 2019.

2.4.3. Retos del arbitraje deportivo en la protección de los deportistas

Uno de los retos que enfrenta el arbitraje deportivo en la protección de los deportistas es la falta de recursos legales del deportista. En efecto, en muchos casos, los deportistas tienen menos recursos legales y financieros que las federaciones u organizaciones deportivas, lo que puede generar desequilibrios en el proceso arbitral.

Como se indicó previamente, el arbitraje también puede presentar ciertas limitaciones en situaciones de emergencia. Aunque los procedimientos de emergencia son rápidos, pueden limitar el tiempo disponible para que el deportista prepare su defensa, afectando potencialmente el resultado.

Otro desafío que enfrenta el arbitraje deportivo en la protección de los deportistas tiene que ver con los efectos a largo plazo de decisiones controversiales. Una decisión arbitral desfavorable, aunque reversible, puede tener consecuencias permanentes en la carrera de un deportista, especialmente en términos de patrocinio, oportunidades de competición y confianza pública.

Una primera propuesta para proteger la carrera de los deportistas en el arbitraje sería el establecimiento de estándares de equidad que refuercen la garantía de que los procedimientos arbitrales se encuentren debidamente equilibrados con garantías procesales fundamentales, tales como el derecho a la defensa y la igualdad de armas, incluso en contextos de urgencia.

De igual modo, es fundamental que existan iniciativas de apoyo legal y financiero para los deportistas. Una propuesta concreta sería la creación de fondos o programas de apoyo legal para deportistas con recursos limitados que permitan asegurar que los deportistas podrán defender sus derechos en igualdad de condiciones.

Una mayor transparencia respecto de las decisiones arbitrales también contribuiría a enfrentar los desafíos de este medio heterocompositivo en el mundo deportivo. Publicar las decisiones arbitrales con fundamentos claros y comprensibles, refuerza la confianza del público y las partes involucradas en el arbitraje.

En lo que respecta a la revisión de los laudos también pueden tomarse ciertas medidas. En concreto, es posible implementar mecanismos de revisión rápida en casos donde las decisiones arbitrales puedan tener un impacto desproporcionado en la carrera del deportista.

El arbitraje deportivo tiene un impacto profundo en la vida profesional y personal de los deportistas. Sus decisiones pueden determinar el rumbo de una carrera, afectando no solo el rendimiento en competiciones, sino también la reputación, los ingresos y las oportunidades futuras. Por ello, es fundamental que el arbitraje combine rapidez y equidad, protegiendo los derechos de los deportistas y mitigando los riesgos de daños irreparables. A través de procedimientos transparentes, accesibles y justos, el arbitraje

deportivo puede consolidarse como una herramienta clave para garantizar la justicia en el ámbito deportivo global.

2.5. Principios procesales y justicia deportiva

El arbitraje deportivo adapta principios fundamentales como la imparcialidad, el derecho de defensa y la igualdad de armas a las particularidades del deporte. Sin embargo, estas adaptaciones no están exentas de críticas, especialmente en lo que respecta a la percepción de falta de independencia del TAS/CAS frente a ciertos organismos deportivos.

El arbitraje deportivo, como mecanismo especializado de resolución de conflictos, se rige por principios procesales fundamentales adaptados a las necesidades particulares del entorno deportivo. Estos principios, como la imparcialidad, la igualdad de armas, el derecho de defensa y la transparencia, son esenciales para garantizar la legitimidad de las decisiones arbitrales y proteger los derechos de las partes involucradas. Sin embargo, en el arbitraje deportivo, dichos principios se encuentran constantemente en tensión con la necesidad de rapidez y flexibilidad, características inherentes al sistema.

La justicia deportiva, en este contexto, implica no solo la resolución justa de las disputas, sino también el mantenimiento de la integridad del deporte, la equidad en las competiciones y la protección de los derechos de los actores deportivos. Esta sección explora cómo los principios procesales se aplican en el arbitraje deportivo, sus desafíos y su impacto en la percepción de justicia.

2.5.1. Principios procesales aplicados en el arbitraje deportivo

La imparcialidad de los árbitros es un requisito esencial para garantizar un proceso justo. En el arbitraje deportivo, esto implica que los árbitros deben actuar sin favoritismos y con independencia de las federaciones deportivas, clubes o atletas involucrados. Sin embargo, la cercanía de algunos árbitros con entidades deportivas (por ejemplo, mediante su inclusión en listas propuestas por federaciones) ha suscitado cuestionamientos sobre su verdadera independencia.

El principio de igualdad de armas garantiza que ambas partes tengan las mismas oportunidades de presentar sus argumentos y pruebas, y de participar activamente en el procedimiento. En el arbitraje deportivo, puede surgir un desequilibrio cuando una de las partes, como una federación deportiva o un club de gran envergadura, cuenta con recursos legales y financieros significativamente superiores a los del deportista.

El derecho de defensa asegura que las partes tengan la oportunidad de conocer las acusaciones en su contra, acceder a las pruebas y argumentar su caso. En contextos de arbitraje de emergencia o procedimientos acelerados, este principio puede verse comprometido debido a plazos extremadamente cortos.

La confidencialidad también es un principio importante en el arbitraje deportivo, especialmente en casos que involucran reputaciones o información sensible, como disputas contractuales o acusaciones de dopaje. No obstante, la falta de publicidad en ciertos procedimientos ha sido criticada por limitar la transparencia y dificultar la rendición de cuentas.

Por último, la transparencia y motivación de los laudos arbitrales constituye otro pilar esencial sobre el que se sientan las bases del arbitraje deportivo. La emisión de laudos bien fundamentados y motivados es esencial para garantizar que las decisiones sean percibidas como justas. En el arbitraje deportivo, esto implica que los árbitros expliquen claramente cómo aplicaron las normativas deportivas y los principios jurídicos al caso en cuestión.

2.5.2. Tensiones entre principios procesales y la dinámica deportiva

El arbitraje deportivo enfrenta un delicado equilibrio entre respetar los principios procesales y adaptarse a las exigencias únicas del deporte. Esta tensión se manifiesta de formas diversas. De seguidas se incluyen algunas de sus formas de expresión.

Una primera relación de tensión es la de rapidez o celeridad procesal y garantías procesales. Como se ha sugerido en apartados anteriores, la necesidad de resoluciones rápidas puede limitar el tiempo disponible para que las partes preparen su caso, afectando el derecho de defensa y la igualdad de armas.

También debe tomarse en cuenta la tensión entre la flexibilidad inherente al procedimiento arbitral y la uniformidad de procedimientos. Ciertamente, la flexibilidad procesal permite adaptar los procedimientos a cada caso concreto, pero podría llegar a generar percepciones de arbitrariedad o falta de consistencia en la aplicación de los principios procesales. Aunque, según se explicó antes, la autonomía de la voluntad de las partes tiene un sitio especial en el arbitraje.

Otra relación de tensión relevante es la que existe entre la autonomía deportiva y los derechos fundamentales. El principio de autonomía deportiva permite a las federaciones establecer reglas y procedimientos específicos, pero esto puede entrar en conflicto con derechos fundamentales, como el acceso a un juicio imparcial o la protección contra discriminación.

2.5.3 Justicia deportiva: más allá de la resolución de conflictos

La justicia deportiva abarca no solo la resolución equitativa de disputas, sino también la protección de los valores y principios que sustentan el deporte. El primero de ellos es la equidad competitiva que consiste en garantizar que las decisiones arbitrales no otorguen ventajas injustas a una de las partes y preserven la integridad de las competiciones.

Otro principio que debe informar al sistema de administración de justicia deportiva es la protección de los deportistas. En este sentido, se deben salvaguardar los derechos de los atletas, especialmente en casos donde enfrentan acusaciones graves, como dopaje, o decisiones que afectan su elegibilidad para competir.

La credibilidad del sistema de arbitraje deportivo debe ser preservada por todos sus actores, pero especialmente por los árbitros. No es casual que suele afirmarse que el arbitraje será tan bueno como lo sean los árbitros⁶. En efecto, las decisiones arbitrales deben reforzar la confianza en las normas y en las instituciones deportivas, promoviendo un deporte limpio y justo.

2.5.4. Propuestas para fortalecer los principios procesales y la justicia deportiva

Para asegurar la independencia del tribunal, es fundamental reforzar la selección de árbitros. Esto implica establecer criterios claros de imparcialidad que garanticen que los árbitros no tengan vínculos cercanos con las federaciones deportivas. De esta manera, se puede fomentar un ambiente de justicia y equidad en el arbitraje deportivo, donde las decisiones se tomen basándose únicamente en los méritos de cada caso.

Además, es esencial establecer fondos de apoyo para deportistas que enfrentan dificultades económicas. La creación de mecanismos financieros permitirá que aquellos deportistas con recursos limitados puedan acceder a representación legal de calidad en el ámbito del arbitraje deportivo. Esto no solo ayudará a equilibrar las oportunidades para todos los deportistas, sino que también contribuirá a una mayor justicia en la resolución de disputas deportivas mediante arbitraje.

La promoción de la publicidad de los laudos es otro aspecto clave en la mejora del arbitraje deportivo. Publicar de manera sistemática los laudos arbitrales junto con sus fundamentos detallados proporcionará transparencia y confianza en el proceso. Sin embargo, es importante tener en cuenta que en ciertos casos donde la confidencialidad sea estrictamente necesaria, se deben tomar las precauciones adecuadas para proteger la información sensible.

Asimismo, fortalecer la formación de árbitros es vital para garantizar un arbitraje de calidad. Para ello, se deben diseñar programas de capacitación continua que aborden no solo los aspectos técnicos del arbitraje, sino también los principios procesales y los valores éticos que deben regir el deporte. Una formación adecuada ayudará a los árbitros a tomar mejores decisiones.

⁶ Pieter Sanders, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*, (La Haya: Kluwer Law International, 1999), 224.

La armonización normativa también es un elemento sobre el cual debe centrarse la atención para mejorar la interacción entre principios procesales y justicia deportiva. Establecer estándares internacionales que alineen las reglas procesales del arbitraje deportivo con los derechos fundamentales reconocidos por los sistemas legales nacionales e internacionales contribuirá a crear un marco más coherente y justo. Esto facilitará la resolución de conflictos y promoverá un entorno más equitativo para todos los involucrados en el deporte.

Los principios procesales son la base de la legitimidad del arbitraje deportivo y, junto con la justicia deportiva, garantizan que las decisiones respeten los derechos de las partes mientras preservan la equidad y la integridad del deporte. Sin embargo, el sistema enfrenta desafíos que requieren ajustes para equilibrar rapidez, flexibilidad y garantías procesales. Con una implementación rigurosa y medidas para fortalecer la transparencia, la imparcialidad y el acceso igualitario, el arbitraje deportivo puede consolidarse como un modelo de justicia eficiente y ético en el ámbito global del deporte.

CONCLUSIONES

El arbitraje deportivo ha evolucionado como un mecanismo indispensable para la resolución de disputas en el ámbito del deporte, combinando rapidez, especialización y flexibilidad procesal para abordar los retos inherentes a este dinámico entorno. A lo largo de este artículo, se han analizado los elementos distintivos que lo caracterizan, desde la influencia de la autonomía deportiva y la especialización técnica de los árbitros hasta su impacto directo en las carreras de los deportistas y la aplicación de principios procesales esenciales para garantizar la justicia.

Sin embargo, este sistema no está exento de desafíos. Las tensiones entre la rapidez y las garantías procesales, la percepción de falta de independencia en ciertos tribunales deportivos y los desequilibrios en el acceso al arbitraje reflejan áreas que requieren mejoras sustanciales. La interacción entre la autonomía deportiva y los derechos fundamentales también plantea interrogantes sobre la legitimidad y el alcance del arbitraje deportivo frente a las normativas estatales e internacionales.

Para fortalecer este modelo, es fundamental adoptar medidas que garanticen la transparencia, la imparcialidad y la igualdad de armas en los procedimientos. La formación continua de árbitros, la armonización normativa y la promoción de mecanismos que protejan los derechos de los deportistas son pasos clave hacia un sistema más justo y equilibrado. Además, una mayor supervisión externa y la publicación de laudos bien fundamentados pueden contribuir significativamente a reforzar la credibilidad y legitimidad del arbitraje deportivo.

El arbitraje deportivo debe continuar adaptándose a las exigencias de un mundo globalizado, donde el deporte trasciende lo competitivo para convertirse en un fenómeno social y económico de gran impacto. Su éxito dependerá de su capacidad para

equilibrar la eficiencia con el respeto a los principios procesales y la justicia deportiva, consolidándose como un modelo ejemplar en la resolución de conflictos en el ámbito internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aceti, Ezio y otros. *Desarrollo Social a través del Deporte*. Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, Corporación Andina de Fomento, 2015.
- Agencia Mundial Antidopaje (WADA). Código Mundial Antidopaje. 2021.
- Blackshaw, I. S. *Sport, Mediation and Arbitration*. T.M.C. Asser Press, 2009.
- Castagnino, Diego Tomás, "El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI", *Principia*, No. 6 (2022).
- Comité Olímpico Internacional (COI) Principio Básicos Universales de Buena Gobernanza del Movimiento Olímpico. 2021.
- Cremades Sanz-Pastor, Bernardo M., "El proceso arbitral en los negocios internacionales", *Themis Revista de Derecho*, No. 11 (1988).
- Elíaz Rodríguez, José Antonio, "Las ventajas y desventajas del procedimiento expedito en el arbitraje: una mirada a lo interno y a lo internacional", en: *XII Jornada Aníbal Dominici. En homenaje a Eugenio Hernández-Bretón*. Caracas: UCAB, 2022.
- FIFA. Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de los Jugadores. 2024
- Geeraert, A. *Good Governance in Sport: Critical Reflections*. Routledge, 2019.
- González de Cossío, Francisco, *El derecho humano arbitral: el derecho fundamental a contar con procesos arbitrales libres de interferencia judicial* (México), <https://gdca.com.mx/PDF/arbitraje/EL%20DERECHO%20HUMANO%20ARBITRAL.pdf>.
- Guerra Hernández, Víctor Hugo, "¿Es el derecho al arbitraje un derecho fundamental?", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 4 (2023)
- Hernández-Bretón, Eugenio, "Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental", en: *Arbitraje Comercial Interno e Internacional*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Kaufmann-Kohler, G. & Rigozzi, A. *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*. Oxford University Press, 2020.
- Mitten, M. J., Davis, T. A., Smith, R. C., & Duru, N. J. *Sports Law and Regulation: Cases, Materials, and Problems*. Wolters Kluwer, 2020.
- Monsalve García, Wilfredo, "Arbitraje expedito y debido proceso: en búsqueda del justo equilibrio", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 3 (2023).
- Nafziger, J. A. R. & Ross, S. F. (Eds.). *Handbook on International Sports Law*. Edward Elgar Publishing, 2011.

- Ortega Sánchez, Rodrigo, "Arbitraje jurídico deportivo", *Diálogos de saberes*, No. 41 (2014).
- Parrish, R. & Miettinen, S. *The Sporting Exception in European Union Law*. T.M.C. Asser Press, 2008.
- Romero Matute, Yeray. *El Arbitraje Internacional Deportivo*. Editorial Aranzadi. Navarra, España, 2023.
- Sanders, Pieter, *Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice*. La Haya: Kluwer Law International, 1999.
- Tribunal Arbitral del Deporte (TAS/CAS). Caso "Caster Semenya v. IAAF". Laudo del TAS/CAS, 2019.
- Tribunal Arbitral del Deporte (TAS/CAS). Código de Arbitraje Deportivo. 2023.
- Unión Europea. Declaración de Niza sobre la especificidad del deporte. 2000.
- Weiss, K. & O'Leary, J. *Law and Sports in Contemporary Society*. Routledge, 2020.

El rol del testigo experto legal al informar sobre el derecho extranjero en el arbitraje internacional

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 55-81

Resumen: Este artículo aborda el papel crucial del testigo experto legal en el arbitraje internacional, con especial énfasis en su función para la correcta aplicación del derecho extranjero. Se definen sus principales obligaciones, entre las que destacan la buena fe, la imparcialidad, la precisión técnica, la confidencialidad y la observancia de los plazos procesales. Asimismo, se analizan los límites de la responsabilidad civil del testigo experto legal. El trabajo concluye que la actuación del testigo experto es esencial para garantizar la objetividad, la equidad y la eficiencia del arbitraje internacional, al tiempo que se aboga por una mayor uniformidad en la regulación de sus obligaciones y responsabilidad.

Palabras clave: Arbitraje internacional, derecho extranjero, testigo experto legal.

The role of the legal expert witness reporting foreign law in the international arbitration

Abstract: *This article addresses the crucial role of the legal expert witness in international arbitration, with special emphasis on their function for the correct application of foreign law. Their main obligations are defined, among which are good faith, impartiality, technical accuracy, confidentiality, and compliance with procedural deadlines. Additionally, the limits of the legal expert witness's civil liability are analyzed. The work concludes that the expert witness's performance is essential to ensure the objectivity, fairness, and efficiency of international arbitration, while advocating for greater uniformity in the regulation of their obligations and liability.*

Keywords: *International arbitration, foreign law, legal expert witness.*

Autor invitado

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello - Venezuela (UCAB). Abogado, Universidad Internacional de La Rioja - España. Doctor en Derecho, UCAB. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario, Universidad de Alcalá - España. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela (UCV). Magíster en Educación Universitaria, Universidad del Istmo - Guatemala. Profesor de pre y postgrado UCV y UCAB. Árbitro del CACCC y del CEDCA. Miembro Fundador y Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Latin American International Arbitration, ALARB y CI Arb. Email: diego.castagnino@gmail.com

El rol del testigo experto legal al informar sobre el derecho extranjero en el arbitraje internacional

Diego Thomás Castagnino*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 55-81

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Matizaciones del *iura novit curia* en el arbitraje internacional. 2. La aplicación del derecho extranjero en el arbitraje internacional. 3. Definición de testigo experto legal. 4. Función del testigo experto legal en el arbitraje internacional. 5. Principales obligaciones del testigo experto legal. 6. La responsabilidad civil del testigo experto legal. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional se ha consolidado como el mecanismo predilecto para la resolución de controversias transnacionales. La diversidad normativa que caracteriza a las partes involucradas implica la necesidad de aplicar derecho extranjero, lo que plantea un desafío en la determinación y comprensión de dichas normas. En este contexto, el *testigo experto legal* se erige como un actor clave, ya que su intervención permite a los árbitros comprender e interpretar adecuadamente el derecho extranjero aplicable al fondo de la controversia.

El arbitraje en el ámbito internacional se presenta como un medio adecuado de resolución de controversias que puede adoptar distintas formas: (i) arbitraje internacional, cuando se trate de conflictos entre Estados, o entre Estados y organizaciones internacionales¹, (ii) arbitraje comercial internacional, cuando se trate de controversias entre empresas o individuos, con motivo a los intercambios que realicen², o (iii) arbitraje de inversión, para dirimir controversias entre un inversor y un Estado, en el marco de un tratado bilateral de inversión. No obstante, a los efectos del presente trabajo se utilizará el término "arbitraje internacional" para hacer referencia de manera indistinta a las referidas formas que puede adoptar este medio de resolución de conflictos.

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello - Venezuela (UCAB). Abogado, Universidad Internacional de La Rioja - España. Doctor en Derecho, UCAB. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario, Universidad de Alcalá - España. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela (UCV). Magíster en Educación Universitaria, Universidad del Istmo - Guatemala. Profesor de pre y postgrado UCV y UCAB. Árbitro del CACCC y del CEDCA. Miembro Fundador y Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Latin American International Arbitration, ALARB y CI Arb. Email: diego.castagnino@gmail.com

¹ José Alberto Garrone, *Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), 145.

² Jordi Sellares Cerra, "¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?", *Anuario de justicia alternativa*, Nro. 3 (2002): 3.

La internacionalización del caso y su resolución mediante arbitraje de derecho, trae como consecuencia el necesario análisis sobre el tratamiento procesal que debe darse al derecho aplicable al fondo de la controversia, ¿tendrá aplicación el principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional?, ¿deben o pueden los árbitros investigar el alcance del derecho que le sea sometido? o ¿serán las partes quienes tendrán que probar la regla de derecho invocada? De ser así, ¿cuál será el medio probatorio idóneo para hacerlo?

El presente artículo aborda el rol del testigo experto legal en el arbitraje internacional, destacando su importancia para la adecuada aplicación del derecho extranjero. Se analizan las matizaciones del principio *iura novit curia*, las características del testigo experto legal, sus principales obligaciones, la función que desempeña en el proceso arbitral y su eventual responsabilidad civil en caso de incumplimiento.

1. Matizaciones del *iura novit curia* en el arbitraje internacional

El principio *iura novit curia* establece que los jueces tienen la facultad y el deber de conocer y aplicar de oficio el derecho, sin necesidad de que las partes lo aleguen o prueben. Sin embargo, esta máxima, propia de los procedimientos judiciales, encuentra limitaciones en el arbitraje internacional. A diferencia de los jueces estatales, los árbitros no siempre están obligados a conocer el derecho aplicable, especialmente cuando se trata de normas extranjeras. En este sentido, la necesidad de probar el contenido y la interpretación del derecho extranjero surge de la imposibilidad práctica de exigir a los árbitros el conocimiento exhaustivo de sistemas jurídicos distintos al propio.

El arbitraje internacional comprende cuestiones de hecho y de derecho, siendo que la principal labor probatoria se circunscribe al ámbito de los hechos. Sin embargo, el profesor Eugenio Hernández-Bretón³ advierte que, en el arbitraje internacional, especialmente en lo que respecta al tratamiento procesal del derecho extranjero, la validez del principio *iura novit curia* sufre matizaciones de importancia.

De tal manera que, el principio *iura novit curia* se matiza en el arbitraje internacional, trasladando la carga de la prueba del derecho extranjero a las partes en conflicto. En este contexto, la intervención del testigo experto legal se convierte en una herramienta indispensable para ofrecer a los árbitros la información técnica y jurídica necesaria para resolver el caso con base en la normativa aplicable.

En los sistemas de *Civil Law*, el principio de *iura novit curia* es conocido y aplicado. El juez únicamente podrá basar sus decisiones en los hechos alegados por las partes, salvo cuando se trate de hechos notorios o de conocimiento oficial (*judicata secundum*

³ Eugenio Hernández-Bretón, "La participación de "testigos expertos" en el procedimiento arbitral internacional", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 150 (2011): 206.

allegata partium). Mientras que en lo que respecta a la determinación, interpretación, aplicación del derecho y la calificación jurídica de los hechos, el juez podrá decidir con arreglo a normas o principios no invocados por las partes (*da mihi factum, dabo tibi ius; la cour sait le droit*, entendido como: dame los hechos, te doy el derecho)⁴.

Señala Pedro Rengel⁵, que en Venezuela el principio *iura novit curia* encuentra su expresión legislativa en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, cuyo alcance implica la facultad y deber del juez de conocer, buscar y aplicar de oficio el derecho, lo cual es muy importante, ya que, si el proceso de aplicación de la ley dependiera únicamente de los alegatos jurídicos de las partes, podría ocurrir que estas sólo aleguen las normas que les favorezcan. Vale destacar que, con relación a la interpretación de la norma bajo comentario, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que:

(...) el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, constituye una reiteración del principio dispositivo que caracteriza el procedimiento civil, en aplicación del cual el juez está sujeto a lo alegado y probado por las partes, esto es, a las afirmaciones de hechos en que fue sustentada la pretensión, mas no respecto de la calificación jurídica que de ellos hizo la parte, pues conforme al principio *iura novit curia*, que también caracteriza el procedimiento civil, el juez conoce el derecho, por lo que su interpretación y aplicación no está atado a lo alegado por las partes⁶.

En cuanto a la aplicación del derecho extranjero, en el sistema de *Civil Law* se considera que no es razonable esperar que el juez lo conozca como su derecho nacional. En algunos sistemas romanistas, los tribunales ordinarios deben averiguar *ex officio* el contenido del derecho extranjero designado por las reglas de conflicto vigentes, aunque ninguna de las partes lo haya invocado ni probado en juicio⁷. Algunos ejemplos de ello se evidencian en: el Código Civil portugués⁸, la ley suiza de derecho internacional privado⁹, la ley de reforma del sistema italiano de derecho internacional privado¹⁰ y

⁴ Darío Moura Vicente, "La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (2017-2018): 57.

⁵ Pedro Rengel, "Arbitraje y principio *iura novit curia*", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 157 (2018): 179.

⁶ TSJ/SCC, sent. N.º 261, de 10-08-2001 (caso: Rafael Enrique Bonilla Gutiérrez).

⁷ Darío Moura Vicente, "La aplicación...", 58.

⁸ Código Civil de Portugal. Aprobado por el Decreto-Ley Nro. 47344/66, de 25 de noviembre, modificado por el Decreto-Ley Nro. 329-A/95, de 12/12. Artículo 348: 1. Al que invoque derecho consuetudinario local, o extranjero le corresponde hacer la prueba de su existencia y contenido; pero el tribunal debe procurar de oficio obtener su conocimiento. 2. El consentimiento de oficio corresponde asimismo al tribunal siempre que éste haya de decidir con arreglo a derecho consuetudinario local, o extranjero y ninguna de las partes lo haya invocado, o la parte contraria haya reconocido su existencia y contenido o no haya deducido oposición. 3. Siendo imposible determinar el contenido del derecho aplicable, el tribunal recurrirá a las reglas de derecho común portugués.

⁹ Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, del 18 de diciembre de 1987. Artículo 16: 1. El contenido del derecho extranjero se determina de oficio. A este efecto, puede ser solicitada la colaboración de las partes. (...).

¹⁰ Ley italiana de Derecho Internacional Privado. Ley Nro. 218 del 31 de mayo de 1995. Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado. Gaceta Oficial de la República Italiana de 03 de junio de 1995. Artículo 14: 1. La determinación de la ley extranjera es realizada de oficio por el juez. A tal fin, este puede recurrir, además de a los instrumentos indicados por las convenciones internacionales, a informaciones obtenidas a través del Ministerio de Justicia; puede además interpellar a expertos o instituciones especializadas. (...).

en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado¹¹.

En el caso venezolano, la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998¹² ordena al juez a aplicar el derecho extranjero de oficio, establece la facultad de las partes a coadyuvar mediante el aporte de informaciones relativas al derecho extranjero y también la potestad del juez de indagar lo que considere necesario para la aplicación de aquel derecho. Se trata de una colaboración que no puede confundirse con una obligación¹³. Además, debe tenerse en cuenta que la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana indica en el artículo 62 que salvo los supuestos de inderogabilidad convencional de la jurisdicción previstos en el artículo 47 *eiusdem*, “todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia”.

En el sistema de *Common Law* la situación es distinta. En Inglaterra el abogado debe someter el derecho al tribunal, el cual se entiende que “no sabe casi nada sobre el mismo”¹⁴, y en lo que respecta al derecho extranjero, se aplica el principio *iura aliena non novit cura*, el juez inglés no investiga el derecho extranjero aplicable según las reglas de conflicto de leyes, el cual debe ser alegado y probado por las partes; y aplica su propio derecho siempre que las partes no le aporten la prueba del contenido del derecho extranjero¹⁵. En Estados Unidos la parte que desee ver aplicado el derecho extranjero tiene que alegarlo, no lo aplica el tribunal *ex officio*¹⁶.

Indica Born¹⁷, en el contexto de los sistemas jurídicos de *Common Law*, que cuando se aplica una ley sustantiva distinta a la del lugar del arbitraje, suele afirmarse, incluso por parte de profesionales experimentados, que un tribunal arbitral debe aplicar el derecho del lugar del arbitraje a menos que una de las partes establezca el contenido del derecho extranjero. De hecho, apunta el referido autor siguiendo a Mustill y Boyd, que es una regla del procedimiento inglés que el tribunal debe suponer que la ley extranjera es la misma que la ley inglesa, excepto en la medida en que se alegue y demuestre lo contrario.

¹¹ Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, Uruguay, 5 de agosto de 1979. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Artículo 2: Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

¹² Ley de Derecho Internacional Privado. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.511 del 6 de agosto de 1998.

¹³ Tatiana B. de Maekelt, “Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero”, *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Tomo II (Caracas, Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, 2005): 1225-1226.

¹⁴ F.A. Mann, “Fusion of the Legal Professions?”, *Law Quarterly Review*, Vol. 93, Issue 3, (1977): 369.

¹⁵ Dicey, Morris & Collins, “*The Conflict of Laws*”, Edición Nro. 14, (Sweet and Maxwell, 2006).

¹⁶ Federal Rules of Civil Procedure de Estados Unidos. 1 de diciembre de 2018. Regla 44.1: “La parte que desee suscitar una cuestión relativa a la ley de un país extranjero debe notificarlo en una alegación u otro escrito procesal. A fin de determinar la ley extranjera, el tribunal puede considerar cualquier material o fuente relevante, incluso testimonios, sean o no sometidos por una de las partes o admisibles según las Reglas Federales de Prueba. La determinación del tribunal debe ser considerada como una decisión relativa a una cuestión de derecho”.

¹⁷ Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2009), 1859. Traducción libre para este estudio.

Born¹⁸ critica el enfoque anteriormente expresado, al considerar que, en la actualidad se ha abandonado la equiparación entre tribunales arbitrales y tribunales nacionales del lugar del arbitraje. Por tanto, no es requerido que los árbitros apliquen normas procesales internas, normas de conflicto o normas similares del lugar del arbitraje. En consecuencia, indica el autor, es difícil entender por qué un tribunal debería aplicar generalmente la ley del lugar del arbitraje en ausencia de prueba del derecho extranjero.

Por su parte, Lew, Mistelis y Kröll¹⁹ explican que, en muchos casos influenciados por los procedimientos del *Common Law*, las partes alegan y buscan probar el derecho sustantivo aplicable. Para ello, las partes se basan en el testimonio y examen de expertos. Para los autores mencionados, el contrainterrogatorio de testigos expertos legales no es particularmente útil para determinar el contenido del derecho aplicable, pues normalmente habrá al menos dos opiniones diferentes para cada cuestión de derecho y a menudo el tribunal será reacio a elegir el testimonio de un experto legal sobre el de otro.

De lo anterior se evidencia que no existe consenso entre el *Civil Law* y el *Common Law* respecto a la aplicación del principio *iura novit curia* para la determinación del derecho aplicable a las controversias internacionales sometidas a los tribunales ordinarios, por lo que cabe preguntarse ¿existe un principio *iura novit arbiter*? Primero se debe advertir que el tratamiento procesal que se le da al principio *iura novit curia* en el arbitraje doméstico es distinto al del arbitraje internacional.

Autores como Dario Moura Vicente²⁰ y Christian Alberti²¹, señalan que en la mayoría de las convenciones internacionales y las leyes nacionales de arbitraje, no hay una regla que establezca que el principio *iura novit curia* deba aplicarse en el arbitraje internacional. Tampoco existe la posibilidad de aplicar por analogía la posición de los tribunales ordinarios, ya que al ser la actividad del tribunal arbitral un ejercicio privado de la función jurisdiccional, su posición respecto al derecho aplicable es distinta a la de los tribunales ordinarios, por lo que en el arbitraje internacional no puede afirmarse la existencia de una *lex fori*²².

Pedro Rengel²³ al analizar el arbitraje doméstico en Venezuela, considera que el artículo 8 de la LAC establece que los árbitros, cuando son de derecho y no de equidad, deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. Para dicho autor, no hay diferencias entre lo que dispone el artículo 8 de la LAC y lo que señala el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil respecto de los jueces, por lo que

¹⁸ *Ibíd.*, 1859-1860. Traducción libre para este estudio.

¹⁹ Julian M. Lew, Loukas A. Mistelis y Stefan Michael Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2003), 443.

²⁰ Dario Moura Vicente, "La aplicación...", 65.

²¹ Christian Alberti, "Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration", *International Arbitration and International Commercial Law, Synergy, Convergence and Evolution*, Liber Amicorum Eric Bergsten (Kluwer Law International, 2011), 24-28.

²² Dario Moura Vicente, "La aplicación...", 65.

²³ Pedro Rengel, "Arbitraje y principio...", 184.

concluye que el referido artículo 8 puede constituir la expresión legislativa del principio *iura novit curia* en el procedimiento arbitral.

Así mismo, señala Rengel²⁴, que dicho principio también está presente en los reglamentos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y en el del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Estos instrumentos establecen que el Tribunal Arbitral aplicará, o deberá aplicar, al fondo de la controversia, el derecho que las partes hayan convenido, las normas jurídicas que las partes hayan acordado libremente, y si las partes no convinieron en el derecho aplicable, a falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará el derecho que juzgue apropiado.

Si bien pareciera existir cierto consenso en torno a la posibilidad de aplicar el principio *iura novit curia* en el arbitraje doméstico ya que se presume que el árbitro conoce el derecho local, no ocurre lo mismo en materia de arbitraje internacional. En efecto, la labor de los árbitros internacionales conduce, naturalmente, a la aplicación de normas ajenas a las del ordenamiento jurídico en el que dichos árbitros se formaron inicialmente. De ello da cuenta un famoso pasaje de Kaufmann-Kohler, distinguida árbitro internacional que indica lo siguiente:

Reflexionando sobre los casos en los que he estado involucrada como árbitro, y ciertamente olvidando algunos de ellos, me di cuenta de que he resuelto disputas bajo la ley alemana, francesa, inglesa, polaca, húngara, portuguesa, griega, turca, libanesa, egipcia, tunecina, marroquí, sudanesa, liberiana, coreana, tailandesa, argentina, colombiana, venezolana, de Illinois, de Nueva York... y suiza. ¿Conozco estas leyes? Excepto por la ley de Nueva York, que aprendí hace muchos años y no pretendería conocer ahora, y la ley suiza que practico, aunque no tan a menudo como ven, la respuesta es claramente no. Entonces, ¿cómo apliqué una ley desconocida para mí? ¿Ignorándola? ¿Enfocándome en los hechos y las equidades? ¿Cómo me educué en la ley? ¿Cómo me enseñaron los abogados?²⁵

De allí que Muci Borjas reconozca la posibilidad de afirmar que las reglas *da mihi factu, dabo tibi ius* y *iura novit curia*, la cuales rigen plenamente la labor de los tribunales judiciales y arbitrales venezolanos cuando el derecho aplicable es también el derecho venezolano, "no pueden disciplinar con el mismo e idéntico rigor la actuación de esos árbitros internacionales que deben decidir una controversia de conformidad con un Derecho que no es el suyo"²⁶.

²⁴ Pedro Rengel, "Arbitraje y principio...", 184.

²⁵ Gabrielle Kaufmann-Kohler, "The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply it? How? And a Few More Questions", *Best practices in international arbitration: ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 27, 2006 in Zürich*. Wirth, Markus (Ed.). Zürich. Bâle: Association Suisse de l'Arbitrage, 2006, p. 87. Traducción libre para este estudio.

²⁶ José Antonio Muci Borjas, "Los expertos de derecho promovidos por las partes en el marco de un arbitraje internacional", en: *XII Jornada Anibal Dominici. En homenaje a Eugenio Hernández-Bretón* (Caracas: Abediciones UCAB, 2022), 302.

Dario Moura Vicente considera que en el arbitraje internacional, sin perjuicio del respeto a la elección por las partes del derecho aplicable, el árbitro no se encuentra necesariamente sometido a sus alegaciones respecto de este, ni tampoco a la prueba hecha por las partes del contenido de ese derecho, sino que podrá indagarlo autónomamente por todos los medios fiables a su disposición, tales como leyes, jurisprudencia, doctrina y, por supuesto, mediante expertos²⁷.

Ejemplo de ello se encuentra en las reglas de la *London Court of International Arbitration* de 2020²⁸, el reglamento de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission* de 2015²⁹ y el reglamento del *Singapore International Arbitration Center* de 2016³⁰. En materia de *soft law*, destaca la solución que ofrecen las Reglas de Praga de 2018³¹ en su artículo 7, en donde se indica que cada parte tiene la carga de probar sus pretensiones, sin embargo, el tribunal arbitral podrá aplicar disposiciones legales que no hayan sido invocadas por las partes si lo estima necesario, incluyendo, entre otras, normas imperativas. En estos supuestos, el tribunal arbitral recabará el parecer de las partes sobre las normas legales que intente aplicar. El tribunal arbitral también podrá apoyarse en antecedentes legales (aunque no hayan sido citados por las partes involucradas) si se refieren a disposiciones legales alegadas por estas y siempre que hayan tenido la oportunidad de expresar su parecer sobre su contenido.

Para Nigel Blackaby y Ricardo Chirinos, la aplicación del principio *iura novit curia* no resulta apropiada en el arbitraje comercial internacional, al menos no en la misma forma en que dicho principio es utilizado por los jueces al dictar su sentencia conforme a su derecho nacional. Estos autores no consideran que pueda asimilarse la labor de los árbitros internacionales a la de los jueces nacionales cuando les corresponda aplicar derecho extranjero, debido a que la manera de determinar y aplicar el derecho extranjero varía de jurisdicción en jurisdicción, lo cual no permite tener un principio de aplicación uniforme en el contexto del arbitraje internacional³². Para estos autores, la aplicación del

²⁷ Dario Moura Vicente, "La aplicación...", 68.

²⁸ Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration. En vigor desde el 1 de octubre de 2020. El artículo 22.1 de este instrumento establece las facultades adicionales del tribunal arbitral, las cuales puede ejercer a instancia de parte o de oficio y otorgando a las partes una oportunidad razonable para pronunciarse al respecto. El aparte (iii) indica que el tribunal arbitral podrá: "realizar las indagaciones que el Tribunal Arbitral considere necesarias o convenientes, incluida la cuestión de si el Tribunal Arbitral debe tomar por sí mismo, y en qué medida, la iniciativa de identificar las cuestiones relevantes y determinar los hechos relevantes y la(s) ley(es) o normas jurídicas aplicables al Acuerdo de Arbitraje, al arbitraje y al fondo de la controversia de las partes (...)"

²⁹ Reglamento de la China International Economic and Trade Arbitration Commission. 2015. Artículo 49 (2): Cuando las partes hayan alcanzado un acuerdo sobre la ley aplicable al fondo del litigio, el acuerdo de las partes prevalecerá. En defecto de tal acuerdo o cuando el mismo esté en conflicto con una disposición legal imperativa, el tribunal arbitral determinará la ley aplicable al fondo del litigio.

³⁰ Reglamento del Singapore International Arbitration Center. 2016. Artículo 27 (m): (...) el Tribunal tendrá el poder de: (...) m. decidir, cuando resulte apropiado, cualquier cuestión no expresa o implícitamente suscitada en las alegaciones de una parte, siempre que tal cuestión haya sido claramente puesta en conocimiento de la otra parte y esa otra parte haya tenido una oportunidad adecuada de contestar.

³¹ Reglas sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional (Reglas de Praga). 2018.

³² Nigel Blackaby y Ricardo Chirinos, "Consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional", *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Volumen 6 (2013): 80-84.

principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional debe ser producto de su adaptación a las necesidades y características propias de esta disciplina.

En caso de aplicarse el principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional, existen discusiones sobre la necesidad de otorgar a las partes una oportunidad para ser oídas en torno a la aplicación de los nuevos razonamientos legales que los árbitros consideren incluir, de manera que las partes puedan ser informadas y expresar sus puntos de vista al respecto.

Entre los que se muestran a favor de otorgar dicha oportunidad a las partes está Christian Alberti³³, quien considera importante que las partes puedan exponer sus posturas en torno al razonamiento legal de los árbitros. Por otro lado, indica Teresa Isele citada por Pedro Rengel³⁴, que algunos autores niegan que el derecho de las partes a ser oídas se extienda a los aspectos legales, ya que está a cargo del juzgador encontrar el derecho aplicable correcto y no a cargo de las partes.

Señala Pedro Rengel³⁵ que, en el arbitraje internacional la opinión mayoritaria parece inclinarse hacia la aplicación del principio *iura novit curia* de una manera en que no se afecte el derecho de las partes a ser oídas sobre argumentos de derecho nuevos que el tribunal arbitral pretenda aplicar que no pudieran ser anticipados razonablemente como aplicables por las partes y que resulten decisivos en la solución del caso.

En síntesis, se recomienda hablar de matizaciones del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional, por las razones siguientes: (i) la mayoría de los tribunales arbitrales internacionales se conforman por árbitros neutros, que no han sido educados en el derecho aplicable a la controversia, por lo que no podemos esperar que lo conozcan; no obstante, existe la posibilidad de que el árbitro conozca del derecho, por lo cual no encontramos motivos para que no lo aplique; (ii) de aplicarse el principio, debe hacerse de manera cautelosa, dándole la oportunidad a las partes para que puedan exponer sus alegatos respecto a los fundamentos sobre los cuales el tribunal basó su decisión³⁶.

2. La aplicación del derecho extranjero en el arbitraje internacional

El derecho extranjero puede ser aplicado en el arbitraje internacional cuando las partes lo pactan expresamente o cuando se deriva de la aplicación de normas de conflicto de leyes. Esta situación impone a las partes la carga de probar su contenido y su alcance, algo que no se exige en el ámbito judicial donde opera el *iura novit curia*.

³³ Christian Alberti, "Iura Novit...", 24-28.

³⁴ Teresa Isele, "The principle iura novit curia in international commercial arbitration", *International Law Review*, (2010): 14-15, citada por Pedro Rengel, "Arbitraje y..."

³⁵ Pedro Rengel, "Arbitraje y...", 200.

³⁶ Nigel Blackaby y Ricardo Chirinos, "Consideraciones sobre...", 84-85.

Los árbitros, en su función de decidir la controversia conforme a derecho, deben interpretar y aplicar el derecho extranjero, lo que en la práctica puede resultar complejo. La diversidad de ordenamientos jurídicos con sus respectivas particularidades y la constante evolución normativa exigen la intervención de expertos con conocimiento especializado en la materia.

Advierten Phillippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Robert Goldman³⁷ que, al no tener un “foro” todo tribunal arbitral internacional carece de un propio derecho y de tal suerte todo derecho le es extranjero. El profesor Eugenio Hernández-Bretón³⁸ advierte que hay quienes señalan que en el arbitraje internacional se entiende que “derecho extranjero” será todo aquel derecho respecto del cual los árbitros no tengan particular conocimiento, ya sea por no haberse formado en ese particular ordenamiento jurídico o por carecer de práctica profesional o académica respecto de tal sistema normativo.

En este sentido, en la práctica arbitral internacional, el derecho extranjero tiende a ser tratado como un hecho, quedando sometido a la carga de alegación y a la carga de prueba que recae sobre las partes. No será suficiente que las partes consignen textos certificados de las normas legales invocadas, sino que deberán acreditar, además, mediante la opinión de un “testigo experto legal”, que dichas normas están vigentes, que no fueron modificadas total o parcialmente por otras y que la jurisprudencia y la doctrina se han pronunciado en el sentido pretendido por la parte interesada.

El testigo experto legal asume un papel fundamental ya que su conocimiento permite a los árbitros superar la barrera que representa la aplicación de normas jurídicas extranjeras. La objetividad y la claridad en la exposición de las normas extranjeras resultan esenciales para garantizar la imparcialidad y la equidad del laudo arbitral.

Vale acotar que no encontramos limitaciones para que el tribunal arbitral pueda hacer uso de la figura del testigo experto legal para aclarar dudas respecto al derecho extranjero, modalidad en la que la figura debe ser analizada como un auxiliar de los árbitros y no como un medio de prueba de las partes.

3. Definición de testigo experto legal

El arbitraje internacional ha evolucionado, sin dejar de lado la importancia de la prueba documental, otras pruebas, especialmente los testigos, tanto de hecho como expertos, se han vuelto muy relevantes³⁹. Como indica Born⁴⁰, con respecto a la defensa

³⁷ Phillippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Robert Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (Paris : Litec, 1996), 1263.

³⁸ Eugenio Hernández-Bretón, “La participación...”, 207.

³⁹ Salvador Fonseca, “Las declaraciones escritas (AFFIDAVITS)”, *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos* (Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2010), 125.

⁴⁰ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 1859. Born apunta que presentar argumentos legales a través de un experto legal típicamente requiere que el experto prepare un informe u opinión sobre los temas relevantes y asista a la audiencia para

de posiciones sobre cuestiones de derecho, las partes deben presentar sus respectivas posiciones sobre el contenido de la ley sustantiva aplicable de manera clara y persuasiva. Existen diferentes formas de hacerlo, incluyendo la presentación de informes de expertos legales y los argumentos de los abogados, quienes en ocasiones son asistidos por profesionales y/o académicos de la jurisdicción relevante. Para el referido autor, en general, cualquiera de los métodos es aceptable y las partes eligen uno u otro por razones tácticas o preferencias personales.

Surge así la figura del testigo experto legal, entendida como una persona imparcial, que, en casos en los que no cabe presumir que los árbitros sean expertos en un determinado derecho, los ilustrará sobre el mismo. El testigo experto legal es una persona con formación y experiencia reconocida en un sistema jurídico extranjero que es llamado a intervenir en el arbitraje internacional para informar sobre el contenido, la interpretación y la aplicación de dicho derecho.

A diferencia del perito técnico, el testigo experto legal no se limita a ofrecer su criterio técnico, sino que proporciona un conocimiento especializado sobre normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia del ordenamiento extranjero. Su labor se asemeja a la de un "intérprete del derecho", al facilitar la comprensión de un sistema normativo distinto al del árbitro o las partes.

El testigo experto legal puede ser designado por las partes o, en algunos casos, por el propio tribunal arbitral. Su independencia y objetividad son elementos esenciales para la eficacia de su función, especialmente cuando se le exige la emisión de informes escritos o la comparecencia en audiencias para la defensa de su posición.

Si bien se trata de una figura ampliamente utilizada en el arbitraje internacional, extrañamente, no ha llamado la atención de la doctrina nacional, por lo que es escaso el tratamiento que existe sobre el tema. Resalta el trabajo del Dr. Eugenio Hernández-Bretón, titulado: "La participación de "testigos expertos" en el procedimiento arbitral internacional", publicado en el Boletín Nro. 150, de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, en donde se aportan ideas prácticas y teóricas sobre el tema.

El testigo experto es un tercero imparcial, que no declarará sobre algo que ocurrió y que presenció por medio de sus sentidos, sino que es llamado por las partes o por el tribunal arbitral para incorporar al procedimiento sus conocimientos sobre una materia de su experticia. Es importante diferenciarlo del testigo. Mientras el testigo informará sobre los hechos del caso, el testigo experto informará sobre aspectos técnicos⁴¹.

ser sometido a un *cross-examination*. En contraste, presentarlos a través de un abogado puede permitir más flexibilidad, ya que el abogado puede hacer presentaciones con menos restricciones que no se restringen sólo al momento de celebración de la audiencia del testigo, aunque se podría decir que se le percibe como menos independiente que el experto legal. Vid. nota al pie número 611 del estudio citado. Traducción libre para este estudio.

⁴¹ Huáscar Ezcurra Rivero, "Persuasión y litigio arbitral: ¿Cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?", *Themis: Revista de Derecho*, Nro. 56 (2008): 345.

Así, es común el uso de testigos expertos para aportar su conocimiento en áreas como la ingeniería, economía, agronomía, finanzas y por supuesto, el derecho.

A continuación, el análisis se centrará en el rol del testigo experto legal, es decir, en los abogados que tendrán la responsabilidad de ilustrar al panel arbitral sobre el derecho extranjero aplicable a un caso determinado en cuanto a su existencia, contenido, alcance y/o vigencia.

4. Función del testigo experto legal en el arbitraje internacional

El testigo experto legal aporta al proceso sus conocimientos jurídicos a requerimiento de la parte interesada, los cuales generalmente son producidos mediante una declaración por escrito y consignada por la parte promovente ante el tribunal arbitral en apoyo de sus planteamientos. Dicha experticia deberá ser posteriormente ratificada por el testigo experto legal durante el curso del procedimiento arbitral. El testigo experto legal cumple un rol esencial para la aplicación correcta del derecho extranjero en el arbitraje internacional.

El testigo experto legal no decidirá el fondo de la controversia. La decisión le corresponde al tribunal arbitral y esa responsabilidad es indelegable. No obstante, los árbitros podrán valerse de los dictámenes preparados por los testigos expertos nombrados por las partes para dictar el laudo definitivo. El profesor Hernández-Bretón⁴² señala que el dictamen del testigo experto constituye una pericia jurídica, la cual comprende la declaración de un especialista en temas jurídicos que contiene, bajo la forma de un dictamen jurídico, la indicación al tribunal arbitral de una regla jurídica o la subsunción en dicha regla jurídica de un hecho particular.

Reseña Hernández-Bretón⁴³ que la práctica de recurrir a testigos expertos para acreditar el derecho extranjero ha sido criticada por el *Judge Posner* en una decisión de la *Court of Appeals del Séptimo Circuito* del 2010. Posner reconoció que es común —y está autorizada— la práctica de utilizar al testigo experto para establecer el significado de la ley de un país extranjero, pero la cataloga de insana y apoya las críticas formuladas contra la figura, ya que tales testigos son seleccionados sobre la base de la convergencia de sus ideas con las posiciones en el litigio que adopta la parte que lo contrata o según su disposición a alinearse con las opiniones que le son urgidas por su cliente. Vale destacar que la posición de Posner no es la mayoritaria y que la práctica de recurrir a testigos expertos legales sigue siendo dominante en Estados Unidos.

⁴² Eugenio Hernández-Bretón, "La participación de...", 209.

⁴³ *Ibíd.*, 211.

Las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020) no contemplan una norma especial relativa a la admisibilidad y valoración del dictamen del testigo experto legal. Por tanto, resultaría aplicable la norma general prevista en el artículo 9 *eiusdem*, que en su primer párrafo indica que “El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, utilidad y valor de las pruebas”. Conviene destacar que el segundo párrafo de la norma referida establece la facultad del tribunal arbitral de excluir, de oficio o a instancia de parte, “la prueba o exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección, total o parcialmente”, cuando se configure alguno de los supuestos concretos previstos en el dispositivo normativo⁴⁴.

5. Principales obligaciones del testigo experto legal

El testigo experto legal es seleccionado y designado por la parte interesada en contratar sus servicios. Para ello, es normal que se sostengan entrevistas para conocer las credenciales académicas, experiencia profesional y la opinión preliminar del abogado respecto al tema cuyo dictamen se requiera. Se recomienda que se celebre un acuerdo entre el testigo experto legal y la parte que lo está contratando, en donde se definan claramente cuáles serán las obligaciones de cada uno, especialmente en cuanto a los honorarios profesionales, calendario de audiencias y términos para la entrega y presentación de documentos.

Las obligaciones del testigo experto legal en el arbitraje internacional trascienden la mera exposición de conocimientos sobre el derecho extranjero. Se requiere un compromiso ético, técnico y profesional con la imparcialidad, la buena fe, la transparencia y la confidencialidad. La precisión, la claridad y el rigor técnico en su actuación contribuyen a la correcta comprensión del derecho aplicable por parte del tribunal, lo que resulta fundamental para garantizar la equidad, la justicia y la eficacia del arbitraje internacional. De esta manera, el testigo experto no solo contribuye a la legitimidad del proceso, sino que también fortalece la confianza en el sistema de justicia arbitral global. A continuación, se explicarán las principales obligaciones del testigo experto legal:

i. Divulgar posibles conflictos de interés

Para preservar la legitimidad del arbitraje, el testigo experto debe revelar cualquier situación que pueda comprometer su imparcialidad e independencia, evitando generar posibles conflictos de interés. Esta obligación se traduce en la necesidad de declarar

⁴⁴ A saber: “(a) falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso; (b) existencia de impedimento legal o privilegio (*privilege*) bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral (véase el Artículo 9.4); (c) excesiva onerosidad de la práctica de la prueba solicitada; (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido; (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas, que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes; (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes”.

cualquier relación profesional, comercial, académica o personal que pueda afectar su objetividad o ser percibida como tal por las partes o el tribunal.

En este sentido, el testigo debe revelar, por ejemplo, si ha trabajado previamente con alguna de las partes, sus abogados o cualquier persona vinculada a la controversia. Del mismo modo, debe comunicar si ha emitido opiniones contradictorias en casos anteriores sobre el mismo tema jurídico.

ii. Actuar conforme a la buena fe

El testigo experto legal tiene el deber de cumplir con su labor de manera honesta, según su leal saber y entender, debiendo actuar en todo momento conforme a la buena fe. Debe tenerse presente que el testigo experto legal tiene una delicada tarea, pues es quien aporta claridad sobre el contenido de la normativa extranjera, su interpretación y aplicación en el contexto de la controversia arbitral, a la vez que expone el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia en relación con la materia objeto de controversia y traduce términos y conceptos propios del derecho extranjero, facilitando su comprensión por parte de los árbitros y las partes.

El reconocido árbitro internacional Bernardo M. Cremades señala que resulta difícil encontrar algún laudo arbitral internacional que no se fundamente en la buena fe, o que al menos no la mencione, y advierte que esa omnipresencia de la buena fe en el arbitraje internacional no significa que “haya claridad a la hora de entender qué es, cómo debe utilizarse y de qué manera resulta predecible lo que un tribunal arbitral pueda estimar como buena fe en el comportamiento de las partes en litigio”⁴⁵.

No sorprende la advertencia de Cremades, ya que en cierta manera coincide con Luis Díez-Picazo, para quien “el concepto de buena fe es uno de los más difíciles de aprehender dentro del derecho civil y, además, uno de los conceptos jurídicos que ha dado lugar a la más larga y apasionada polémica”⁴⁶. Señala el profesor Fernando F. Guerrero Briceño que “la buena fe es un concepto indefinible por polisémico, ubicuo y metamórfico; a lo sumo se puede describir sus efectos”⁴⁷. Si bien es cierto que el concepto de buena fe es uno de los más difíciles de precisar en el derecho, constituye uno de los principios de mayor importancia en el mundo jurídico.

Para Díez-Picazo, la buena fe se caracteriza como un “patrón de conducta socialmente aceptable, que se traduce en un deber de cooperación y lealtad que se deben las partes del contrato para asegurar el logro de las expectativas esperadas por ambas al

⁴⁵ Bernardo M. Cremades, “La buena fe en el arbitraje internacional”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, Nro. 15 (2011).

⁴⁶ Luis Díez-Picazo, *La doctrina de los actos propios* (Madrid: Editorial Civitas, 2014), 134.

⁴⁷ Fernando Guerrero Briceño, “Algunas consideraciones en torno a la Buena Fe en el Derecho Mercantil venezolano”, *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Temas Generales de Derecho Mercantil*. Volumen I (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 124.

haber celebrado un contrato particular⁴⁸. Ahora bien, el principio de buena fe juega un papel muy importante en los procesos judiciales y arbitrales, ya que busca que el proceso sea efectivamente un mecanismo para conseguir la justicia.

Alejandro Romero Seguel señala que la buena fe busca “conseguir que triunfe siempre la verdad y que todos los que participan en una relación procesal ajusten sus actuaciones a las pautas éticas más elementales”⁴⁹. En resumen, la buena fe es tomada en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias.

La buena fe modela la conducta de las partes en el procedimiento y brinda al juez o árbitro una forma legítima de diferenciar entre comportamientos admisibles y los que merecen una censura en la litigación⁵⁰. Inclusive, orienta a los jueces y árbitros para sancionar conductas impropias a lo largo del procedimiento. Por otro lado, la buena fe aparece como principio rector para modelar la ejecución de las obligaciones de las partes en un vínculo jurídico determinado.

Las partes deben actuar de buena fe en todo momento durante el procedimiento arbitral, pero este deber tiene especial relevancia en la fase probatoria⁵¹. Según Francesco Carretta, la buena fe es una herramienta que permite originar deberes al interior del proceso⁵², exigiendo directamente una conducta acorde a ella⁵³. Surge así, el deber de colaboración que implica un esfuerzo conjunto de las partes para buscar con el juez la justa y pronta solución del litigio⁵⁴. Tal y como lo indica Iván Hunter Ampuero, nada más alejado de un comportamiento lea que “esconder, negar o silenciar un medio de prueba que puede ser fundamental para la correcta adjudicación del juicio”⁵⁵.

De tal manera que, el deber de comportarse bajo los estándares de la buena fe abarca a todos los sujetos que participan en el arbitraje. Árbitros, secretarios arbitrales, partes, apoderados, centro de arbitraje, testigos, peritos y, por supuesto, testigos expertos legales, deben ejecutar sus actuaciones de manera honesta, procurando que triunfe

⁴⁸ Luis Díez-Picazo, “Prólogo a la traducción de la obra: El principio general de la Buena fe”, de F. Wieacker. Segunda Edición (Madrid: Editorial Civitas, 1986), 13 y 14.

⁴⁹ Alejandro Romero Seguel, “El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”, *Revista chilena de Derecho*, Volumen 30 (2003): 160-170.

⁵⁰ Jorge Larroucau, “Tres lecturas de la buena fe procesal”, *Revista chilena de derecho privado*. Nro. 21 (2013).

⁵¹ Ver: Diego Thomás Castagnino, “La buena fe en el arbitraje comercial venezolano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Nro. 73 (2020): 289-312. Así mismo ver: Hernando Díaz-Candia, “Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Nro. 15 (2020): 45-70.

⁵² Francesco Carretta, “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI, Nro. 1 (2008): 118.

⁵³ Susana Jiménez Bautista, “La buena fe, perspectiva doctrinal, legal y jurisprudencial. Examen del artículo 247 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, La Ley*, Nro. 4 (2003): 1562.

⁵⁴ Daniel Vallote, “Abuso del proceso por las partes, presupuestos generales”, *XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Tomo I (San Juan: Universidad Católica del Cuyo, 2001), 267-285.

⁵⁵ Iván Hunter Ampuero, “No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”, *Revista de Derecho*, Vol. XXI – Nro. 2 - Diciembre (2008): 151-182.

la verdad, se imparta justicia, y se haga realidad el conocido dicho de que el arbitraje es un “pacto entre caballeros”.

Para desempeñar su función auxiliar en respecto con los estándares que impone la buena fe, el testigo experto legal debe considerar las diferencias culturales que puedan existir entre ellos y los árbitros encargados de resolver la controversia, así como las complicaciones que estas diferencias pueden ocasionar en la comprensión completa de su informe. Tal como indica Muci Borjas:

Una cosa es dictaminar sobre contratos administrativos, cláusulas exorbitantes del Derecho común y terminación del contrato mediante un acto administrativo de efectos particulares, si los árbitros que integran el tribunal arbitral estudiaron en Francia o en España; otra muy distinta es dictaminar —y, sobre todo, comunicarle eso conceptos— a árbitros norteamericanos o ingleses, por la dispar formación académica del experto y de las personas a las que su mensaje va dirigido⁵⁶.

El idioma es otro aspecto delicado que debe cuidar el testigo experto legal al informar sobre el derecho extranjero al momento de cumplir con el estándar de buena fe, pues debe asegurarse de garantizar la mayor efectividad del informe presentado y su defensa ante el tribunal arbitral. A decir de Muci Borjas, el experto ideal deberá dominar el idioma empleado durante el procedimiento arbitral de forma verbal y escrita, pues ello le permitirá:

- a. Redactar la opinión —directa o personalmente— en el idioma del arbitraje.
- b. Cerciorarse de que los extractos de las sentencias, libros o artículos publicados en revistas especializadas invocados en su informe hayan sido traducidos correctamente por el intérprete al cual se haya encomendado dicha traducción, y que la traducción de tales extractos, por tanto, no les haga perder verdadero sentido.
- c. Comunicarse con el tribunal directamente, sin intermediarios. El tono, las inflexiones de voz, el énfasis del experto al expresar sus distintas ideas, se pierde por completo cuando media traducción simultánea, por buena que esta sea, porque el traductor no puede suplir las habilidades de comunicación del expositor (...)⁵⁷

Es muy importante destacar que entre las funciones del testigo experto legal no está la de abogar por quien lo contrata. Su rol es transmitir al tribunal arbitral su exacto entendimiento del derecho y de su aplicación al caso en concreto. Un comportamiento distinto sería considerado de mala fe. El principio de buena fe constituye el núcleo fundamental que guía la conducta del testigo experto legal. La buena fe exige que el testigo actúe de forma honesta, leal y transparente, sin distorsionar la verdad o los principios jurídicos en juego. Este deber se traduce en la obligación de proporcionar información veraz y completa sobre el derecho extranjero aplicable, evitando interpretaciones sesgadas o tendenciosas que puedan beneficiar a la parte que lo ha designado.

⁵⁶ José Antonio Muci Borjas, “Los expertos de derecho...”, 312.

⁵⁷ *Ibid.*, 312-313.

La buena fe también implica la obligación de abstenerse de ocultar información relevante o de manipular la exposición jurídica para favorecer los intereses de una de las partes. De este modo, el testigo experto debe presentarse como un auxiliar imparcial del tribunal arbitral, no como un defensor de la parte que lo ha propuesto. La actuación de buena fe no solo garantiza la legitimidad del proceso, sino que también contribuye a la confianza de las partes y del tribunal en la neutralidad y objetividad del procedimiento arbitral. Todo ello redundará, en última instancia, en proteger la validez y ejecución del laudo arbitral.

iii. Imparcialidad e independencia

En las Reglas de la *International Bar Association* (IBA) sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 17 de diciembre de 2020 por Resolución del Consejo de la IBA, se requiere que el dictamen pericial de cada testigo experto designado por las partes contenga una declaración concerniente a su relación pasada y presente, si la hubiere, con cualesquiera de las partes, sus asesores legales y el tribunal arbitral⁵⁸. Asimismo, se exige que el dictamen en cuestión contenga una declaración sobre de su independencia respecto a las partes, sus asesores legales y el tribunal arbitral⁵⁹.

Mientras que la primera exigencia se refiere a un deber de revelación del testigo experto, la segunda se centra en la evaluación de tales relaciones por parte de cada uno de ellos y en una declaración sobre su independencia frente a las personas antes mencionadas. El comentario oficial de las Reglas IBA expresa que un testigo experto es independiente en el sentido de que, por ejemplo, no tiene interés financiero en el resultado de la controversia o que sus relaciones le impedirían ofrecer una opinión franca y honesta. Además, se aclara que recibir un pago por sus servicios no afecta su independencia⁶⁰.

El testigo experto legal tiene el deber de ofrecer una exposición objetiva y equilibrada del derecho extranjero aplicable al caso. Este deber se diferencia del rol de los abogados litigantes, cuya función es defender los intereses de sus clientes. A diferencia de estos, el testigo experto no debe adoptar una postura adversarial ni abogar por la posición de la parte que lo ha designado. Por el contrario, su función consiste en ilustrar al tribunal sobre la norma jurídica aplicable, sus interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, y las implicaciones que estas tienen en la controversia.

⁵⁸ Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Aprobadas el 17 de diciembre de 2020 por Resolución del Consejo de la IBA. Ver: Artículo 5.2.(a).

⁵⁹ Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Aprobadas el 17 de diciembre de 2020 por Resolución del Consejo de la IBA. Ver: Artículo 5.2.(c).

⁶⁰ Grupo de Trabajo de la IBA para la Revisión de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, *Comentario al texto revisado de las Reglas de la IBA (International Bar Association) de 2020 sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional* (2021): 24. Disponible en: <https://www.ibanet.org/document?id=IBA-Rules-on-the-Taking-of-Evidence-2020-commentary-Spanish>

La función del testigo experto legal debe ser entendida como un puente entre el sistema jurídico extranjero y el tribunal arbitral, ofreciendo una interpretación objetiva del derecho aplicable. La neutralidad implica que el testigo no debe actuar como “experto de parte”, sino como una fuente independiente de conocimiento legal. En la práctica, esta obligación se materializa en la forma en que el testigo estructura sus informes y responde a las preguntas del tribunal o de las partes. Debe evitar un enfoque unilateral o parcial en la exposición de los temas e incluir en su análisis todas las perspectivas doctrinales y jurisprudenciales relevantes, incluso aquellas que puedan perjudicar la posición de la parte que lo designó.

La imparcialidad se manifiesta, además, en la forma en que el testigo aborda los temas controvertidos de la legislación extranjera. Si existen divergencias doctrinales o jurisprudenciales sobre la materia, el testigo experto está obligado a identificarlas y exponerlas de forma clara, explicando sus fundamentos y las posibles consecuencias jurídicas. Este deber es esencial para que el tribunal arbitral pueda evaluar con criterio propio la normativa extranjera e integrar las distintas interpretaciones que existan al respecto.

iv. Transmitir al tribunal arbitral su exacto entendimiento del derecho y de su aplicación al caso concreto de manera precisa y con rigor técnico

Se trata de la labor encomendada, es el motivo por el cual una de las partes contrata a un testigo experto legal. Es la obligación principal que asume el testigo experto, quien debe exponer el derecho extranjero con la mayor precisión técnica posible. Esto implica la obligación de citar las normas legales pertinentes, la jurisprudencia relevante y la doctrina que sustente sus afirmaciones. El testigo no puede recurrir a explicaciones vagas, generales o excesivamente simplificadas, especialmente cuando se trata de normas de derecho extranjero que son complejas o sujetas a diversas interpretaciones.

Para cumplir con esta obligación, el testigo experto legal debe utilizar un lenguaje técnico-jurídico adecuado, evitando simplificaciones que distorsionen la naturaleza del derecho en cuestión. En el arbitraje internacional, los árbitros suelen ser juristas experimentados con altos niveles de conocimiento jurídico, por lo que la falta de precisión en la exposición podría generar dudas sobre la credibilidad del testimonio.

El rigor técnico también se manifiesta en la forma en que el testigo presenta sus informes escritos o su testimonio oral. Debe asegurar que la información proporcionada esté debidamente fundamentada, que las citas a la legislación extranjera sean correctas y que no existan errores que puedan inducir a confusión al tribunal arbitral.

Aunque el rigor técnico es esencial, el testigo debe asegurarse de que la información proporcionada sea comprensible para los miembros del tribunal arbitral, especialmente si estos no están familiarizados con el sistema jurídico extranjero en cuestión.

La claridad en la exposición implica la obligación de utilizar un lenguaje accesible y comprensible para todos los actores del proceso, evitando jergas legales excesivas o referencias oscuras que dificulten la comprensión del derecho aplicable.

Para cumplir con este deber, el testigo experto debe explicar los conceptos legales foráneos de forma clara y estructurada, destacando sus diferencias con los sistemas de derecho que puedan ser más familiares para los árbitros. El uso de cuadros comparativos, definiciones precisas y ejemplos prácticos son estrategias recomendadas para garantizar la comprensión del derecho extranjero. La claridad en la exposición es esencial para que los árbitros puedan aplicar de forma correcta y adecuada la norma jurídica foránea al caso.

Por otro lado, vale la pena resaltar que el testigo experto legal tiene la obligación de mantenerse actualizado sobre los cambios normativos, jurisprudenciales y doctrinales del sistema jurídico extranjero que analiza. El derecho es una disciplina en constante evolución y los tribunales arbitrales necesitan conocer la normativa vigente al momento de resolver la controversia. Esta obligación implica la necesidad de revisar periódicamente la legislación, la doctrina y la jurisprudencia relevante, así como la de asegurarse de que la información proporcionada al tribunal esté actualizada y sea congruente con la normativa vigente. Si durante el curso del procedimiento se producen cambios legales o jurisprudenciales que impactan la controversia, el testigo debe informar de inmediato al tribunal arbitral para evitar errores en la aplicación del derecho.

v. Acatar el calendario de entrega, reuniones y audiencias

El cumplimiento del calendario de entrega, reuniones y audiencias por parte del testigo experto legal constituye una obligación esencial en el marco del arbitraje internacional. Esta responsabilidad, aunque de naturaleza procesal, tiene un impacto directo en la eficacia, la economía procesal y la transparencia del procedimiento. La figura del testigo experto no solo aporta su conocimiento técnico sobre el derecho extranjero aplicable, sino que también contribuye al desarrollo eficiente de las distintas etapas procesales.

El arbitraje internacional se caracteriza por su flexibilidad, pero esta misma característica impone la necesidad de cumplir rigurosamente con los plazos y el calendario acordado entre las partes y el tribunal. La intervención del testigo experto legal está sujeta a los principios de celeridad y eficacia procesal, por lo que la puntualidad en la entrega de informes, la asistencia a reuniones preparatorias y la presencia en las audiencias son elementos cruciales para garantizar la continuidad del procedimiento.

Es muy importante que la parte le de claridad al testigo experto legal que desee contratar sobre el calendario de entrega, reuniones y audiencias, para que este pueda verificar su disponibilidad y comprometerse en consecuencia. Una de las principales

obligaciones del testigo experto legal es la entrega puntual de sus informes escritos, que constituyen el eje fundamental de su participación en el arbitraje. Estos informes suelen contener el análisis y la exposición del derecho extranjero aplicable, la identificación de normas relevantes, la interpretación doctrinal y jurisprudencial, y la aplicación de dichas normas al caso concreto. El incumplimiento de los plazos de entrega puede afectar la dinámica procesal, generar retrasos en la producción de pruebas y, en casos extremos, comprometer la eficacia de la resolución final.

El testigo experto debe organizar su agenda de trabajo para asegurar que los informes se presenten en la fecha establecida por el tribunal arbitral o por las partes. Para lograrlo, debe tomar en cuenta la complejidad de la investigación, la necesidad de consultar fuentes normativas y la posible revisión de las partes interesadas. La entrega extemporánea del informe puede derivar en la exclusión de la prueba o en la reducción de su valor probatorio, afectando la parte que lo ha designado.

El cumplimiento de los plazos de entrega requiere una planificación meticulosa y el uso de herramientas de control de tiempo, como cronogramas de tareas o sistemas de alertas. Los informes deben ser precisos, exhaustivos y presentarse de manera comprensible, respetando las reglas de formato y estructura exigidas por la institución arbitral o el tribunal.

El proceso arbitral no se limita a la presentación de documentos escritos. Los testigos expertos legales suelen participar en reuniones preparatorias para coordinar estrategias procesales con la parte que los designa, sus abogados y, en algunas ocasiones, con el tribunal arbitral. La asistencia a estas reuniones requiere la disponibilidad y flexibilidad del testigo experto legal, quien debe adecuar su agenda para participar activamente. Su ausencia o su participación parcial puede afectar la coordinación general de la estrategia procesal y generar inconsistencias en la presentación de la prueba, lo que puede ser aprovechado por la contraparte para cuestionar la validez o la imparcialidad del testimonio.

El deber de asistir a reuniones no implica, bajo ninguna circunstancia, la obligación de modificar el contenido de su informe para favorecer la posición de la parte que lo designó. De hecho, la participación en estas reuniones debe enmarcarse en los principios de imparcialidad e independencia que regulan la función del testigo experto legal.

El momento crucial para el testigo experto legal es la audiencia arbitral, en la que se le requiere para presentar su testimonio oral, responder a las preguntas del tribunal arbitral y someterse al contrainterrogatorio de la parte contraria. La presencia puntual y efectiva del testigo experto en la audiencia es indispensable para garantizar la continuidad y la eficiencia del procedimiento.

El incumplimiento de los plazos y la inasistencia a reuniones o audiencias puede tener consecuencias procesales y reputacionales para el testigo experto legal, entre ellas: i) Pérdida de la credibilidad del testigo: La parte contraria puede argumentar que

la falta de puntualidad afecta la confiabilidad del testimonio; ii) Desestimación del informe o la prueba: El tribunal arbitral puede declarar inadmisibles el informe del testigo si este no se presenta en la audiencia; y iii) Impacto reputacional: La reputación del testigo como experto jurídico puede verse comprometida, afectando futuras designaciones en arbitrajes internacionales.

vi. Respetar la confidencialidad del procedimiento

El arbitraje internacional se basa en la confidencialidad, por lo que el testigo experto está obligado a respetar la naturaleza reservada del proceso. Este deber se extiende a la información que reciba durante su participación en el arbitraje, incluyendo el acceso a documentos, testimonios y deliberaciones. El testigo no puede divulgar ni utilizar para fines externos la información recibida en el marco del arbitraje, salvo que cuente con autorización expresa de las partes o el tribunal. La violación de este deber podría generar sanciones para la parte que lo designó e, incluso, comprometer la integridad de la resolución arbitral.

2. La responsabilidad civil del testigo experto legal

El principio general señala que todo daño injusto da derecho a una reparación a favor de aquel que lo ha sufrido, salvo disposición legal expresa o acuerdo entre las partes que limite o exonere dicha responsabilidad. Sin embargo, en el tema de responsabilidad de los testigos expertos esta aseveración no es pacífica en la doctrina y jurisprudencia, principalmente debido a la falta de regulación o, en su defecto, por falta de uniformidad de las distintas legislaciones arbitrales.

Situación similar ocurre con la responsabilidad de los árbitros, en donde existe un sector que se muestra a favor de la extensión de inmunidad hacia los árbitros, que va desde una inmunidad absoluta (por ejemplo: Reglamento de Arbitraje de la International Chamber of Commerce ICC⁶¹ y el Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje⁶²) hasta estándares de graduación de responsabilidad limitándolas a casos específicos (tales como: Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁶³ y el Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration⁶⁴), criterio que ha empezado a fijarse en el arbitraje doméstico mediante la inclusión de normas en los reglamentos de los centros de arbitrajes (como es el caso del Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica).

⁶¹ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. ICC. 1° de marzo de 2017.

⁶² Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje. 7 de diciembre de 2012.

⁶³ Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Revisado en 2010

⁶⁴ Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration. En vigor desde el 1 de octubre de 2020.

Respecto a la responsabilidad del testigo experto, encontramos la tesis de la *witness immunity doctrine* aplicada especialmente en el mundo anglosajón, según la cual los testigos en general, incluyendo a los testigos expertos, no responden civilmente por sus declaraciones. La justificación se encuentra en que tal inmunidad estimula la verdad de las declaraciones de los testigos. Los que apoyan esta tesis consideran que esto además garantiza la independencia del testigo.

Sin embargo, reseña el profesor Hernández-Bretón⁶⁵, que mediante una decisión de la *Supreme Court* del Reino Unido de fecha 30 de marzo de 2011, se abolió la regla del *Common Law* según la cual los testigos expertos gozaban de inmunidad en los procedimientos civiles ante tribunales británicos por sus declaraciones ante el tribunal y respecto de la asesoría que ellos hubiesen brindado antes del procedimiento civil. Por otro lado, resaltan casos como el alemán, en donde la jurisprudencia hace responsable al testigo experto en los mismos casos en que responde el experto designado por un tribunal nacional, esto vale por lo menos para el arbitraje nacional.

En la práctica, la responsabilidad civil del testigo experto legal es un tema controvertido, ya que su función no siempre está claramente regulada en los reglamentos de arbitraje. Sin embargo, su responsabilidad puede derivarse de las reglas generales de la responsabilidad civil contractual o extracontractual aplicables al caso concreto.

CONCLUSIONES

1. En el arbitraje internacional, especialmente en lo que respecta al tratamiento procesal del derecho extranjero, la validez del principio *iura novit curia* sufre matizaciones de importancia.
2. La mayoría de los tribunales arbitrales internacionales se conforman por árbitros neutros, que no han sido educados en el derecho aplicable a la controversia, por lo que no podemos esperar que lo conozcan. No obstante, existe la posibilidad de que el árbitro conozca del derecho, por lo cual no encontramos motivos para que no lo aplique.
3. La aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje internacional debe hacerse de manera cautelosa, permitiendo que las partes tengan la oportunidad de exponer sus alegatos respecto a los fundamentos sobre los cuales el tribunal basó su decisión.
4. En el arbitraje internacional se entiende que "derecho extranjero" será todo aquel derecho respecto del cual los árbitros no tengan particular conocimiento, ya sea por no haberse formado en ese particular ordenamiento jurídico, o por carecer de práctica profesional o académica respecto de tal sistema normativo.

⁶⁵ Eugenio Hernández-Bretón, "La participación de...", 218.

5. En la práctica arbitral internacional, el derecho extranjero tiende a ser tratado como un hecho, quedando sometido a la carga de alegación y a la carga de prueba que recae sobre las partes.
6. Las partes pueden probar el derecho extranjero mediante el uso del testigo experto legal.
7. El testigo experto legal es definido como una persona imparcial que, en casos en los que no cabe presumir que los árbitros sean expertos en un determinado derecho, los ilustrará sobre el mismo.
8. El testigo experto legal desempeña un rol crucial en el arbitraje internacional, especialmente cuando se debe aplicar derecho extranjero. La comprensión del principio *iura novit curia* en el contexto del arbitraje internacional impone la necesidad de recurrir a expertos que informen sobre el contenido, la interpretación y la aplicación de normas jurídicas extranjeras.
9. Se espera que el testigo experto legal proporcione a los árbitros información sobre la existencia, alcance, contenido y vigencia sobre el derecho aplicable. Su rol facilita la labor del tribunal arbitral, garantizando una comprensión adecuada del derecho aplicable.
10. La función del testigo experto legal está sujeta a obligaciones y responsabilidades. El testigo experto deberá ejercer su rol conforme a la buena fe, revelar eventuales conflictos de interés, cumplir con los parámetros de imparcialidad e independencia, respetar la confidencialidad, transmitir al tribunal arbitral su exacto entendimiento del derecho y de su aplicación al caso concreto, y acatar el calendario de entrega, reuniones y audiencias.
11. No es pacífica la posición en la doctrina y en la jurisprudencia en torno al régimen legal aplicable a la responsabilidad civil del testigo experto legal.
12. El avance del arbitraje internacional exige cada vez mayor claridad sobre el alcance de la responsabilidad civil del testigo experto legal, especialmente en un entorno donde la diversidad jurídica es una constante.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberti, Christian, "Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration", *International Arbitration and International Commercial Law, Sinergy, Convergence and Evolution*, Liber Amicorum Eric Bergsten. Kluwer Law International, 2011.
- Blackaby, Nigel, y Chirinos, Ricardo, "Consideraciones sobre la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial internacional", *ACDI – Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Universidad del Rosario, Volumen 6, (2013).
- Born, Gary, *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009.

- Carretta, Francesco, "Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Vol. XXI, Nro. 1, julio, (2008).
- Cremades, Bernardo M., "La buena fe en el arbitraje internacional", *Revista de Arbitragem e Mediação*, Nro. 15 (2011).
- De Maekelt, Tatiana B., "Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero", *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Tomo II (Caracas: Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas, Universidad Central de Venezuela, 2005).
- Dicey, Morris & Collins, "*The Conflict of Laws*", Edición Nro. 14. Sweet and Maxwell, 2006.
- Díez-Picazo, Luis, "*La doctrina de los actos propios*". Madrid: Editorial Civitas, 2014.
- Díez-Picazo, Luis, "Prólogo a la traducción de la obra: El principio general de la Buena fe", de F. Wieacker. Segunda Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1986.
- Ezcurra Rivero, Huáscar, "Persuasión y litigio arbitral: ¿Cómo aprovechar la prueba testimonial para persuadir a la autoridad arbitral de nuestra verdad?", *Themis: Revista de Derecho*. Nro. 56. (2008).
- Fonseca, Salvador, "Las declaraciones escritas (AFFIDAVITS)", *Hacia una mayor eficacia en el arbitraje: control de tiempos y costos*. Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2010.
- Fouchard, Phillippe, Emmanuel Gaillard y Robert Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.
- Garrone, José Alberto, *Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Guerrero Briceño, Fernando, "Algunas consideraciones en torno a la Buena Fe en el Derecho Mercantil venezolano", *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Temas Generales de Derecho Mercantil*. Volumen I. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012.
- Hernández-Bretón, Eugenio, "La participación de "testigos expertos" en el procedimiento arbitral internacional", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 150. Enero-Diciembre (2011).
- Hunter Ampuero, Iván, "No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración", *Revista de Derecho*, Vol. XXI – Nro. 2 - Diciembre (2008).
- Jiménes Bautista, Susana, "La buena fe, perspectiva doctrinal, legal y jurisprudencial. Examen del artículo 247 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil", *Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, La Ley*, Nro. 4 (2003).
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle, "The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply it? How? And a Few More Questions", *Best practices in international arbitration:*

- ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 27, 2006 in Zürich. Wirth, Markus (Ed.). Zürich. Bâle: Association Suisse de l'Arbitrage, 2006.
- Larroucau, Jorge, "Tres lecturas de la buena fe procesal." *Revista chilena de derecho privado*. Nro. 21 (2013).
- Lew, Julian M., Mistelis, Loukas A. y Kröll, Stefan Michael, *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.
- Mann, F.A., "Fusion of the Legal Professions?", *Law Quarterly Review*, Vol. 93, Issue 3, (1977).
- Moura Vicente, Darío, "La aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (2017-2018).
- Muci Borjas, José Antonio, "Los expertos de derecho promovidos por las partes en el marco de un arbitraje internacional", *XII Jornada Aníbal Dominici. En homenaje a Eugenio Hernández-Bretón*. Caracas: Abediciones UCAB, 2022.
- Rengel, Pedro, "Arbitraje y principio iura novit curia", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. Nro. 157, Enero-Diciembre (2018).
- Romero Seguel, Alejandro, "El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios", *Revista chilena de Derecho*. Volumen 30 (2003).
- Sellares Cerra, Jordi, "¿Es el arbitraje comercial internacional tan distinto del arbitraje internacional?", *Anuario de justicia alternativa*, Nro. 3 (2002).
- Vallote, Daniel, "Abuso del proceso por las partes, presupuestos generales", *XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Tomo I. San Juan: Universidad Católica del Cuyo, 2001.

Legislación

- Código Civil de Portugal. Aprobado por el Decreto-Ley Nro. 47344/66, de 25 de noviembre, modificado por el Decreto-Ley Nro. 329-A/95, de 12/12.
- Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, Uruguay, 5 de agosto de 1979. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.
- Federal Rules of Civil Procedure de Estados Unidos. 1 de diciembre de 2018
- Ley de Derecho Internacional Privado. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.511 del 6 de agosto de 1998.
- Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, del 18 de diciembre de 1987.

- Ley italiana de Derecho Internacional Privado. Ley Nro. 218 del 31 de mayo de 1995. Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado. Gaceta Oficial de la República Italiana de 03 de junio de 1995
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. ICC. 1º de marzo de 2017.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Revisado en 2010.
- Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje. 7 de diciembre de 2012.
- Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration. En vigor desde el 1 de octubre de 2020.
- Reglamento de la China International Economic and Trade Arbitration Commission. 2015.
- Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. 1º de febrero de 2013.
- Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica
- Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Caracas, 2019.
- Reglamento del Singapore International Arbitration Center. 2016.
- Reglas sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional (Reglas de Praga). 2018.

La objeción intra-uniión europea en el arbitraje internacional: una visión general

Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024, pp. 83-108

Resumen: El artículo examina el alegato de falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales en controversias sobre inversiones dentro de la Unión Europea. Ofrece una visión global de la normativa comunitaria y el régimen de protección de inversiones en los países de la UE. Analiza la sentencia Achmea, su impacto en la terminación de los TBIs intra-UE y el desarrollo posterior de esta doctrina. Explica los principales argumentos de la objeción intra-UE, incluyendo la invalidez de las cláusulas arbitrales, la primacía del derecho comunitario y la falta de diversidad territorial según el TCE. Finalmente, examina cómo la jurisprudencia arbitral ha tratado la objeción, tanto en las decisiones que la han desestimado como en los laudos recientes que la han declarado con lugar.

Palabras clave: Arbitraje de inversión, Unión Europea, jurisdicción.

Intra-eu objection in international arbitration: a general overview

Abstract: *The article examines the intra-EU objection to jurisdiction in investment arbitrations. It provides a comprehensive overview of the European legislation and the investment protection framework in EU countries. The analysis focuses on the Achmea judgment, its impact on the termination of intra-EU BITs, and the subsequent evolution of this legal doctrine. It also examines the main arguments supporting the intra-EU objection, including the invalidity of arbitration clauses, the principle of primacy of EU law, and the lack of geographic diversity under the ECT. Finally, the article analyzes arbitral jurisprudence on the objection, highlighting rulings that have rejected it and recent awards that have upheld it.*

Keywords: *Investment arbitration, European Union, jurisdiction.*

Autor invitado

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014). Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) Miembro del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. Asociado senior en el departamento de arbitraje internacional de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, con sede en Nueva York. El contenido de este artículo refleja exclusivamente la opinión personal del autor y no representa necesariamente la posición de la firma o la de sus clientes.

La objeción intra-uniión europea en el arbitraje internacional: una visión general

Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 83-108

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Marco normativo. 1.1. El sistema jurídico de la UE. 1.2. Régimen de protección de inversiones. 2. Sentencia Achmea. 3. Impacto de la sentencia Achmea. 3.1. Reacción de los Estados. 3.2. Jurisprudencia ulterior. 3.2.1. Komstroy. 3.2.2. PL Holdings. 3.2.3. Micula. 4. Fundamentos de la objeción intra-UE. 4.1. Invalidez de las cláusulas arbitrales. 4.2. Incompatibilidad bajo el marco de la Convención de Viena. 4.3. Alegatos complementarios bajo el TCE. 4.3.1. Falta de diversidad territorial. 4.3.2. Exclusión tácita. 4.3.3. Interpretación sistemática. 5. Jurisprudencia arbitral. 5.1. Decisiones desfavorables. 5.1.1. Validez del acuerdo arbitral. 5.1.2. Compatibilidad bajo el marco de la Convención de Viena. 5.1.3. TCE. 5.1.3.1. Diversidad territorial. 5.1.3.2. Ausencia de cláusula de desconexión. 5.1.3.3. Interpretación sistemática. 5.2. Decisiones favorables. 5.2.1. Green Power Partners. 5.2.2. Decisiones recientes. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversión en la Unión Europea experimenta una transformación sin precedentes debido al choque entre el ordenamiento jurídico comunitario y el régimen internacional de protección de inversiones.

En el centro de esta tensión se encuentran los arbitrajes de inversión intracomunitarios o intra-UE donde inversionistas de los Estados miembros de la Unión Europea (“UE”) demandan a otros Estados miembros. Los demandados, por su parte, alegan la falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales por tratarse de controversias cuyo conocimiento está reservado exclusivamente al sistema jurisdiccional europeo (“objeción intra-UE”).¹

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014). Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) Miembro del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. Asociado senior en el departamento de arbitraje internacional de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, con sede en Nueva York. El contenido de este artículo refleja exclusivamente la opinión personal del autor y no representa necesariamente la posición de la firma o la de sus clientes.

¹ Véase, por ejemplo, *SunReserve Luxco Holdings SÀRL et al. v. Italia*, Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC” por sus siglas en inglés) (Caso No. 2016/32), Laudo Final del 25 de marzo de 2020, 404-405, <https://bit.ly/3VwSdwr>. La Comisión Europea también ha intervenido como *amicus curiae* en numerosos arbitrajes intracomunitarios para respaldar esta posición. Al respecto, véase: Francesco Montanaro, *The European Union and International Investment Law: The Two Dimensions of an Uneasy Relationship* (Bloomsbury, 2023), 51-53, 62-71. Uno de los primeros *amici curiae* de la Comisión puede consultarse en: *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. República Checa*, SCC (Caso No. 088/2004), Laudo Parcial del 27 de marzo de 2007, 119, <https://bit.ly/3CJCeEB>.

La objeción intra-UE ha dado lugar a discrepancias entre la jurisprudencia arbitral y la jurisprudencia europea. Aunque la mayoría de los tribunales arbitrales suelen rechazar esta objeción,² el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido de manera reiterada que las cláusulas arbitrales contenidas en Tratados Bilaterales de Inversión entre Estados miembros de la UE (“TBI intra-UE”) son incompatibles con la normativa comunitaria.³

Además, los Estados de la UE han adoptado una serie de medidas para hacer valer las sentencias de su máximo tribunal como, por ejemplo, la terminación de todos aquellos TBIs intra-UE.⁴ Dada la trascendencia de esta objeción en el arbitraje internacional, consideramos pertinente examinar sus principales hitos normativos y jurisprudenciales, los fundamentos que la respaldan y su tratamiento por la jurisdicción arbitral, incluyendo recientes decisiones arbitrales que la han acogido.

1. Marco normativo

Para contextualizar el conflicto entre el ordenamiento jurídico comunitario y el arbitraje de inversión intra-UE, resulta indispensable examinar -al menos a grandes rasgos- su marco normativo. En este sentido, revisaremos brevemente los fundamentos del derecho comunitario y el régimen de protección de inversiones en la UE.

1.1. El sistema jurídico de la UE

La UE es una asociación económica y política formada por 27 países europeos que delegaron parte de su soberanía a un conjunto de instituciones para la toma de decisiones sobre asuntos de interés común.⁵

El Tratado de la Unión Europea (“TUE”) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) constituyen los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico de la UE. El TUE establece los valores, principios y la estructura institucional de la UE, mientras que el TFUE desarrolla las competencias, límites y políticas sectoriales que guían las acciones de la UE.⁶

² Al respecto, véase: sección 5.1, *infra*.

³ República de Eslovaquia v. Achmea B.V., Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto No. C-284/16), sentencia del 6 de marzo de 2018, 31-60, <https://bit.ly/4fKl1cC>.

⁴ Véase: Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, 5 de mayo de 2020, Diario Oficial de la Unión Europea del 29 de mayo de 2020, <https://bit.ly/40G1170>; sección 3.1, *infra*.

⁵ Para un estudio de la historia y evolución de la UE, puede consultarse: Christiaan Timmermans, “The Genesis and Development of the European Communities and the European Union,” en *The Law of the European Union and the European Communities*, eds. Paul Kaptey et al., 5ta ed. (Wolters Kluwer, 2018).

⁶ Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento producto de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial de la Unión Europea del 30 de marzo de 2010, <https://bit.ly/4eV1xRC>.

El derecho comunitario se caracteriza por su autonomía, primacía y efecto directo. La autonomía implica que la normativa europea opera con independencia de los sistemas jurídicos nacionales de los Estados miembros.⁷ La primacía supone que el ordenamiento comunitario prevalece sobre el derecho interno de los Estados miembros, incluso sobre normas constitucionales.⁸ El efecto directo, por su parte, faculta a los ciudadanos de la UE a invocar la normativa europea ante cualquier tribunal nacional aún cuando esta no haya sido desarrollada internamente.⁹

Los Estados miembros de la UE deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la efectiva aplicación del derecho comunitario.¹⁰ Cada miembro confía en que los demás cumplirán y acatarán la normativa europea.¹¹ Esta confianza mutua entre los Estados permite el funcionamiento eficaz del mercado único y la cooperación judicial entre los miembros de la UE.

A nivel institucional, la UE cuenta con siete organismos encargados de defender los intereses comunitarios y asegurar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones.¹² Estas instituciones son: (i) el Consejo Europeo (responsable de la dirección de la política general);¹³ (ii) la Comisión Europea (órgano ejecutivo);¹⁴ (iii) el Parlamento Europeo (responsable de la aprobación de las leyes y los presupuestos de la UE);¹⁵ (iv) el Consejo de la Unión Europea (colegislador junto con el Parlamento);¹⁶ (v) el Tribunal de Justicia (máxima autoridad judicial);¹⁷ (vi) el Tribunal de Cuentas (responsable del control financiero);¹⁸ y (vii) el Banco Central Europeo (gestiona la política monetaria).¹⁹

El Tribunal de Justicia de la UE ("TJUE"), como veremos poco más adelante, ha desempeñado un papel protagónico en la obediencia intra-UE, al ser el encargado de garantizar la interpretación uniforme y la correcta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario.²⁰ Para asegurar dicha coherencia, el artículo 267 del TFUE establece el

⁷ Klaus-Dieter Borchardt, *El ABC del Derecho de la Unión Europea* (Comisión Europea, 2017), 143-144, <https://bit.ly/4i5hPde>. En este artículo, al igual que lo hace la doctrina, utilizamos indistintamente las expresiones "derecho comunitario", "derecho de la UE", "normativa europea" y "ordenamiento jurídico comunitario".

⁸ La preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario fue establecida por el Tribunal de Justicia de la UE en la sentencia *Flaminio Costa v. ENEL* del 15 de julio 1964. Esta decisión puede consultarse en: <https://bit.ly/4gn7oAj>.

⁹ El Tribunal de Justicia de la UE reconoció el efecto directo del derecho comunitario en la sentencia *Van Gend & Loos v. Administración Tributaria neerlandesa* del 5 de febrero de 1963. La sentencia está disponible en: <https://bit.ly/4fYpKI5>.

¹⁰ TUE, artículos 2 y 3.

¹¹ República de Eslovaquia v. *Achmea B.V.*, Tribunal de Justicia de la UE, sentencia del 6 de marzo de 2018, 34; TUE, artículo 4(3).

¹² TUE, artículo 13.

¹³ TUE, artículo 15; TFUE, artículos 235-236.

¹⁴ TUE, artículo 17; TFUE, artículos 244-250.

¹⁵ TUE, artículo 14; TFUE, artículos 223-234.

¹⁶ TUE, artículo 16; TFUE, artículos 237-243.

¹⁷ TUE, artículo 19; TFUE, artículos 251-281.

¹⁸ TUE, artículo 13; TFUE, artículos 285-287.

¹⁹ TUE, artículo 13; TFUE, artículos 128, 282-284.

²⁰ TUE, artículo 19.

procedimiento de remisi3n prejudicial en virtud del cual los tribunales nacionales de los Estados miembros pueden -y, en el caso de los que resuelven en 3ltima instancia, deben- consultar al TJUE sobre la interpretaci3n o validez de la normativa comunitaria.²¹ Las decisiones del TJUE son definitivas, vinculantes y de obligatorio cumplimiento.

Por 3ltimo, conviene se1alar que bajo el art3culo 344 del TFUE los Estados de la UE est3n obligados a resolver las controversias sobre la aplicaci3n o interpretaci3n del derecho comunitario exclusivamente mediante los mecanismos previstos en los Tratados de la UE.²² Esta disposici3n busca reforzar la autonom3a del ordenamiento jur3dico europeo y garantizar su interpretaci3n uniforme.

1.2. R3gimen de protecci3n de inversiones

Durante las d3cadas de 1980 y 1990, los pa3ses de Europa Central y del Este que, para entonces no eran miembros de la UE, firmaron un conjunto de TBIs con los principales Estados de la UE para atraer inversi3n extranjera a sus territorios.²³ Los tratados previeron garant3as para los inversionistas (trato justo y equitativo, trato nacional, naci3n m3s favorecida, indemnizaci3n por expropiaci3n, entre otras) e incluyeron cl3ulas de arbitraje de inversi3n.

La posterior adhesi3n de estos pa3ses a la UE transform3 los TBIs en acuerdos intra-UE. Ello, a su vez, origin3 la coexistencia de dos sistemas jur3dicos diferentes. Por un lado, el ordenamiento jur3dico comunitario que reserva la facultad de interpretar el derecho de la UE exclusivamente al sistema jurisdiccional europeo y, por el otro, el sistema internacional de protecci3n de inversiones que contempla el arbitraje como un mecanismo alternativo de resoluci3n de controversias entre Estados e inversionistas.²⁴

La tensi3n entre ambos sistemas se profundiz3 con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009. Este tratado reform3 los textos fundacionales de la UE (TUE y TFUE) y expandi3 sus competencias exclusivas, particularmente en la pol3tica comercial com3n. Dentro de esta pol3tica se incluy3 la inversi3n extranjera directa, el comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual.²⁵

Por su parte, en 1994 la Uni3n Europea y sus Estados miembros adoptaron el Tratado sobre la Carta de la Energ3a ("TCE"). El TCE estableci3 el marco jur3dico para fortalecer la cooperaci3n energ3tica entre Europa Occidental y los Estados post-sovi3ticos.

²¹ TFUE, art3culo 267.

²² TFUE, art3culo 344.

²³ Carrie Anderer, "Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty," *Brooklyn Journal of International Law* 35, No. 3 (2010), 852-853, <https://bit.ly/4fKIRpM>.

²⁴ *Id.*, 853; Cecilia Olivet, *A Test for European solidarity: The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties* (Transnational Institute, 2013), 3, <https://bit.ly/30nvwH9>.

²⁵ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Uni3n Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007, Diario Oficial de la Uni3n Europea del 17 de diciembre de 2007, 157-158, bit.ly/3VaTWHn.

A tal fin, incorporó garantías sustantivas para la protección de inversiones en el sector energético, mecanismos para facilitar el comercio de estos recursos y una cláusula de resolución de controversias inversionista-Estado.²⁶

La coexistencia de estos regímenes de protección de inversiones y del ordenamiento jurídico comunitario ha generado conflictos normativos. En este sentido, los Estados de la UE reclaman la jurisdicción exclusiva del sistema judicial europeo sobre las disputas que versan sobre la aplicación del derecho comunitario, mientras que los inversionistas abogan por la jurisdicción arbitral en virtud de las cláusulas de resolución de disputas de los TBIs y el TCE.²⁷ Este choque ha dado origen a decisiones judiciales y arbitrales contradictorias.

2. Sentencia Achmea

El 6 de marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la UE dictó la sentencia en el caso República de Eslovaquia v. Achmea B.V. Esta decisión, conocida como la sentencia Achmea, marcó un hito fundamental en materia de la objeción intra-UE.²⁸

Los hechos del caso guardan relación con una demanda arbitral incoada por una aseguradora holandesa contra Eslovaquia bajo el TBI entre ambos países. La demandante solicitó compensación por los daños causados por medidas gubernamentales que prohibieron la distribución de beneficios a empresas privadas en el sector sanitario eslovaco. El tribunal arbitral consideró que las acciones gubernamentales violaron los derechos del inversionista y condenó a la demandada al pago de 22,1 millones de euros.²⁹

Eslovaquia interpuso un recurso de nulidad contra el laudo ante los tribunales en Frankfurt por ser esta la sede del tribunal arbitral. El asunto llegó en casación al Tribunal Supremo alemán quien planteó una cuestión prejudicial al TJUE para determinar la compatibilidad de las cláusulas arbitrales del TBI intra-UE con el derecho comunitario.³⁰

El TJUE, antes de examinar el *thema decidendum*, destacó el carácter autónomo del derecho de la UE y su primacía sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados

²⁶ Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado el 17 de diciembre de 1994, artículos 2-15, 26-28. <https://bit.ly/4g3580q>. El TCE fue suscrito por 53 países y entró en vigor en abril de 1998. El 27 de junio de 2024, la UE notificó formalmente su retirada del TCE al depositario del tratado, la cual será efectiva un año después de recibida la notificación. Consejo de la Unión Europea, "Tratado sobre la Carta de la Energía: la UE notifica su retirada," comunicado de prensa, 27 de junio de 2024, <https://bit.ly/3Z625xV>.

²⁷ Al respecto, véase Comisión Europea, "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Protección de la inversión intra-UE", 19 de julio de 2018, 2. <https://bit.ly/3Or2NB2>.

²⁸ República de Eslovaquia v. Achmea B.V., TJUE, sentencia del 6 de marzo de 2018, 34. Para un resumen de la sentencia, véase: Kim Talus y Katarina Särkänne, "Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investments in the EU," en *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, eds. Ana Stanič y Crina Baltag (Kluwer Law International, 2020), 9-11.

²⁹ República de Eslovaquia v. Achmea B.V., TJUE, sentencia del 6 de marzo de 2018, 2, 3, 6-12.

³⁰ *Id.*, 12-26. Para un examen suscito del procedimiento de remisión prejudicial y su aplicación al caso Achmea, véase: Laurens Ankersmit, "Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?," *Investment Treaty News*, 24 de abril de 2018, <https://bit.ly/4f0LDCz>.

miembros.³¹ Tras reafirmar que ningún tratado internacional puede comprometer estos principios de la normativa europea, procedió a analizar la compatibilidad de la cláusula arbitral. Para ello, consideró tres elementos fundamentales.

En primer lugar, examinó si los árbitros podían verse en la necesidad de aplicar e interpretar el derecho de la UE. En el caso en cuestión, los árbitros debían -bajo el TBI- considerar las leyes de la parte afectada. El TJUE reafirmó que el ordenamiento jurídico comunitario forma parte de la legislación de los países de la UE y, por tanto, concluyó que los árbitros debían interpretar el derecho de la UE.³²

En segundo lugar, evaluó si los tribunales arbitrales del TBI podían considerarse como “órganos jurisdiccionales” bajo el TFUE y, por tanto, formular consultas prejudiciales. En criterio del TJUE, la jurisdicción arbitral tiene una naturaleza excepcional y no forma parte del sistema judicial de los Estados. En consecuencia, los tribunales arbitrales no pueden calificarse como órganos jurisdiccionales de la Unión Europea, ni acceder al mecanismo de remisión prejudicial.³³

En tercer lugar, analizó la medida en que los tribunales nacionales europeos podían revisar el laudo para asegurar su compatibilidad con el derecho comunitario. El TJUE destacó que la revisión judicial se ve mermada por el carácter definitivo del laudo y por el hecho de que los tribunales arbitrales eligen su sede y, por consiguiente, el derecho aplicable al control judicial. Estos factores, en criterio del TJUE, impiden que los tribunales europeos puedan asegurar la compatibilidad del laudo con la normativa comunitaria tanto más cuanto que los arbitrajes de inversión intra-UE surgen de acuerdos en virtud de los cuales los Estados sustraen de sus tribunales nacionales las controversias sobre el derecho de la UE.³⁴

Por todo lo anterior, el TJUE concluyó que las cláusulas arbitrales en TBIs intra-UE violan la autonomía del derecho comunitario y el principio de confianza mutua entre los Estados ya que posibilitan la resolución de controversias sobre la aplicación e interpretación del derecho comunitario mediante mecanismos ajenos al control jurisdiccional de la UE.³⁵

³¹ República de Eslovaquia v. Achmea B.V., TJUE, sentencia del 6 de marzo de 2018, 33-37.

³² *Id.*, 39-42.

³³ *Id.*, 43-49.

³⁴ *Id.*, 50-55. Al explicar este punto, el Tribunal distinguió entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión. El primero, en criterio del TJUE, surge de la autonomía de la voluntad, mientras que el segundo deriva de tratados mediante los cuales los Estados socavan la jurisdicción de sus tribunales nacionales.

³⁵ *Id.*, 56-58.

3. Impacto de la sentencia Achmea

La sentencia Achmea marcó un punto de inflexión en el arbitraje de inversión intra-UE. Este nuevo escenario impulsó una respuesta coordinada de los Estados miembros y las instituciones europeas, materializada en declaraciones políticas, la terminación de los TBIs intra-UE y una serie de decisiones judiciales sobre la materia.

3.1. Reacción de los Estados

En enero de 2019, los Estados miembros de la UE emitieron comunicados sobre las consecuencias jurídicas y políticas de la sentencia Achmea en el régimen de protección de inversiones y, en particular, en el arbitraje intra-UE.³⁶ Si bien hubo consenso sobre la necesidad de terminar los TBIs intracomunitarios, surgieron posturas divergentes respecto a la aplicabilidad de la sentencia a los arbitrajes bajo el TCE.

La mayoría de los Estados consideró que los principios de Achmea eran aplicables a las disputas de inversión intra-UE bajo el TCE,³⁷ sin embargo, un grupo minoritario se abstuvo, alegando que la sentencia no se pronunció de manera explícita sobre la validez del arbitraje en el marco del TCE.³⁸

En mayo de 2020, veintitrés Estados firmaron el “Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales entre los Estados miembros de la Unión Europea” (“Acuerdo de Terminación”). El Acuerdo dispuso la terminación de aproximadamente 130 TBIs intra-UE y reafirmó la incompatibilidad de sus cláusulas arbitrales con el ordenamiento comunitario.³⁹ No obstante, excluyó expresamente de su ámbito de aplicación las controversias intracomunitarias bajo el artículo 26 del TCE.⁴⁰

³⁶ “Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea...”, declaración de 22 países, 15 de enero de 2019, (“Declaración de la mayoría de los Estados miembros de la UE”), <https://bit.ly/3Z50No3>; “Declaration of the Representatives of the Governments of Finland, Luxembourg, Malta, Slovenia and Sweden on the Legal Consequences...”, declaración de Finlandia, Luxemburgo, Eslovenia, Malta y Suecia, 16 de enero de 2019 (“Declaración de 5 Estados de la UE”), <https://bit.ly/48S0XCM>; “Declaration of the Representative of the Government of Hungary on the Legal Consequences...”, declaración de Hungría, 16 de enero de 2019 (“Declaración de Hungría”), <https://bit.ly/3Z5eIKZ>.

³⁷ Declaración de la mayoría de los Estados miembros de la UE, 3-4. Al respecto, véase: Epaminontas Triantafilyou y David Pusztai, “Achmea, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law: The Way Forward,” en *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, eds. Ana Stanić y Crina Baltag (Kluwer Law International 2020), 47-48.

³⁸ Declaración de 5 Estados de la UE, 3; Declaración de Hungría, 3.

³⁹ Acuerdo para la Terminación de los Tratados Bilaterales de Inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea, 5 de mayo de 2020, Diario Oficial de la Unión Europea del 29 de mayo de 2020, artículo 2 y anexo A, <https://bit.ly/40G1170>. El acuerdo entró en vigor el 29 de agosto de 2020 y no fue firmado por Austria, Finlandia, Suecia e Irlanda. Al respecto, véase: August Reinisch y Johannes Tropper, “Investment Arbitration, The Termination Agreement of intra-EU BITs,” *Austrian Yearbook on International Arbitration*, eds. Christian Klausegger et al. (Kluwer Law, 2022), 301-308.

⁴⁰ Acuerdo para la Terminación, sección Considerandos.

Asimismo, el Acuerdo estableci3 la extinci3n de las cl3usulas de remanencia de los TBIs intra-UE. Estas cl3usulas suelen extender temporalmente las protecciones del inversionista consagradas en los Tratados tras la terminaci3n de los mismos.⁴¹ La controversia actual radica en determinar si dichas cl3usulas subsisten 3nicamente en casos de terminaci3n unilateral o si persisten incluso cuando las partes han acordado mutuamente su extinci3n.⁴²

Finalmente, el Acuerdo reafirm3 la falta de jurisdicci3n de los tribunales arbitrales para resolver disputas iniciadas despu3s de la sentencia Achmea e impuso a los Estados la obligaci3n de comunicar a los tribunales arbitrales los efectos de dicha sentencia.⁴³

3.2. Jurisprudencia ulterior

La decisi3n Achmea estableci3 la incompatibilidad de los BITs intra-UE con el ordenamiento jur3dico comunitario, sin embargo, surgieron interrogantes sobre su aplicabilidad a acuerdos multilaterales como el TCE y la validez de los acuerdos de arbitraje *ad hoc* entre Estados miembros e inversionistas. El TJUE abord3 estos temas en sentencias posteriores que pasamos a examinar a continuaci3n.

3.2.1. Komstroy

Los hechos del caso Rep3blica de Moldavia v. Komstroy LLC guardan relaci3n con una disputa arbitral por incumplimientos de contratos de compraventa de electricidad entre la empresa ucraniana Komstroy (subrogada en los derechos de Energoalians) y la Rep3blica de Moldavia. El tribunal arbitral, con sede en Par3s, determin3 que Moldavia hab3a violado el art3culo 26 del TCE y la conden3 al pago de da3os y perjuicios.⁴⁴

La demandada interpuso un recurso de anulaci3n ante los tribunales franceses. En el marco de este procedimiento, la Cour d'appel de Par3s solicit3 una cuesti3n prejudicial al TJUE. Si bien la consulta se centraba en la definici3n de inversi3n bajo el TCE y la procedencia del mecanismo de resoluci3n de disputas,⁴⁵ el TJUE analiz3 -en forma de *obiter dictum*- la compatibilidad del arbitraje intra-UE bajo el TCE con el ordenamiento jur3dico comunitario.

⁴¹ Acuerdo para la Terminaci3n, art3culo 2(2).

⁴² La mayor3a de la doctrina se inclina por considerar extintas las cl3usulas de remanencia cuando la terminaci3n del tratado ha sido mutua y se ha pactado expresamente su extinci3n. V3ase: Reinisch y Tropper, "Investment Arbitration, The Termination Agreement of intra-EU BITs," 315-326.

⁴³ Acuerdo para la Terminaci3n, art3culos 4(1), 7.

⁴⁴ Rep3blica de Moldavia v. Komstroy LLC, TJUE (Asunto No. C-741/19), sentencia del 2 de septiembre de 2021, 8-13, <https://bit.ly/3CqmFSd>. Para una s3ntesis de la decisi3n, v3ase: Stefan Dobrijevi3, "Investment Arbitration, The European Court of Justice on Investment Arbitrations after Achmea: Last Nails in the Coffin of Intra-EU Investment Arbitrations?," *Austrian Yearbook on International Arbitration*, eds. Christian Klausegger et al. (Kluwer Law, 2023), 328-331.

⁴⁵ Rep3blica de Moldavia v. Komstroy LLC, TJUE, sentencia del 2 de septiembre de 2021, 14-20.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia examinó su competencia ya que ninguna de las partes pertenecía a la UE. Para ello, destacó su facultad general para interpretar los actos adoptados por las instituciones de la UE y la elección del derecho francés como *lex fori*. Por un lado, el TCE es una norma del ordenamiento jurídico comunitario ya que la UE es Parte Contratante de ese tratado.⁴⁶ Por otro lado, la elección de París como sede arbitral implica la aplicación tanto del derecho francés como del derecho comunitario.⁴⁷ En consecuencia, el TJUE se declaró competente para resolver la cuestión prejudicial.

Una vez establecida su competencia, el TJUE reiteró las características esenciales del ordenamiento jurídico comunitario y aplicó los tres criterios desarrollados en *Achmea*. Primero, concluyó que los tribunales arbitrales bajo el TCE necesariamente deben interpretar el derecho de la UE ya que el TCE forma parte del ordenamiento jurídico comunitario.⁴⁸ Segundo, reafirmó que estos tribunales no forman parte del sistema jurisdiccional de la UE ni pueden solicitar decisiones prejudiciales.⁴⁹ Por último, resaltó que el control judicial sobre los eventuales laudos es muy limitado, lo que impide garantizar su compatibilidad con el derecho de la UE.⁵⁰

Por estas razones, el TJUE concluyó que la cláusula arbitral del TCE, pese a su naturaleza multilateral, regula relaciones esencialmente bilaterales y resulta incompatible con el derecho comunitario en controversias intra-UE.⁵¹ No obstante, precisó que dicha incompatibilidad no afecta a las reclamaciones arbitrales presentadas por inversionistas de Estados no miembros de la UE contra Estados miembros bajo el TCE.⁵²

3.2.2. PL Holdings

En la sentencia dictada en el caso *República de Polonia v. PL Holdings Sarl*, el TJUE examinó la validez de los convenios arbitrales *ad hoc* celebrados entre un Estado de la UE y un inversionista de otro Estado miembro.⁵³

La controversia se originó cuando PL Holdings, sociedad luxemburguesa, inició un procedimiento arbitral contra Polonia bajo el TBI entre Bélgica, Luxemburgo y Polonia. La demandante reclamó daños tras la decisión de un órgano gubernamental polaco de suspender los derechos de voto de sus acciones y ordenar su venta forzosa.

⁴⁶ *Id.*, 22-31.

⁴⁷ *Id.*, 32-37.

⁴⁸ *Id.*, 49-50.

⁴⁹ *Id.*, 51-53.

⁵⁰ *Id.*, 54-60.

⁵¹ *Id.*, 64-66.

⁵² *Id.*, 66.

⁵³ *República de Polonia v. PL Holdings Sàrl*, TJUE (Asunto No. C-109/20), sentencia del 26 de octubre de 2021, <https://bit.ly/4etdLQT>.

El tribunal arbitral acogi6 los alegatos de PL Holding y dict6 un laudo contra la demandada en Estocolmo.⁵⁴

Polonia solicit6 la anulaci6n del laudo ante los tribunales suecos alegando violaciones al orden p6blico y la nulidad de la cl6usula arbitral del TBI. Por su parte, PL Holdings afirm6 que su solicitud de arbitraje constituía una nueva oferta para celebrar un convenio arbitral *ad hoc* en t6rminos id6nticos a los del TBI. Esta oferta fue aceptada de manera t6cita por Polonia al no objetar oportunamente la jurisdicci6n del tribunal. El Tribunal Supremo sueco elev6 una cuesti6n prejudicial al TJUE para determinar la validez de este nuevo acuerdo que reemplaz6 la cl6usula arbitral del TBI.⁵⁵

El TJUE ratific6 la invalidez de la oferta arbitral contenida en los TBIs intra-UE que sustraen de la jurisdicci6n europea las controversias sobre la aplicaci6n del derecho de la UE.⁵⁶ En el caso concreto, el Tribunal consider6 que celebrar un acuerdo arbitral *ad hoc* en t6rminos id6nticos a los de una cl6usula intra-UE declarada inv6lida, constituía un intento de eludir la aplicaci6n del derecho comunitario y, por tanto, dicha cl6usula era igualmente nula.⁵⁷

Por otro lado, el TJUE señal6 que, aunque existían elementos en el expediente que sugerían que Polonia había objetado la jurisdicci6n arbitral, la determinaci6n de los elementos de hecho de esta aseveraci6n correspondía al tribunal sueco. No obstante, enfatiz6 que la validez de la jurisdicci6n arbitral no podía depender del comportamiento procesal de las partes, especialmente cuando el propio Estado miembro incumple el derecho comunitario.⁵⁸

Finalmente, el Tribunal concluy6 que cualquier intento de convalidar las cl6usulas arbitrales de los TBIs intra-UE es incompatible con el ordenamiento jurídico comunitario, dado que dichas controversias deben resolverse dentro del sistema judicial de la UE.⁵⁹

3.2.3. Micula

En el caso Comisi6n Europea v. Micula, el TJUE examin6 la validez de un laudo que orden6 indemnizaciones contrarias a las normas de ayudas estatales de la UE. La historia procesal del procedimiento es compleja, sin embargo, nos centraremos en su secuencia temporal ya que el arbitraje comenz6 antes de la adhesi6n de Rumanía a la UE, pero el laudo se dict6 luego de su incorporaci6n.⁶⁰

⁵⁴ *Id.*, 12-21.

⁵⁵ *Id.*, 22-33.

⁵⁶ *Id.*, 44-46.

⁵⁷ *Id.*, 47-48.

⁵⁸ *Id.*, 41-42, 51.

⁵⁹ *Id.*, 54.

⁶⁰ Comisi6n Europea v. Ion Micula et al., TJUE (Asunto No. C-638/19P), sentencia del 25 de enero de 2022, <https://bit.ly/3CBL4E8>. Para un resumen de la sentencia, véase: Erica Stein y Quentin Muron, "Komstroy, PL Holdings, Micula: closing the door to intra-EU investment arbitration – again?," *Belgian Review of Arbitration*, eds. Caroline Verbruggen et al. (Wolters Kluwer, 2022), 30-34.

En 2005, dos años antes del ingreso de Rumanía a la UE, inversionistas suecos iniciaron un arbitraje CIADI bajo el TBI Rumanía-Suecia reclamando daños derivados de la revocación anticipada de determinados incentivos fiscales. En 2013, el tribunal arbitral condenó a Rumanía al pago de una indemnización por vulnerar las expectativas legítimas de los inversionistas y el estándar de trato justo y equitativo.⁶¹

En 2015, la Comisión Europea ordenó a Rumanía abstenerse de pagar la condena del laudo ya que el mismo violaba la prohibición de ayudas estatales en la UE. En 2019, el Tribunal General de la UE⁶² anuló la decisión de la Comisión al considerar que las normas de ayudas estatales no podían aplicarse a hechos ocurridos antes de la adhesión de Rumanía a la UE. Esta sentencia fue casada por el TJUE.⁶³

En su decisión, el TJUE subrayó que, para determinar la aplicabilidad del derecho comunitario, era necesario precisar el momento en que surgió el derecho a la indemnización por la eliminación de las ayudas estatales. A tal efecto, señaló que el daño se originó con la revocación de los incentivos fiscales ocurrida antes de la adhesión de Rumanía a la UE, sin embargo, el derecho a la indemnización surgió con el laudo arbitral pues fue este el que declaró su existencia y fijó su cuantía. Dado que el laudo se dictó después de la adhesión de Rumanía a la UE, el TJUE concluyó que el ordenamiento jurídico comunitario era aplicable y que la ejecución del laudo supondría el restablecimiento de ayudas estatales incompatibles con el derecho de la UE.⁶⁴

En criterio del TJUE, el hecho de que Rumanía hubiera otorgado su consentimiento al arbitraje antes de su adhesión a la UE no alteraba sus conclusiones, puesto que el sistema jurisdiccional europeo sustituyó al arbitral desde la incorporación de Rumanía a la UE. Por consiguiente, el consentimiento previamente otorgado para el arbitraje carecía de objeto y, por tanto, quedó sin efecto.⁶⁵

En paralelo al desarrollo de los procedimientos ante las instituciones de la UE, los inversionistas emprendieron acciones para ejecutar el laudo. En 2020, la Corte Suprema del Reino Unido autorizó su ejecución, al considerar que bajo el artículo 351 del TFUE⁶⁶ las obligaciones del Convenio CIADI eran anteriores a la adhesión del Reino Unido a la UE y, por tanto, tenían primacía sobre el derecho europeo.⁶⁷

⁶¹ Comisión Europea v. Ion Mícula et al., TJUE, sentencia del 25 de enero de 2022, 14-27.

⁶² El Tribunal General es el órgano competente para resolver los recursos de nulidad contra los actos de las instituciones de la UE. Sus sentencias pueden ser revisadas por el TJUE en caso de que exista un riesgo para la unidad o coherencia del ordenamiento jurídico comunitario. Véase: TFUE, artículo 256.

⁶³ Comisión Europea v. Ion Mícula et al., TJUE, sentencia del 25 de enero de 2022, 28-40, 156.

⁶⁴ *Id.*, 124-140.

⁶⁵ *Id.*, 145.

⁶⁶ El artículo 351 del TFUE salvaguarda las obligaciones internacionales preexistentes de los Estados miembros, al establecer que las disposiciones de los Tratados de la UE no afectarán a los derechos y obligaciones derivados de convenios celebrados con terceros Estados antes de su adhesión a la UE. Véase: TFUE, artículo 351.

⁶⁷ *Micula et al. v. Rumanía*, Corte Suprema del Reino Unido (Caso No. 2018/0177), sentencia del 19 de febrero de 2020. 58-118, <https://bit.ly/30axudq>; *Comisión Europea v. Reino Unido*, TJUE (Asunto No. C-516/22), sentencia del 14 de marzo de 2024, 32-35, <https://bit.ly/4eAYe1r>.

La Comisi6n Europea solicit6 al Tribunal de Justicia declarar que el Reino Unido haba incumplido sus obligaciones de cooperaci6n leal bajo el TFUE y el Acuerdo de Retirada de la UE, al no suspender la ejecuci6n del laudo. El TJUE acogi6 la solicitud al considerar que la decisi6n de autorizar la ejecuci6n del laudo era incompatible con el ordenamiento comunitario. Seg6n el Tribunal, la Corte Suprema brit6nica debi6 plantear una cuesti6n prejudicial, ya que el caso implicaba la interpretaci6n de la normativa europea y era objeto de un procedimiento judicial ante los tribunales europeos.⁶⁸

El TJUE rechaz6 la interpretaci6n de la Corte Suprema brit6nica sobre el art6culo 351 del TFUE. En criterio del Tribunal, este art6culo 6nicamente protege las obligaciones derivadas de tratados celebrados con terceros Estados antes de que los Estados miembros se adhirieran a la UE, pero no los convenios entre actuales Estados miembros. En el caso concreto, el Tribunal concluy6 que la controversia se limitaba a la obligaci6n del Reino Unido respecto a Suecia y sus nacionales. Por lo tanto, el asunto quedaba fuera del 6mbito de aplicaci6n del art6culo 351 del TFUE, pues se trataba exclusivamente de obligaciones entre Estados miembros.⁶⁹

4. Fundamentos de la objeci6n intra-UE

Una vez examinada la jurisprudencia del TJUE, corresponde analizar la objeci6n jurisdiccional alegada por los Estados miembros de la UE con el respaldo de la Comisi6n Europea en los arbitrajes intracomunitarios. Esta posici6n se basa en que los tribunales arbitrales pueden verse obligados a interpretar y aplicar el derecho comunitario, lo que interferir6a con la jurisdicci6n exclusiva del TJUE y pondr6a en riesgo la autonom6a del ordenamiento de la UE.

La objeci6n intra-UE no sigue un patr6n 6nico, sino que se articula de distintas formas seg6n c6mo se fundamente el alegato de la incompatibilidad del arbitraje de inversi6n con la normativa europea. A continuaci6n, pasaremos revista a los principales alegatos, incluidos aquellos espec6ficos bajo el TCE.⁷⁰

⁶⁸ Comisi6n Europea v. Reino Unido, TJUE (Asunto No. C-516/22), sentencia del 14 de marzo de 2024, 52-57 (solicitud de la Comisi6n) 97-98, 152-154 (decisi6n del TJUE).

⁶⁹ *Id.*, 73-88.

⁷⁰ La objeci6n intra-UE tambi6n ha jugado un papel importante en procedimientos judiciales para hacer frente al reconocimiento y ejecuci6n de laudos arbitrales intracomunitarios. V6ase, por ejemplo, los alegatos de Polonia sobre la invalidez del acuerdo arbitral en: Polonia v. PL Holding, Corte de Apelaciones de Estocolmo (Caso No. T 8538-17), sentencia del 22 de febrero de 2019, 207 y 209, <https://bit.ly/3CN5utY>. Si bien este tema excede el alcance del presente art6culo, conviene se6alar que en la UE hay consenso sobre el deber de los tribunales nacionales de denegar el reconocimiento y ejecuci6n de laudos intra-UE. En cambio, el tratamiento de estos laudos ha variado en jurisdicciones extracomunitarias pues sus tribunales no est6n sujetos a las disposiciones del derecho de la UE.

4.1. Invalidez de las cláusulas arbitrales

Los Estados sostienen que las cláusulas arbitrales intracomunitarias de los tratados bilaterales y multilaterales de inversión son incompatibles con el derecho de la UE ya que comprometen la autonomía, uniformidad y primacía del ordenamiento jurídico comunitario. En consecuencia, consideran que estas cláusulas carecen de validez.

En primer lugar, sostienen que las cláusulas contravienen los artículos 267 y 344 del TFUE, pues sustraen del sistema judicial europeo controversias que podrían requerir la interpretación del derecho comunitario. Además, sostienen que, en materias reguladas por la normativa europea (como la inversión extranjera directa), el derecho de la UE prevalece sobre otros tratados internacionales celebrados entre Estados miembros.⁷¹

En segundo lugar, alegan que las cláusulas arbitrales en los TBIs intra-UE violan la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad consagrada en el artículo 18 del TFUE. Por ejemplo, en virtud del TBI entre los Países Bajos y la República Checa, sólo los inversionistas holandeses pueden iniciar un arbitraje contra la República Checa, mientras que los inversionistas de otros Estados miembros de la UE no disponen de esta posibilidad al no contar con un TBI con dicho país.⁷² Ello constituye un trato discriminatorio prohibido por la normativa europea.

Finalmente, sostienen que las cláusulas arbitrales intra-UE vulneran el principio de confianza mutua que obliga a los Estados miembros a reconocer y garantizar la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario. Este principio requiere respetar la competencia exclusiva de los tribunales de la UE y abstenerse de someter controversias relacionadas con la aplicación del derecho comunitario a instancias externas al sistema jurisdiccional europeo.⁷³

4.2. Incompatibilidad bajo el marco de la Convención de Viena

Un fundamento adicional de la objeción jurisdiccional radica en el régimen de incompatibilidad bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena"). Los arbitrajes intracomunitarios implican la interacción de distintos instrumentos internacionales como los Tratados de Inversión y los Tratados constitutivos de la Unión Europea (TFUE y TUE), cuya interpretación y aplicación debe regirse por la Convención de Viena.

⁷¹ Al respecto, véase: *Strabag SE et al. v. República de Polonia*, CIADI (Caso No. ADHOC/15/1), Laudo Parcial de Jurisdicción del 4 de marzo de 2020, 8.5, 8.17, (alegatos de Polonia), 8.56-8.59 (alegatos de la Comisión), <https://bit.ly/3OpKtbn>; *Sevilla Beheer B.V. et al. v. Reino de España*, CIADI (Caso No. ARB/16/27), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios sobre la Cuantificación de Daños del 11 de febrero de 2022, 634, <https://bit.ly/419nglz>; Jed Odermatt, *International Law and the European Union* (Cambridge University Press, 2021), 191-194.

⁷² *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. República Checa*, SCC (Caso No. 088/2004), Laudo Parcial del 27 de marzo de 2007, 106-108, <https://bit.ly/3CJCeEB>.

⁷³ *Belenergija S.A. v. Italia*, CIADI (Caso No. ARB/15/40), Laudo del 28 de agosto de 2019, 188-190, <https://bit.ly/4eSEUwN>; *AES Solar et al. (PV Investors) v. Reino de España*, CNUDMI (Caso CPA No. 2012-14), Laudo Preliminar sobre Jurisdicción del 13 de octubre de 2014, 143, <https://bit.ly/3ZnQWtS>.

En este sentido, los Estados invocan la terminaci6n de los TBI intra-UE bajo el art6culo 59 de la Convenci6n de Viena. Seg6n esta disposici6n, un tratado se considerar6 terminado cuando las partes hayan celebrado uno posterior sobre la misma materia, siempre que: (i) exista tal incompatibilidad entre las disposiciones de ambos tratados que resulte imposible aplicarlos simult6neamente, o (ii) del nuevo tratado o de otras circunstancias se desprenda la intenci6n de las partes de regular la materia por este instrumento.⁷⁴

De acuerdo con el alegato de los Estados, los TBI y los Tratados de la UE (posteriores en el tiempo) regulan la misma materia, esto es la protecci6n de inversiones transfronterizas en el mercado europeo. Adem6s, se cumplen las dos condiciones alternativas del art6culo 59 de la Convenci6n de Viena. En primer lugar, ambos reg6menes jur6dicos, tal como lo ha se6alado el TJUE, son totalmente incompatibles y, por tanto, no pueden aplicarse simult6neamente. En segundo lugar, la intenci6n de regular las inversiones intra-UE 6nicamente por los Tratados de la UE se desprende de diversas acciones estatales como, por ejemplo, la firma del Acuerdo de Terminaci6n.⁷⁵ Cualquiera de estos fundamentos es suficiente para considerar por terminados los TBIs intra-UE.

Alternativamente, los Estados sostienen que existe una incompatibilidad parcial entre los TBI intra-UE y el ordenamiento jur6dico comunitario. A diferencia del art6culo 59 que regula la terminaci6n de los tratados, el art6culo 30(3) de la Convenci6n de Viena dispone que, cuando los Estados sean parte de tratados sucesivos sobre la misma materia y el anterior siga vigente, sus disposiciones solo ser6n aplicables en la medida en que sean compatibles con el tratado posterior.⁷⁶

Los Estados afirman que, de mantenerse vigentes los TBIs, sus cl6usulas arbitrales no deben aplicarse por ser incompatibles con el ordenamiento comunitario bajo el art6culo 30 de la Convenci6n de Viena. Seg6n la interpretaci6n vinculante del TJUE, estas cl6usulas contravienen los Tratados de la UE ya que permiten que 6rganos externos al sistema judicial europeo interpreten el derecho comunitario. Por tanto, los 6rbitros deben abstenerse de aplicarlas.⁷⁷

⁷⁴ Convenci6n de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, art6culo 59(1), <https://bit.ly/4eKLCp9>.

⁷⁵ V6ase: *Adria Group B.V. y Adria Group Holding B.V. v. Rep6blica de Croacia*, CIADI (Caso No. ARB/20/6), Decisi6n sobre la Objeci6n Jurisdiccional Intra-UE del 31 de octubre de 2023, 66 (alegato de Croacia), 156 (alegato de la Comisi6n), <https://bit.ly/3AY0laM>; *A11Y LTD. v. Rep6blica Checa*, CIADI (Caso No. UNCT/15/1), Decisi6n sobre la Jurisdicci6n del 9 de febrero de 2017, 152-156, <https://bit.ly/3AWIMAm>.

⁷⁶ Convenci6n de Viena, art6culo 30(3).

⁷⁷ *United Utilities (Tallinn) B.V. et al. v. Rep6blica de Estonia*, CIADI (Caso No. ARB/14/24), Laudo del 21 de junio de 2019, 505-506 (alegato de la Comisi6n), 507-511 (alegatos de Estonia), <https://bit.ly/499BhBm>; *Strabag SE et al. v. Polonia*, CIADI (Caso No. ADHOC/15/1), Laudo Parcial de Jurisdicci6n del 4 de marzo de 2020, 8.16-8.19 (alegatos de Polonia), y 8.71-8.72 (alegatos de la Comisi6n), <https://bit.ly/3OpKtbn>.

4.3. Alegatos complementarios bajo el TCE

En los arbitrajes intracomunitarios bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía (“TCE”), además de los alegatos sobre la incompatibilidad con el derecho comunitario, los Estados invocan la falta de diversidad territorial requerida por el TCE, la existencia de una cláusula de desconexión implícita y la prevalencia del ordenamiento jurídico comunitario bajo una interpretación sistemática del TCE.

4.3.1. Falta de diversidad territorial

Los Estados sostienen que los arbitrajes intra-UE bajo el TCE no cumplen con el requisito de diversidad territorial previsto en el artículo 26 del TCE y, por tanto, los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción.⁷⁸

El artículo 26 del TCE establece los mecanismos para la resolución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de otra, respecto a las inversiones realizadas por este último en el territorio de la primera. De acuerdo con el precitado artículo, el inversionista, en caso de no lograr una solución amistosa a su controversia, podrá presentar su reclamación ante los tribunales u órganos administrativos de la otra Parte Contratante, seguir el procedimiento previamente acordado, o acudir al arbitraje o conciliación internacional.⁷⁹

El alegato de la falta de diversidad territorial se fundamenta en el hecho de que tanto la UE como sus Estados miembros son Partes Contratantes del TCE. Así, en criterio de los Estados, los demandantes en arbitrajes intra-UE no pueden considerarse inversionistas de “otra” Parte Contratante pues sus inversiones se realizan dentro del territorio único europeo. Todo inversionista de un Estado miembro, al ser ciudadano de la UE, debe considerarse como inversionista de la UE, y cualquier inversión entre Estados miembros se entiende efectuada dentro del territorio único comunitario. Por tanto, afirman que no se cumple con el requisito de diversidad territorial exigido por el TCE.⁸⁰

⁷⁸ Para un examen de esta defensa, consúltese: Rafael Tamayo-Álvarez, “El derecho de los tratados en los arbitrajes inversor-Estado intra-Unión Europea,” en *Aportes iberoamericanos al derecho internacional*, eds. Ricardo Abelló et al. (Universidad del Rosario, 2022), § 35.

⁷⁹ Tratado sobre la Carta de la Energía, firmado el 17 de diciembre de 1994, artículo 26, <https://bit.ly/4g358Oq>.

⁸⁰ Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España, SCC (Caso No. V 062/2012), Laudo Final del 21 de enero de 2016, 427, <https://bit.ly/3V3tfUP>; STEAG GmbH v. Reino de España, CIADI (Caso No. ARB/15/4), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños del 08 de octubre de 2020, 170-176, <https://bit.ly/3Zrbvpm>.

4.3.2. Exclusi6n t6cita

Las cl6usulas de desconexi6n son disposiciones mediante las cuales los Estados miembros de la UE modifican o excluyen los efectos de un tratado multilateral en sus relaciones jur6dicas intra-UE. Estas cl6usulas operan como mecanismos de salvaguarda que “desconectan” la aplicaci6n del tratado entre Estados de la UE, mientras mantienen su aplicabilidad en las relaciones con terceros.⁸¹

En este sentido, los Estados alegan que su consentimiento arbitral debe interpretarse a la luz del contexto hist6rico de la negociaci6n del TCE. Este tratado fue concebido como un instrumento para atraer inversiones al sector energ6tico de los Estados que no formaban parte de la UE y, en ning6n momento, pretendi6 derogar la normativa europea. Por ello, afirman que el consentimiento arbitral se limit6 a disputas extracomunitarias y excluy6 t6citamente el arbitraje entre Estados miembros de la UE tanto m6s cuanto que el mismo es contrario al ordenamiento jur6dico comunitario.⁸²

4.3.3. Interpretaci6n sistem6tica

La prevalencia del ordenamiento jur6dico comunitario sobre el r6gimen internacional de protecci6n de inversiones no solo deriva de la naturaleza espec6fica de la normativa europea o de la incompatibilidad bajo la Convenci6n de Viena, sino que tambi6n se fundamenta en una interpretaci6n sistem6tica del texto del TCE. Para esto, en criterio de los Estados, es necesario examinar el art6culo 26 del TCE junto con las disposiciones sobre las Organizaciones Regionales de Integraci6n Econ6mica (ORIE).⁸³

El art6culo 1(3) del TCE define las ORIE como:

una organizaci6n constituida por Estados a la que 6stos han transferido competencias relativas a determinadas materias, algunas de las cuales est6n regulados por el presente Tratado, incluida la facultad de tomar decisiones vinculantes para dichos Estados con respecto a dichas materias.⁸⁴

La Uni6n Europea es una ORIE a la que sus Estados miembros le han transferido competencias en materia de protecci6n de inversiones. Sus decisiones son vinculantes para sus miembros. Por lo tanto, la oferta de arbitraje prevista en el art6culo 26 del TCE debe interpretarse de acuerdo con el ordenamiento jur6dico comunitario. De esta interpretaci6n se desprende que la oferta arbitral del art6culo 26 del TCE no puede aplicarse a controversias intra-UE, ya que dicho arbitraje es incompatible con el ordenamiento jur6dico de la UE.⁸⁵

⁸¹ Al respecto, v6ase: Tamayo-6lvarez, “El derecho de los tratados...”, § 35.

⁸² Eiser Infrastructure Limited y Energ6a Solar Luxembourg S.à r.l. v. Reino de Espa6a, CIADI (Caso No. ARB/13/36), Laudo Final del 4 de mayo de 2017, 167-169, <https://bit.ly/4i6WZdt>; Watkins Holdings S.à r.l. et al. v. Reino de Espa6a, CIADI (Caso No. ARB/15/44), Laudo del 21 de enero de 2020, 157-158, <https://bit.ly/4i85AfQ>.

⁸³ Watkins Holdings S.à r.l. et al. v. Reino de Espa6a, Laudo, 148-149.

⁸⁴ TCE, art6culo 1(3).

⁸⁵ Eskosol S.p.A. v. Italia, CIADI (Caso No. ARB/15/50), Decisi6n sobre la Solicitud de Terminaci6n y la Objeci6n Intra-UE del 7 de mayo de 2019, 86, <https://bit.ly/49b8Xim>.

5. Jurisprudencia arbitral

La jurisprudencia arbitral predominante se opone a la objeción intracomunitaria. No obstante, esta tendencia podría estar cambiando, ya que, según reportes recientes, dos tribunales arbitrales acogieron la objeción en octubre de 2024.⁸⁶ A continuación, examinaremos los fundamentos principales que han llevado a los tribunales a desestimar o a admitir esta objeción.

5.1. Decisiones desfavorables

La mayoría de los tribunales arbitrales rechazan la objeción intra-UE. En sus decisiones, los árbitros enfatizan la autonomía del derecho de inversiones frente al ordenamiento jurídico europeo y la compatibilidad entre los TBIs y los Tratados de la UE. Además, afirman que la membresía en la UE no priva a los inversionistas europeos de su nacionalidad ni excluye tácitamente las disposiciones del TCE. A continuación, explicaremos brevemente estos razonamientos, siguiendo la estructura del capítulo anterior.

5.1.1. Validez del acuerdo arbitral.

En criterio de diversos tribunales arbitrales el derecho internacional y el derecho de la UE operan como ordenamientos jurídicos independientes. Los TBIs se rigen por el derecho internacional público, mientras que el derecho de la UE actúa como un subsistema regional con características similares al ordenamiento jurídico nacional. Por consiguiente, la normativa europea no puede prevalecer sobre las obligaciones internacionales de sus Estados miembros, ni puede utilizarse para evadir las obligaciones internacionales.⁸⁷

Los árbitros, según este enfoque, deben decidir si el tribunal arbitral tiene jurisdicción exclusivamente bajo las disposiciones de los TBIs y los principios de derecho internacional. A tal efecto, su examen debe limitarse a determinar si el inversionista cumplió con los requisitos del TBI para aceptar la oferta arbitral contenida en dicho instrumento. De ser este el caso, existirá un acuerdo arbitral válido bajo el derecho internacional. En consecuencia, la jurisprudencia del TJUE no es relevante para el examen de la jurisdicción arbitral ya que su alcance se limita al ordenamiento jurídico comunitario y no al derecho internacional.⁸⁸

⁸⁶ Véase, sección 5.2.2, *infra*.

⁸⁷ Eskosol S.p.A. v. Italia, Decisión sobre la Solicitud de Terminación y la Objeción Intra-UE del 7 de mayo de 2019, 180-183; Mathias Kruck et al. v. Reino de España, CIADI (Caso No. ARB/15/23), Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios sobre Cuantificación de Daños del 14 de septiembre de 2022, 80-82, <https://bit.ly/4eLerFr>.

⁸⁸ Greentech Energy Systems A/S et al. v. Italia, SCC (Caso No. 2015/095), Laudo Final del 23 de diciembre de 2018, 397, <https://bit.ly/3ZoBuxB>; Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. et al. v. Reino de España, SCC (Caso No. 2015/150), Laudo Final del 14 de noviembre de 2018, 218-219, <https://bit.ly/4g0LZBI>.

Por otra parte, en procedimientos arbitrales bajo el Convenio CIADI los tribunales han se~alado que su jurisdicci6n emana directamente del TBI y del citado Convenio. Al respecto, afirman que el principio de irrevocabilidad del consentimiento consagrado en el Articulo 25(1) del Convenio CIADI impide a los Estados Contratantes revocar unilateralmente su consentimiento una vez que el inversionista ha iniciado el procedimiento arbitral bajo el TBI.⁸⁹

5.1.2. Compatibilidad bajo el marco de la Convenci6n de Viena

Los tribunales arbitrales suelen concluir que los TBIs y el derecho comunitario, regulan materias distintas y, por tanto, sus disposiciones coexisten en virtud de la Convenci6n de Viena. Por ejemplo, en *Adria v. Croacia*, el tribunal diferenci6 el TBI del TFUE, destacando que el primero proporciona protecciones especifcas a los inversionistas, mientras que el segundo regula la integraci6n econ6mica europea en su conjunto. En consecuencia, el tribunal concluy6 que no existia incompatibilidad entre ambos regimenes conforme a la Convenci6n de Viena.⁹⁰

La jurisprudencia arbitral tambi6n ha rechazado el argumento de terminaci6n autom6tica de los TBIs tras la adhesi6n de Estados a la UE. Segun los 6rbitros, la terminaci6n solo ocurri6 con el Acuerdo de Terminaci6n de 2021, ya que "no se puede terminar algo que ya estaba terminado."⁹¹

5.1.3. TCE

Al igual que como ocurre con el alegato de incompatibilidad, los tribunales arbitrales suelen desestimar las defensas de falta de diversidad territorial, la existencia de una cl6usula de desconexi6n impl6cita y la prevalencia del ordenamiento jur6dico comunitario bajo una interpretaci6n sistem6tica del TCE.

5.1.3.1. Diversidad territorial

La naturaleza intracomunitaria de una controversia, en criterio de los tribunales arbitrales, no elimina por s6 misma la diversidad territorial exigida por el TCE. El hecho de que la demarcaci6n de la UE comprenda los territorios de sus Estados miembros no implica que cada uno de estos Estados carezca de su propio territorio en el sentido

⁸⁹ Por ejemplo, v6ase: *Marfin Investment Group et al. v. La Republi6ca de Chile*, CIADI (Caso ARB/13/27), Laudo del 26 de julio de 2018, 592-593, <https://bit.ly/4g7vm2l>. Al respecto, v6ase: Szil6rd G6sp6r-Szil6gyi y Maxim Usynin, "The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment," *European Investment Law and Arbitration Review* 4, No. 1 (2019), 40-42.

⁹⁰ *Adria Group B.V. et al. v. Croacia*, Decisi6n sobre la Objeci6n Jurisdiccional Intra-UE, 170-177.

⁹¹ *Id.*, 161.

del TCE. Así, el requisito de diversidad territorial del artículo 26(1) del TCE se satisface cuando existe una distinción entre el Estado demandado y el Estado de origen del inversionista, independientemente de que ambos países pertenezcan a la UE.⁹²

Los tribunales reconocen que el término “territorio” bajo el TCE tiene dos acepciones: (i) una relacionada con los Estados que son Partes Contratantes, referida al “territorio sobre el cual ejercen su soberanía”, y (ii) otra vinculada a Organizaciones Regionales de Integración Económica como la UE según la cual el territorio “abarca los territorios de los Estados miembros de dicha organización”.⁹³ No obstante, concluyen que estos conceptos no son mutuamente excluyentes, puesto que el sentido ordinario del término “territorio” no elimina el elemento de extranjería cuando se está en presencia de arbitrajes intracomunitarios.⁹⁴

En consecuencia, reafirman que la pertenencia a la UE no priva al inversionista de un Estado miembro de su nacionalidad para efectos de determinar su origen territorial y el elemento de extranjería frente al Estado receptor. Aunque la UE sea parte contratante del TCE, los Estados miembros conservan su condición de partes contratantes independientes y mantienen plena capacidad procesal para ser sujetos pasivos en controversias bajo dicho tratado.⁹⁵

5.1.3.2. Ausencia de cláusula de desconexión

Los tribunales rechazan el alegato de la cláusula de desconexión implícita sobre la base del principio *pacta sunt servanda* según el cual los tratados deben cumplirse de buena fe por las partes que los han suscrito. En su criterio, si las partes hubieran querido excluir del artículo 26 del TCE los arbitrajes intracomunitarios, lo habrían pactado de manera expresa o habrían formulado una reserva específica sobre tal punto. Además, consideran que nada del texto del TCE permite concluir que las partes desearon excluir su aplicación en el ámbito intracomunitario.⁹⁶

Si bien es cierto que las circunstancias de negociación de un tratado pueden tomarse en cuenta como un medio complementario de interpretación, los tribunales estiman que el sentido del artículo 26 del TCE es claro y no conduce a un resultado absurdo que amerite recurrir a tales medios.⁹⁷ Asimismo, advierten que los trabajos prepara-

⁹² Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. v. Reino de España, SCC, Laudo Final del 21 de enero de 2016, 428-432.

⁹³ TCE, artículo 1(10)(a) y 1(10) aparte único; InfraRed Environmental et al. v. Reino de España, CIADI (Caso No. ARB/14/12), Laudo del 2 de agosto de 2019, 263, <https://bit.ly/3ZnLXJw>.

⁹⁴ InfraRed Environmental et al. v. Reino de España, Laudo del 2 de agosto de 2019, 263. Véase también: Tamayo-Álvarez, “El derecho de los tratados...”, § 35.

⁹⁵ STEAG GmbH v. Reino de España, CIADI, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños del 08 de octubre de 2020, 244-246; Isolux Netherlands, BV v. Reino de España, SCC (Caso No. V2013/153), Laudo Final del 12 de julio de 2016, 633-636, <https://bit.ly/3Z6mvaf>.

⁹⁶ RREEF Infrastructure et al. v. Reino de España, CIADI (Caso No. ARB/13/30), Decisión sobre Jurisdicción del 6 de junio de 2016, 85, <https://bit.ly/3Z5beH5>; STEAG GmbH v. Reino de España, CIADI, Decisión sobre Jurisdicción..., 250-253.

⁹⁷ Eskosol S.p.A. v. Italia, Decisión sobre la Solicitud de Terminación y la Objeción Intra-UE del 7 de mayo de 2019, 103.

torios del TCE revelan que la UE negoci6 la inclusi6n de una cl6usula de desconexi6n para excluir las relaciones intracomunitarias del 6mbito de aplicaci6n del tratado, pero finalmente desisti6 de tal iniciativa.⁹⁸

5.1.3.3. Interpretaci6n sistem6tica

La jurisprudencia arbitral reconoce que la definici6n de ORIE en el TCE contempla la posibilidad de que los Estados transfieran competencias y que la organizaci6n adopte decisiones vinculantes para sus miembros. Sin embargo, estima que la definici6n es abstracta y no define su alcance especifiko. En consecuencia, considera que esta disposici6n debe interpretarse en conjunto con las dem6s disposiciones del TCE.⁹⁹

Al efectuar tal interpretaci6n, la mayorfa de los tribunales arbitrales afirman que no existen elementos para concluir la existencia de un entendimiento com6n entre las Partes Contratantes sobre la exclusi6n de las obligaciones sustantivas y adjetivas del Tratado en las relaciones intra-UE. En este sentido, subrayan que si las Partes Contratantes hubiesen querido prever una exclusi6n de tal envergadura, lo hubiesen establecido expresamente en el texto del tratado.¹⁰⁰

Adem6s, consideran relevante que ni los Estados miembros ni la UE, en su condici6n de Partes Contratantes independientes del TCE, formularon reservas sobre el arbitraje intracomunitario ni incluyeron cl6usulas de desconexi6n para sus relaciones internas. Todos estos elementos, en su criterio, conducen a la conclusi6n de que las obligaciones del TCE mantienen su plena validez y aplicabilidad en el 6mbito intra-UE.¹⁰¹

5.2. Decisiones favorables

El tribunal arbitral en el caso *Green Power Partners v. Espa1a* acept6 la objeci6n jurisdiccional intra-UE en 2022, siendo, hasta octubre de 2024, el 6nico precedente conocido en esta direcci6n.¹⁰² No obstante, seg6n una nota de prensa emitida por el gobierno espa1ol, dos tribunales CIADI dictaron decisiones similares recientemente.¹⁰³ A continuaci6n, analizaremos el razonamiento del caso *Green Power* y la informaci6n disponible sobre estas nuevas decisiones.

⁹⁸ *Vattenfall AB et al. v. Rep6blica Federal Alemana*, CIADI (Caso No. ARB/12/12), Decisi6n sobre la Cuesti6n de Achmea del 31 de agosto de 2018, 204-206, <https://bit.ly/3V6UaPC>.

⁹⁹ *Eskosol S.p.A. v. Italia*, Decisi6n sobre la Solicitud de Terminaci6n y la Objeci6n Intra-UE del 7 de mayo de 2019, 87-88.

¹⁰⁰ *Id.*, 87; *Vattenfall AB et al. v. Rep6blica Federal Alemana*, CIADI, Decisi6n sobre la Cuesti6n de Achmea del 31 de agosto de 2018, 180.

¹⁰¹ *Blusun, S.A. et al. v. Italia*, CIADI (Caso No. ARB/14/3), Laudo del 27 de diciembre de 2016, 282-283, <https://bit.ly/4fMrT9F>.

¹⁰² *Green Power Partners K/S et al. v. Reino de Espa1a*, SCC (Caso No. V 2016/135), Laudo del 16 de junio de 2022, <https://bit.ly/3V4xEao>.

¹⁰³ Vicepresidencia Tercera del Gobierno de Espa1a, "Espa1a gana dos laudos de energfas renovables por falta de jurisdicci6n de los tribunales arbitrales," comunicado de prensa, 14 de octubre de 2024, <https://bit.ly/410d2nr>.

5.2.1. Green Power Partners

El caso *Green Power Partners v. España* se originó cuando un grupo de inversionistas daneses incoó un procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio de Estocolmo contra España, reclamando daños derivados de los cambios en el régimen español de energías renovables.¹⁰⁴ La demandada alegó, entre otras defensas, la ausencia de diversidad territorial y la inaplicabilidad del artículo 26 del TCE a disputas intracomunitarias en virtud de la primacía del derecho comunitario.¹⁰⁵

El tribunal rechazó la primera defensa al determinar que la pertenencia a la UE no alteraba la condición de España y Dinamarca como Partes Contratantes del TCE.¹⁰⁶ No obstante, aceptó la segunda objeción al concluir que el artículo 26 del TCE no contiene una oferta válida de arbitraje para disputas intra-UE a la luz del ordenamiento jurídico europeo.¹⁰⁷

A diferencia de la mayoría de las decisiones arbitrales citadas en la sección anterior, el tribunal concluyó que la jurisdicción arbitral debía decidirse conforme al derecho comunitario. Esta conclusión se basó en la *lex fori* y en una interpretación sistemática del TCE.

En primer lugar, el tribunal destacó que la sede arbitral era Estocolmo lo que necesariamente implicaba la aplicación del derecho comunitario pues este forma parte del ordenamiento jurídico sueco.¹⁰⁸

En segundo lugar, el tribunal resaltó que el artículo 1(3) del TCE permite a los Estados agruparse en Organizaciones Regionales de Integración Económica (como, por ejemplo, la UE) y transferirle competencias a dichas ORIE. Estas organizaciones pueden, además, dictar disposiciones vinculantes para sus miembros sobre las materias que le han delegado. En el caso concreto, el tribunal señaló que la UE por medio de sus Tratados constitutivos dispuso la jurisdicción exclusiva de los tribunales europeos en los asuntos que involucran el derecho comunitario.

En criterio del tribunal, las relaciones entre los Estados de la UE como España (Estado receptor), Dinamarca (Estado de origen de los inversores) y Suecia (sede del arbitraje) se rigen por los Tratados constitutivos de la UE y, por tanto, sus disposiciones deben ser tomadas en cuenta al momento de evaluar la validez de cualquier oferta

¹⁰⁴ *Green Power Partners K/S et al. v. Reino de España*, Laudo del 16 de junio de 2022, 445, 456-459, 493. Para un resumen de la sentencia, véase: Björn Ebert y Mathilde Raynal, "Note: SCC Case – 2016/135: SCC Tribunal declines jurisdiction in ECT arbitration based on intra-EU objection...", *German Arbitration Journal* 20, No. 6 (2022), 342 – 344; Anqi Wang, "ECT tribunal upholds intra-EU treaty jurisdictional objection for the first time," *Investment Treaty News*, 7 de octubre de 2022, <https://bit.ly/4i9pkjx>.

¹⁰⁵ *Green Power Partners K/S et al. v. España*, Laudo del 16 de junio de 2022, 120-122.

¹⁰⁶ *Id.*, 185-195.

¹⁰⁷ *Id.*, 456-459.

¹⁰⁸ *Id.*, 157-171.

arbitral.¹⁰⁹ En este sentido, el tribunal analizó la jurisprudencia del TJUE en los casos *Achmea*, *Komstroy* y *PL Holdings*, destacando la incompatibilidad de las cláusulas arbitrales intra-UE con el derecho comunitario. Sobre esta base, concluyó que el artículo 26 del TCE no contiene una oferta válida de arbitraje para controversias intra-UE y, en consecuencia, declinó su jurisdicción.¹¹⁰

5.2.2. Decisiones recientes

El 11 de octubre de 2024, los tribunales arbitrales CIADI en los casos *European Solar Farms A/S (ESF) v. España*, y *Sapex v. España* acogieron la objeción intra-UE en procedimientos bajo el TCE.¹¹¹ Esta es la primera vez que tribunales CIADI declinan su jurisdicción en controversias intra-UE.

A la fecha de este artículo, las decisiones aún no han sido publicadas, sino únicamente reseñadas en un comunicado del gobierno español. Según se informa, los laudos adoptaron la interpretación de España sobre el TCE, conforme a la cual la participación de la UE como Parte Contratante del TCE incorporó la primacía del derecho europeo en aquellas competencias que le transfirieron los Estados miembros.¹¹²

La prensa ha informado que si bien los árbitros reconocieron que bajo una interpretación literal del artículo 26(3) podía pensarse que España y la UE otorgaron un consentimiento incondicional para someter a arbitraje las controversias de inversión, dicho artículo debe interpretarse tomando en cuenta su contexto, así como como el objeto y fin del TCE.¹¹³

En este sentido, los tribunales examinaron la definición de Organizaciones Regionales de Integración Económica -como la Unión Europea- contenida en el artículo 1(3) TCE. Esta disposición, como hemos señalado, establece que las ORIE pueden adoptar decisiones vinculantes en aquellas materias que los Estados miembros les hayan transferido. En criterio de los árbitros, la definición de ORIE implica que el tribunal arbitral no tiene jurisdicción sobre los Estados miembros en las materias transferidas a la UE. En consecuencia, luego de constatar que la controversia versaba precisamente sobre estas materias, el tribunal declaró su falta de jurisdicción.¹¹⁴

¹⁰⁹ *Id.*, 350-355.

¹¹⁰ *Id.*, 422-426, 432, 456-467, 468, 476-477, 493.

¹¹¹ Vicepresidencia Tercera del Gobierno de España, "España gana dos laudos de energías renovables por falta de jurisdicción de los tribunales arbitrales," comunicado de prensa, 14 de octubre de 2024, <https://bit.ly/410d2nr>.

¹¹² *Id.*, 1.

¹¹³ Lisa Bohmer, "Revealed: Unpacking the reasons why two ICSID tribunal majorities upheld Spain's intra-EU jurisdictional objection under the Energy Charter Treaty," *Investment Arbitration Reporter*, 17 de octubre de 2024, 1, <https://bit.ly/3ZmndRM>.

¹¹⁴ Bohmer, "Revealed: Unpacking the reasons why two ICSID tribunal majorities...", 1; TCE, artículo 1(3).

CONCLUSIONES

El futuro del arbitraje de inversión intra-UE es incierto. La coexistencia de los regímenes de protección de inversiones de los países de la UE y el ordenamiento jurídico comunitario ha suscitado importantes tensiones. Los Estados sostienen que las controversias vinculadas a la aplicación del derecho comunitario deben dirimirse exclusivamente ante el sistema jurisdiccional europeo, mientras que los inversionistas acuden a la jurisdicción arbitral basándose en las cláusulas de resolución de disputas de los TBIs y el TCE.

La sentencia *Achmea* del Tribunal de Justicia de la UE marcó un punto de inflexión al establecer la incompatibilidad de las cláusulas arbitrales de los TBIs intra-UE con el derecho comunitario. Esta decisión, lejos de ser un pronunciamiento aislado, dio lugar a una serie de sentencias que extendieron sus efectos al TCE, a los acuerdos arbitrales *ad hoc* y a la ejecución de laudos CIADI.

Los Estados objetan la jurisdicción de los tribunales arbitrales intra-UE sobre la base de que cualquier interpretación del derecho comunitario por parte de los árbitros compromete la autonomía y la uniformidad de dicho ordenamiento. Esta objeción se materializa mediante argumentos que van desde la invalidez de las cláusulas arbitrales y la terminación de los TBIs conforme a la Convención de Viena, hasta la primacía del derecho comunitario y la falta de diversidad territorial exigida por el TCE.

La jurisprudencia arbitral mayoritaria ha rechazado la objeción intra-UE, amparándose en la autonomía del derecho de inversiones, su compatibilidad con el ordenamiento europeo, el principio *pacta sunt servanda* y la ausencia de cláusulas de desconexión en el TCE. No obstante, este patrón podría estar cambiando ya que recientemente se han reportado decisiones de tribunales CIADI que han acogido la objeción.

BIBLIOGRAFÍA

- Anderer, Carrie. "Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty." *Brooklyn Journal of International Law* 35, No. 3 (2010): 851-882. <https://bit.ly/4fKlRpM>.
- Ankersmit, Laurens. "Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?." *Investment Treaty News*, 24 de abril de 2018. <https://bit.ly/4fOLDcz>.
- Bohmer, Lisa. "Revealed: Unpacking the reasons why two ICSID tribunal majorities upheld Spain's intra-EU jurisdictional objection under the Energy Charter Treaty." *Investment Arbitration Reporter*. 17 de octubre de 2024. <https://bit.ly/3ZmndRM>.
- Borchardt, Klaus-Dieter. *El ABC del Derecho de la Unión Europea*. Comisión Europea, 2017.

- Dobrijević, Stefan. "Investment Arbitration, The European Court of Justice on Investment Arbitrations after Achmea: Last Nails in the Coffin of Intra-EU Investment Arbitrations?." En *Austrian Yearbook on International Arbitration*, editado por Christian Klausegger et al. Kluwer Law, 2023.
- Ebert, Björn, y Mathilde Raynal. "Note: SCC Case – 2016/135: SCC Tribunal declines jurisdiction in ECT arbitration based on intra-EU objection in Green Power v. Spain, 2016/135, 16 June 2022." *German Arbitration Journal* 20, No. 6 (2022): 342 - 344.
- Gáspár-Szilágyi, Szilárd, y Maxim Usynin. "The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment." *European Investment Law and Arbitration Review* 4, No. 1 (2019): 29-65.
- Montanaro, Francesco. *The European Union and International Investment Law: The Two Dimensions of an Uneasy Relationship*. Bloomsbury, 2023.
- Odermatt, Jed. *International Law and the European Union*. Cambridge University Press, 2021.
- Olivet, Cecilia. *A Test for European solidarity: The case of intra-EU Bilateral Investment Treaties*. Transnational Institute, 2013. <https://bit.ly/3OnwvH9>.
- Reinisch, August, y Johannes Tropper. "Investment Arbitration, The Termination Agreement of intra-EU BITs." En *Austrian Yearbook on International Arbitration*, editado por Christian Klausegger et al. Kluwer Law, 2022.
- Stein, Erica, y Quentin Muron. "Komstroy, PL Holdings, Micula: closing the door to intra-EU investment arbitration – again?." *Belgian Review of Arbitration*, editado por Caroline Verbruggen et al. Wolters Kluwer, 2022.
- Talus, Kim, y Katariina Särkännö, "Achmea, the ECT and the Impact on Energy Investments in the EU." En *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, editado por Ana Stanić y Crina Baltag. Kluwer Law International, 2020.
- Tamayo-Álvarez, Rafael. "El derecho de los tratados en los arbitrajes inversor-Estado intra-Uni6n Europea." En *Aportes iberoamericanos al derecho internacional*, editado por Ricardo Abell6 et al. Universidad del Rosario, 2022.
- Timmermans, Christiaan. "The Genesis and Development of the European Communities and the European Union." En *The Law of the European Union and the European Communities*, editado por Paul Kaptey et al., 5ta ed. Wolters Kluwer, 2018.
- Triantafilou, Epaminontas, y David Puzsai. "Achmea, Investment Treaty Arbitration, Public International Law and EU Law: The Way Forward." En *The Future of Investment Treaty Arbitration in the EU*, editado por Ana Stanić y Crina Baltag. Kluwer Law International, 2020.
- Wang, Anqi. "ECT tribunal upholds intra-EU treaty jurisdictional objection for the first time." *Investment Treaty News*. 7 de octubre de 2022. <https://bit.ly/4i9pkjx>.

Comportamiento (in)correcto en el arbitraje y tácticas de guerrilla: un análisis aproximativo

Jorge I. González Carvajal*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 109-159

Resumen: El presente artículo tiene como propósito aproximarnos al estudio desde una perspectiva descriptiva del fenómeno del comportamiento correcto en el arbitraje y de lo que se conoce o denomina en este contexto como tácticas de guerrilla, así como aproximarnos a posibles soluciones a problemas que el fenómeno produce desde una perspectiva especulativa. A lo largo del estudio hemos podido hallar que la naturaleza contractual del acuerdo y del conjunto de contratos derivados (nudo de contratos) permiten identificar obligaciones contractuales (con vocación procesal) para los intervinientes, que imponen obligaciones de conducta (e incluso deberes para terceros), las cuales son complementadas o integradas, en caso de ausencia de soluciones normativas expresas, con la *lex proceduralia* que se desprende de instrumentos de *soft law*.

Palabras clave: táctica de guerrilla, arbitraje, buena fe

(In)correct Behavior in Arbitration and Guerrilla Tactics: An Approximate Analysis

Abstract: *The purpose of this essay is to approach the study from a descriptive perspective of the phenomenon of correct behavior in arbitration and what is known or called in this context as guerrilla tactics, as well as to approach possible solutions from a speculative perspective to problems that the phenomenon produces. Throughout the study we have been able to find that the contractual nature of the arbitration agreement and the set of derived contracts (node of contracts) allow to identify contractual obligations (with a procedural vocation) for the participants, which impose obligations of conduct (and even duties for third parties), which are complemented or integrated, in the absence of express normative solutions, with the *lex proceduralia* that emerges from soft law instruments. This is supported by the regulations of each State and even supported by international conventions, which recognize the procedural effectiveness of the arbitration agreement.*

Keywords: *guerrilla tactics, arbitration, good faith.*

Autor invitado

* Universidad Nacional de Rosario, Argentina: Doctor en Derecho *suma cum laude* y Magíster en Derecho Procesal. Abogado en Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), y en México, revalidación CENEVAL-SEP sobresaliente. Especialista en Derecho Procesal (UCAB) y Profesor de contratos y garantías (UCAB). Universidad de Padua, Italia, *visiting scholar*. Universidad Central de Venezuela, Profesor de Procedimiento Marítimo. Árbitro incorporado a las listas de árbitros de diversas instituciones arbitrales.

Comportamiento (in)correcto en el arbitraje y tácticas de guerrilla: un análisis aproximativo*

Jorge I. González Carvajal**

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 109-159

"Arbitrators, arbitral institutions, parties and counsel vie for vast sums of money. Whenever money is at stake, there is potential for misbehavior".

Richard M. Mosk

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. De los comportamientos incorrectos a las tácticas de guerrilla. 2. Arbitraje, nudo de contratos y tácticas de guerrilla. 3. El acuerdo de arbitraje (y el nudo de contratos) como factor relevante en la determinación de las conductas correctas en el procedimiento arbitral. 4. El comportamiento de los representantes de parte. 5. El comportamiento de los árbitros, instituciones arbitrales, expertos/testigos y otros intervinientes. 5.1. *Comportamiento de los árbitros*. 5.2. *Comportamiento de las instituciones o centros de arbitraje*. 5.3. *Comportamiento de los testigos y/o expertos*. 5.4. *Comportamiento de otros sujetos*. 6. Obligaciones de comportamiento dentro de un arbitraje. 7. Frente a las inconductas arbitrales ¿Prevenir o sancionar? CONCLUSIONES

* Abreviaciones utilizadas en este trabajo: AAA: Asociación Americana de Arbitraje; AAA/CIRD: Centro Internacional de Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje; ABA/AAA: *American Bar Association/American Arbitration Association*; AIAC: *Asian International Arbitration Centre*; Art.: Artículo; Arts.: Artículos; CACC: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas; CAMéx: Centro de Arbitraje de México; CCA: Colegio de Árbitros Comerciales; CAS: Corte de Arbitraje de Suiza; CCI: Cámara de Comercio Internacional; CEA: Club Español del Arbitraje o Club Español e Iberoamericano del Arbitraje; CEDCA: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Venezolano Americana; CIAC: Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial; CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; CIAM-CIAR: Centro Internacional de Arbitraje de Madrid – Centro Iberoamericano de Arbitraje; CIArb: *Chartered Institute of Arbitrators*; CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; CPR: *International Institute for Conflict Prevention and Resolution*; HKIAC: *Hong Kong International Arbitration Centre*; IBA: *International Bar Association*; ICCA: *International Council for Commercial Arbitration*; LCIA: *London Court of International Arbitration*; Reg.: Reglamento de Arbitraje; SCC: *Stockholm Chamber of Commerce*; SCIA: *Shenzhen Court of International Arbitration*; SIAC: *Singapore International Arbitration Centre*; TAB: Tribunal Arbitral de Barcelona; VIAC: *Vienna International Arbitration Centre*.

** Universidad Nacional de Rosario, Argentina: Doctor en Derecho *summa cum laude* y Magíster en Derecho Procesal. Abogado en Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), y en México, revalidación CENEVAL-SEP sobresaliente. Especialista en Derecho Procesal (UCAB) y Profesor de contratos y garantías (UCAB). Universidad de Padua, Italia, *visiting scholar*. Universidad Central de Venezuela, Profesor de Procedimiento Marítimo. Árbitro incorporado a las listas de árbitros de diversas instituciones arbitrales.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje, al igual que el proceso judicial, es en esencia un mecanismo de heterocomposición. Una de las diferencias que existen entre ellos, es que aquel método de resolución de controversias parte de un principio de autocomposición¹: el acuerdo de arbitraje.

Vale decir, las partes están de acuerdo en resolver la controversia a través de un mecanismo de adjudicación, que se caracteriza por la posibilidad de elección de las personas -y/o los métodos para que se seleccionen a las personas- que juzgarán sus pretensiones y/o defensas, además de las normas que regularán ese procedimiento y las que serán aplicables al mérito, computando una serie de ventajas², como mecanismo de resolución de controversias.

La elección comúnmente implica la escogencia por referencia de las reglas de arbitraje de una institución arbitral³, autorizada para administrar o gestionar el arbitraje, con diferentes niveles de participación dependiendo tanto de la sede del arbitraje como de las normas de dicha institución.

Los árbitros ejercen función jurisdiccional de carácter privado⁴, o, dicho de otra manera, el arbitraje es un proceso privado⁵.

¹ V. Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 496.

² V. Caivano, Roque J., *Arbitraje*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 33 y 34. Asimismo, Morello, Augusto M., *Lectura procesal de temas sustanciales*, Platense, La Plata, 2000, pp. 242 ss.

³ Así lo establece el artículo 2, d) y e) de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional el 21 de junio de 1985: "A los efectos de la presente Ley: ... d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión; e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado...". En este mismo sentido, por ejemplo, puede consultarse lo establecido en el artículo 7 Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Argentina (2008): "A los efectos de la presente ley: ... d) Cuando una disposición de la presente ley, excepto el Capítulo 1 del Título VII, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión; e) Cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado...". EN EL MISMO SENTIDO, EL artículo 1417 del Código de Comercio de México reza: "Cuando una disposición del presente título: I. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte la decisión de que se trate, excepto en los casos previstos en el artículo 1445; II. Se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje a que dicho acuerdo, en su caso, remita...". V. Instituto Mexicano de Arbitraje, *Legislación Mexicana de Arbitraje Comercial Comentada*, Porrúa, México, 2015, p. 27; asimismo la *Singapore Arbitration Act (2001)*, en su sección 2, establece: "(2) *Where any provision in this Act allows the parties to determine any issue, the parties may authorise a third party, including an arbitral institution, to make that determination. (3) Where any provision in this Act refers to the fact that the parties have agreed or that they may agree or in any other way refers to an agreement of the parties, such agreement includes any arbitration rules incorporated in that agreement*".

⁴ Como señala Alvarado Velloso, Adolfo, op. cit., p. 497: "el arbitraje implica siempre un proceso desarrollado y resuelto por particulares...". En el mismo sentido, T. Clay opina: "... el árbitro concentra aún más los componentes contractuales y jurisdiccionales de la institución en la cual desempeña su función, porque la dimensión abstracta del arbitraje se concreta en la persona del árbitro, que es un juez designado mediante contrato". Cf. Clay, Thomas, *El árbitro*, Trad. C. Cáceres, Universidad Javeriana-Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 20.

⁵ Al aprobarse la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje

En efecto, Couture define al juicio arbitral como “proceso que, por ministerio de la ley o por convención de las partes, no se dirime ante los órganos de la jurisdicción del Estado sino ante árbitros”⁶.

De manera que, siendo un proceso privado, puede sostenerse, siguiendo a Alvarado Velloso, que el arbitraje-proceso es un método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuado en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad⁷; tercero que tiene además el carácter de imparcial e independiente (*terzietà*⁸), quien decidirá con vocación definitiva a cuál de las partes corresponde la razón.

En el proceso arbitral, a esa decisión se le denomina laudo⁹.

El laudo resuelve un litigio entre dos partes en igualdad de condición jurídica como resultado de un proceso que permite a cada una de ellas de ser escuchadas, de presentar sus argumentos de hecho, sus pruebas, su posición jurídica y de ejercer su defensa¹⁰.

En este enfrentamiento entre partes, divididas, es la fuerza de la razón y no la razón de la fuerza, la que determina quién es vencedor. Y para determinar quién tiene razón, precisamente se crea el debate y la posibilidad de que cada parte presente su caso y compruebe sus afirmaciones¹¹.

Comercial Internacional el 21 de junio de 1985, uno de sus propósitos fue lograr la uniformidad del derecho procesal arbitral y de la práctica del arbitraje comercial internacional (v. Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, n.º 1). De hecho, mediante resolución n.º 40/72 de 11 de diciembre de 1985 la Asamblea General de la Naciones Unidas recomendó “... que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional”.

⁶ Cf. Couture, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 359.

⁷ V. Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 66. Hagáse la salvedad que la expresión “autoridad” es especialmente sensible en México, pues una de las razones para excluir la impugnabilidad de las decisiones mediante el amparo, es que el árbitro no es considerado “autoridad”. V. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 5ª ed., Porrúa, México, 2018, pp. 958 y 959. Naturalmente, la expresión utilizada en el texto principal tiene una connotación de “actividad” que puede imponerse de manera obligatoria a otros y no en el sentido técnico utilizado en el sistema mexicano. Sobre la noción de autoridad en el juicio de amparo en México véase Ortiz Bahena, Emilio Nicolas, *Los principios generales que rigen el juicio de amparo*, 2ª ed., Porrúa, México, 2023, pp. 21 ss. Asimismo, Chávez Castillo, Raúl, *Nuevo juicio de amparo*, 22ª ed., Porrúa, México, 2024, pp. 1 ss.

⁸ V. Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 2ª ed., II, Giappichelli, Turín, 2012, p. 237.

⁹ Tal como señala Zuleta, Eduardo, *El concepto de laudo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012, p. xi, la palabra laudo es un significante al que no es posible asignar un significado unívoco, sin embargo, uno de sus significados más relevante es el de denotar al fenómeno del dictado o pronunciamiento de una decisión o providencia con carácter final y vinculante, por medio de la cual se resuelve la controversia sometida a arbitraje mediante el acuerdo de arbitraje.

¹⁰ V. Vidal, Dominique, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, París, 2012, p. 21.

¹¹ Sobre esta perspectiva ontológica del proceso véase Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 307. Como tal, el proceso es un enfrentamiento o una contienda jurídica, respecto de un bien de la vida, que pone a al menos dos sujetos en posiciones divergentes, de ahí el término “partes”, como división de lo que una vez fue una unidad, unión o armonía. Al respecto el autor señala que: “... el arbitraje (o el arbitramento) es un modo de heterocomposición de litigios que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega sólo si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, por la cual aceptan plantear su litigio al árbitro (o al arbitrador) y, eventualmente, acatar su decisión. De tal modo, el arbitraje implica siempre un proceso desarrollado y resuelto por particulares que, como método de debate, presenta inherentes ventajas respecto del proceso judicial...”. pp. 496 y 497.

Así, las reglas procedimentales, que en el arbitraje presentan gran flexibilidad, permiten que la serie de actos, que van desde la iniciación hasta la decisión, formen la estructura de un proceso y con ello satisfaga la exigencia universal de un debido proceso¹².

Sin embargo, esas reglas no sólo deben estar referidas a la organización de trámite del procedimiento, sino también a la sustancia ética de la conducta o comportamiento que deben observar los participantes durante dicho tránsito procedimental, pues los propios sujetos pueden frustrar la eficacia y resultado del procedimiento, es decir, que se arribe a la solución, o, en otras palabras, que se tire por tierra la finalidad del método: Resolución de disputas de manera justa y efectiva.

La identificación de las normas sobre el comportamiento de los intervinientes genera problemas y dificultades¹³, como por ejemplo, la dificultad en determinar qué normas aplicar a la conducta de las partes o representantes (p. ej. la heterogeneidad de posibles reglas o normas aplicables a actores diversos y provenientes de culturas variadas), las dificultades propias de la vaguedad y ambigüedad de los términos que se emplean para calificar a una conducta procesal como correcta o adecuada en un contexto de lucha o enfrentamiento (p. ej., buena fe, lealtad, probidad, etc.), o la naturaleza diversa de los tipos de normas aplicables a una conducta (sea por materia v. gr., disciplinaria, penal, civil, arbitral, por territorio u otros factores de conexión), etc.

No hay dudas de que un ideal de comportamiento en el proceso arbitral debe existir, lo cual dependerá del sujeto de que se trate; de los árbitros, se espera independencia, imparcialidad, diligencia, lealtad y ciencia; de los abogados y representantes lealtad, probidad, buena fe, colaboración; de los expertos, objetividad, buena fe, colaboración; de otros terceros, respetar la función y finalidad del proceso arbitral.

No son poco comunes las conductas cuestionables que pueden entrar en contradicción con estos ideales de comportamiento¹⁴, siendo las partes y/o sus abogados o sus patrocinantes los primeros señalados en incurrir en inconductas, aunque muchas veces involucran también a árbitros, instituciones arbitrales, expertos y otros terceros¹⁵ ("medios de comunicación")¹⁶.

¹² Sobre la discusión de la fuente del debido proceso en el arbitraje. V. Clay, Thomas, *El árbitro*, Trad. C. Cáceres, Universidad Javeriana-Ibáñez, Bogotá, 2012, pp. 49 ss.

¹³ Para un análisis comparado sobre el tratamiento de normas éticas aplicables en algunos países de América Latina véase Corrá, María Inés; Peña, Santiago Lucas y Garay, María Lourdes, 'Ethical Rules and Standards in International Arbitration Across Latin America', *Latin Lawyer*, enero 2023.

¹⁴ V. Gaillard, Emmanuel, *Abuse of process in international arbitration*, ICSID Review, 2017, p. 1.

¹⁵ Véase por todos Rogers, Catherine A., *Ethics in international arbitration*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, *passim*.

¹⁶ Como señala Mosk, Richard M., *Attorney Ethics in International Arbitration*, *Berkeley J. Int'L Publicist*, Vol. 5, 2010, p. 32: "... Arbitrators, arbitral institutions, parties and counsel vie for vast sums of money. Whenever money is at stake, there is potential for misbehavior...".

Se ha dicho que los causantes o detonantes del problema de las llamadas “tácticas de guerrilla”, son factores de orden sociológico y económico, como el crecimiento, globalización¹⁷ y expansión del arbitraje¹⁸, tanto en cuanto a los actores, más abogados, más árbitros, más instituciones arbitrales¹⁹, choque de culturas²⁰, como en cuanto a su objeto, alcance y sofisticación, cada vez es más utilizado, tanto en controversias comerciales o de inversión o en conflictos entre Estados, como también en controversias comerciales modestas, civiles, arbitrajes en masa, de consumo, etc.

Con estas líneas pretendemos destacar algunos de los problemas implicados en la complejidad de un tema en permanente desarrollo, algunas de sus manifestaciones y algunas líneas que nos orienten hacia posibles soluciones.

Concretamente lo haremos enfocándonos en interrogantes como ¿qué conducta deberíamos esperar de los protagonistas del arbitraje?, ¿con qué finalidad? y ¿quién es el llamado a verificar su cumplimiento o eventuales consecuencias ante incumplimientos?

La línea central que guía nuestras ideas parte de insistir en el carácter contractual del acuerdo de arbitraje²¹, cosa que es de Perogrullo, pero que, a los efectos de este trabajo, es un punto de partida para modelar posibles soluciones que los problemas de los comportamientos inadecuados generan en un proceso privado.

Por ello, consideramos que es fundamental tener en cuenta las relaciones contractuales presentes en el arbitraje, las obligaciones que ellas generan y los estándares de cumplimiento de ellas, las cuales, al estar en sintonía con el propósito y funcionalidad del arbitraje, pueden servir para encontrar soluciones desde de la autonomía de la voluntad y la propia regulación arbitral.

1. De los comportamientos incorrectos a las tácticas de guerrilla

A la desviación de las conductas en el ámbito de los procesos judiciales se les denomina de diferentes maneras, por ejemplo, inconductas, temeridad, malicia, incorrección, faltas a la buena fe procesal, deslealtad procesal, falta de probidad, abuso del proceso o abuso en el proceso, fraude procesal, etc.²².

¹⁷ V. Clay, Thomas, *El árbitro*, Trad. C. Cáceres, Universidad Javeriana-Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 18.

¹⁸ V. Corrá, María Inés; Peña, Santiago Lucas y Garay, María Lourdes, *Ethical Rules and Standards in International Arbitration Across Latin America*, Latin Lawyer, enero 2023.

¹⁹ V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, París, 2022, p. 113.

²⁰ Algunos autores señalan la contaminación del arbitraje con prácticas estadounidenses (americanización del arbitraje). Véase Clay, Thomas, op. ult. cit., p. 18.

²¹ Señala Clay, Thomas, op. cit., p. 20, que: “... se sabe que el arbitraje deriva de la convergencia de las voluntades de los litigantes, plasmada en un convenio arbitral (cláusula compromisoria). Existe por lo tanto un contrato como punto de partida del proceso jurisdiccional... Se sabe que contrato y proceso no deben excluirse”.

²² Véase Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3º ed., Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 190; Reimundin, Ricardo, *El problema de la buena fe en el proceso civil*, en *Revista de estudios procesales*, Argentina, 1979, p. 26 ss.; Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, I, 2008, p. 262; Gozaini, Osvaldo Alfredo,

Desde una perspectiva filológica “tácticas de guerrilla” es la expresión utilizada para connotar el mismo fenómeno de la incorrección procesal o de las conductas incorrectas, ilícitas o desviadas, en sede de arbitraje²³.

Guerrilla es el término que se da a la incursión o grupo que participa en una contienda o conflicto armado, al margen de las reglas expresas o implícitas que rigen a la guerra como mecanismo de “solución” de conflictos²⁴.

Son tácticas de guerrilla, en el contexto arbitral, las conductas reñidas con la buena fe, el ejercicio ilícito de un derecho, actuaciones fraudulentas, o contrarias a la lealtad y la probidad que debe privar en todo debate arbitral²⁵, y, en definitiva, con la conducta manifestada antes, durante e incluso luego de dictado el laudo que obstaculice, afecte o frustre inapropiadamente, el desenvolvimiento y resultado del proceso arbitral, que es, resolver el conflicto de la manera justa y eficaz²⁶.

Parte de la doctrina define a las tácticas de guerrilla como un conjunto amplio de medios procesales no convencionales y proteiformes que afectan al arbitraje, bien mediante la manipulación u obstrucción para ganar tiempo e incluso para paralizar el procedimiento arbitral²⁷.

Otros las entienden como abusos éticos voluntarios que tienen como propósito retrasar o sabotear un procedimiento arbitral para sacar una ventaja injusta²⁸.

Son también entendidas como uso y abuso de las reglas aplicables al procedimiento arbitral o de las reglas procesales relacionadas, con el fin de frustrar el

Temeridad y malicia en el proceso, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 38; Picó i Junoy, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 51; González Carvajal, Jorge I., *La conducta procesal de las partes*, Bosch, Barcelona, 2021, p. 44, nota al pie n° 15.

²³ V. Alvarado Moreno, Carlos y Roldán, Teresa, *Guerrilla tactics: Perspectiva de abogados de parte, árbitros, instituciones y la judicatura*, en *Revista Jurídica del Centro de Arbitraje de México*, N° 1, Agosto-2023, p. 131.

²⁴ De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, guerrilla del diminutivo de guerra, significa: “1. Escaramuza (refriega de poca importancia). 2. F. Partida de tropa ligera, que hace las descubiertas y rompe las primeras escaramuzas. 3. F. Partida de paisanos, por lo común no muy numerosa, que al mando de un jefe particular y con poca o ninguna dependencia de los del Ejército, acosa y molesta al enemigo...”. En francés, el *Dictionnaire Larousse* define *guérilla*: “1. *Forme de guerre caractérisée par des actions de harcèlement, d’embuscades ou de coups de main.* 2. *Groupe de soldats armés légèrement et chargés de harceler l’ennemi.* 3. *Combat mené par des groupes clandestins et caractérisé par des actions ponctuelles en vue de déstabiliser un régime...*”. En italiano, *guerriglia* es definido por el *Dizionario Treccani*: *guerriglia* s. f. [dallo spagn. *guerrilla* (dim. di guerra «guerra»), che indicava però un reparto di truppe leggere o una banda di irregolari incaricati di esplorare i movimenti del nemico, o di attaccarlo con azioni di sorpresa e di disturbo]. – *Particolare tattica di guerra, condotta, con specifica conoscenza delle condizioni ambientali, da parte di formazioni di limitata entità, per lo più irregolari, contro le truppe regolari dello stesso stato o di uno stato estero, allo scopo di abbattere il regime costituito o protestare contro di esso, o anche di liberare il paese dallo straniero che lo occupa; si sviluppa con imboscate, attentati, sabotaggi, attacchi di sorpresa e conseguenti brevi scontri, generalmente effettuati in zone montane, boschose o impervie, che sono particolarmente favorevoli allo spostamento rapido di piccole formazioni...*”.

²⁵ Sobre las perplejidades lingüísticas que rodea al fenómeno de la corrección de las conductas de las partes, v. González Carvajal, Jorge I., *La conducta procesal de las partes*, Barcelona, Bosch, 2021, pp. 253 ss.

²⁶ V. González de Cossío, Francisco, *El arbitraje ante el litigio sucio*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n° 46, ELD, México, 2007, pp. 327 ss.

²⁷ V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l’arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, París, 2022, pp. 523 ss.

²⁸ V. Rogers, Catherine A., *Ethics in international arbitration*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, 1.08.

procedimiento, logrando que sea abandonado o paralizado, o incluso impidiendo a una de las partes presentar su caso²⁹.

La ventaja de la denominación o *nomen* “táctica de guerrilla” es su carácter omnicomprensivo del universo de conductas posibles que puedan de manera indebida o ilícita afectar a un procedimiento arbitral y su resultado.

Sin embargo, esta ventaja es a su vez una desventaja, por la vaguedad y ambigüedad implícita. Pues el abanico de conductas que abarca su posible significado va desde las más reprochables hasta aquellas que puedan considerarse “justificadas”.

Quizá la intención del uso lingüístico sea inhibir esas conductas con el empleo estigmatizante de la expresión “tácticas de guerrilla”.

La doctrina ha identificado algunas conductas que califica dentro de las tácticas de guerrilla³⁰, entre ellas figuran, sobornos, intimidación y acoso³¹, grabaciones y otras formas de vigilancia no autorizadas, tácticas dilatorias³², recusaciones temerarias o frívolas, violencia, amenazas, persecuciones penales³³ o amenazas de persecuciones penales, aportación de pruebas ilícitas³⁴, ocultación o destrucción de evidencia, procesos

²⁹ V. Boustany, Phillippe y Farchakh, Michael, *Guerrilla Tactics 101: How to Torpedo an Arbitration*, KLUWER ARBITRATION BLOG, JUNIO 2023, p. 1.

³⁰ V. Horvath, Günter J.; Wilske, Stephan; Nettlau, Harry y Leimwather, Niamh, *Categories of Guerrilla Tactics*, en *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. G. J. Horvath y S. Wilske, WolkerKluwer, 2013, pp. 5 ss.

³¹ La intimidación y acoso pueden darse en formas diversas, una de ellas puede ser acusando directamente, sin fundamento, al tribunal arbitral de parcialidad (sin ejercer el remedio correspondiente), o indicando que se está violando la defensa o debido proceso sin proponer remedios adecuados, por ejemplo, y es común, exigiendo que el tribunal o la institución arbitral decidan asuntos complejos en minutos u horas, sin justificación, v. Frecón, Alain, *Delaying Tactics in Arbitration*, AAA Neutrals Conference, Marzo 5-6, 2004, San Antonio, Texas, in *Dealing with Delay Tactics in Arbitration*, AAA, 2013, p. 36; pueden darse en formas más agresivas e ilegítimas de amenazas de violencia e incluso mediante comunicaciones o contactos no autorizados para intimidar al árbitro, tribunal arbitral, a la institución, partes u otros participantes de un arbitraje.

³² V. Frecón, Alain, *Delaying Tactics in Arbitration*, AAA Neutrals Conference, Marzo 5-6, 2004, San Antonio, Texas, in *Dealing with Delay Tactics in Arbitration*, AAA, 2013, p. 36, quien define la táctica dilatoria como razón o excusa que retrasa el avance del procedimiento arbitral, bien postponiendo la discusión de un tema particular o su decisión, o confundiendo al árbitro respecto al mérito del asunto, y que contraría una de las metas del arbitraje, como la resolución expedita del caso, aumentando los costos y gastos.

³³ Las persecuciones penales suelen tener manifestaciones en arbitrajes que involucran a Estados. Algunos ejemplos de juicios penales contra árbitros los representan: el caso n° 1650/2018 decidido por la Corte Criminal de Primera Instancia de Doha, que condenó al panel arbitral a tres años de prisión en una controversia arbitral relacionada con la familia Real Catarí; el caso del árbitro peruano Fernando Cantuarias Salaverry contra quien el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Corte Especializada en Delitos de Corrupción de Perú, dictó prisión preventiva mediante Resolución n.º 8 del 4 de noviembre de 2019, v. Tam Pérez, José y Olórtegui Huamán, Julio, *Entre plazas de toros y centros agrícolas: Breves comentarios sobre el caso Cantuarias, en Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, enero-mayo 2021, N° 1, pp. 281 ss., al más reciente caso del árbitro español Gonzalo Stampa, v. Vals Martínez, Carlos, *El riesgo de ser árbitro: el caso de los Herederos del Sultán de Joló contra el Estado de Malasia ¿Deslealtad al arbitraje? ¿Tácticas de guerrilla al máximo nivel?*, Diario La Ley, n° 10464, Sección Tribuna, 12 de marzo de 2024. Se han señalado los riesgos que los árbitros corren en controversias que involucran a Estados, con una expresión de precaución: “... if you anger the sovereign, it may bite back!”.

³⁴ Un reciente estudio sobre la prueba ilícita en el arbitraje en Picó i Junoy, *La prueba ilícita en el arbitraje*, en *La Ley. Probática*, n° 15, 2024, pp. 1-6.

paralelos³⁵, abusos procesales³⁶, fraude³⁷, demandas por responsabilidad (civil, penal, etc.) por retaliación, entre otras.

Se trata pues de una heterogeneidad y universo de conductas inapropiadas, que no se encuentran claramente definidas en textos legislativos o reglamentos generales, ni en códigos de conducta internacionales obligatorios, que a la fecha no existen, aunado al hecho de que muchos arbitrajes, al menos el arbitraje comercial³⁸, no cuenta con posibilidad de conocer fácilmente los casos donde se presentan este tipo de situaciones³⁹.

En los procesos arbitrales las dificultades referidas tienen un aliciente ofrecido por una diferencia específica. Y es que, como se mencionó, la fuente del arbitraje es el acuerdo de las partes, vale decir, un acuerdo de voluntades o convención.

³⁵ Se entiende *grosso modo* como procesos paralelos ilícitos aquellos que se siguen en manifiesto deprecio o incumplimiento del acuerdo de arbitraje. Frente a esta situación algunos sistemas cuentan con, o admiten, las medidas anti-proceso (*anti-suit injunctions*), entendidas *grosso modo* como decisiones cautelares (o definitivas) que dicta, en principio, un juez estatal asegurando la no iniciación o no continuación de un proceso paralelo iniciado en violación de un acuerdo de elección de foro o de un acuerdo de arbitraje. Sobre el alcance y tipos de *injunctions* véase Bean, David; Parry, Isabel y Burns, Andrew, *Injunctions*, 11ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012, *passim*, así como Lupoi, Michele Angelo, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità del diritto internazionale processuale inglese)*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Milan, 2003, pp. 782 ss., y Giorgetti, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Milan, 2003, p. 493. En el ámbito europeo conviene mencionar la saga *West Tankers* o *The Front Comor*, caso *Allianz SpA v. West Tankers Inc.*, C-185/07, 2009 E.C.R., 2009 WIL 303723. Y los antecedentes de los casos *Gasser GmbH v. MISAT Srl*, C- 16/02, 2003 E.C.R. 1-14693 y *Turner v. Grovit* C-159/02, 2004 E.C.R. 1-3565. La medida puede ser dictada incluso para asegurar que se evite la iniciación o desistan de los efectos de un arbitraje paralelo iniciado, *v. gr.*, coetáneamente a un primer arbitraje, esto fue lo sucedido en *AK Bakri & Sons Ltd and ors v. Asma Abdul Kader Bakri Al Bakri and ors* [2017] SC (Bda) 40 Com (26 May 2017). No obstante, las *anti-arbitration injunctions* son menos comunes, al respecto Bean, David; Parry, Isabel y Burns, Andrew, *Injunctions*, *cit.*, 2012, pp. 72 y 73.

³⁶ V. Gaillard, Emmanuel, *Abuse of process in international arbitration*, *ICSID Review*, 2017, pp. 1-21.

³⁷ En reciente asunto, se simuló fraudulentamente todo un procedimiento arbitral incluyendo su laudo, que luego se pretendió ejecutar en el Reino Unido, fue decidido en el caso: *Contax Partners INC BVI c/ Kuwait Finance House y otros* [2024] EWHC 436 (Comm), por la *High Court of Justice* del Reino Unido en fecha 29 de febrero de 2024. V. Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine y Redfern, Alan, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7ª ed., Oxford, 2022, 5.88, pp. 307. y 2.160. p. 95.

³⁸ Una de las novedades en materia de arbitraje de inversión, ha sido procurar promover la transparencia mediante la publicidad de los procedimientos arbitrales, tal como lo muestra la sanción del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado de Inversión aprobado mediante Resolución 68/109 de la Asamblea General de la Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2013, que a su vez ha sido incorporado al artículo 1, párrafo 4º del Reglamento de Arbitraje CNUDMI, que establece: "En el caso de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de las inversiones o los inversionistas, el presente Reglamento incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado ("Reglamento sobre la Transparencia"), a reserva de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia". Y en este mismo sentido, se orienta la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio sobre la Transparencia) aprobada mediante Resolución 69/116 de la Asamblea General de la Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2014.

³⁹ La situación suele ser algo diferente en el ámbito de arbitrajes de inversión bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que establece en el art. 62(3) Reg. CIADI (2022): "... Se presume el consentimiento para publicar los documentos a los que se refiere el párrafo (1) si ninguna de las partes objeto por escrito a dicha publicación dentro de los 60 días siguientes al envío del documento...". O en el caso de algunos reglamentos que han incorporado normas de divulgación con ciertas limitaciones como el caso del Reg. AAA/CIRD (2021), que establece en su art. 40. 4: "*The ICDR may also publish selected awards, orders, decisions, and rulings that have been edited to conceal the names of the parties and other identifying details unless a party has objected in writing to publication within 6 months from the date of the award*". En sentido similar, establece el art. 42.5 Reg. CEDCA (2020): "El CEDCA contribuirá a la formación de jurisprudencia arbitral, haciendo público una vez suprimida toda información confidencial, los Laudos relevantes dictados bajo su reglamento".

Un acuerdo de voluntades, contrato o convención que impone obligaciones a las partes, pero además se configura como un acuerdo preparatorio de una serie de relaciones derivadas⁴⁰ que dan vida y sostienen a las interacciones generadas a raíz del acuerdo de arbitraje, que es, además, un contrato de cooperación.

2. Arbitraje, nudo de contratos y tácticas de guerrilla

Un lugar común al hablar de arbitraje es mencionar que el acuerdo de arbitraje es su piedra angular y sobre la base de él se construye toda la estructura arbitral⁴¹.

Esto no puede ser más cierto.

El acuerdo de arbitraje, como contrato con efectos propios e independencia conceptual y funcional, puede, además, calificarse como un contrato preparatorio, fuente de una serie de relaciones derivadas⁴² e indivisibles⁴³ que definen el devenir de las interacciones que se desarrollan a lo largo del proceso arbitral⁴⁴.

Surgirían así:

Para el caso de un arbitraje institucional, un contrato de colaboración arbitral⁴⁵, “celebrado” entre la institución y los árbitros que conforman el tribunal arbitral.

⁴⁰ V. Fadlallah, Ibrahim y Hascher, Dominique, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, París, 2019, p. 178.

⁴¹ Sobre el acuerdo de arbitraje, véase por todos, *Tratado de derecho arbitral. v. I. El convenio arbitral*, dir. C. Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana – IPA, Bogotá, 2011, *passim*; González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 5ª ed., Porrúa, México, 2018, pp. 193 ss., Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 595 ss., Cremades, Bernardo, *El convenio arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)*, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 303, Redfern, Alan; Hunter, Martín; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y práctica del Arbitraje comercial Internacional*, 4ª ed., Aranzadi, España, 2006, pp. 257 ss.; Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine y Redfern, Alan, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7ª ed., Oxford, 2022, pp. 29 y 49; Rengel-Romberg, Aristides, *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial* (1998), en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. I. de Velera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 51 ss.; Baumeister Toledo, Alberto, *Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitraje regidos por la Ley de Arbitraje Comercial*, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, cit., pp. 101 ss.; Rodner S., James Otis, *Introducción al arbitraje institucional*, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, cit., pp. 312 ss.; Escovar Alvarado, Ramón J., *La facultad de los tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (principio “kompetenz-kompetenz”)*, en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, coord. I. de Velera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 431 ss.; Saghy Cadenas, Pedro J., *El arbitraje institucional en Venezuela. Análisis comparado de los reglamentos del centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC)*, EJV-Aciempol, Caracas, 2017, pp. 25 ss.

⁴² Expresión utilizada por Charles Jarrosson citado en Fadlallah, Ibrahim y Hascher, Dominique, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, París, 2019, p. 180 ss. En este sentido, véase Clay, Thomas, *El árbitro*, cit., p. 22, para quien el contrato de árbitro deriva del acuerdo de arbitraje, que constituye su fuente y al mismo tiempo asegura su cumplimiento, siendo así un inevitable complemento.

⁴³ V. Malaurie, Philippe; Aynès, Laurent y Gautier, Pierre Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 8ª ed., LGDJ, París, p. 667.

⁴⁴ Algunos sistemas siguen esta perspectiva contractual de las relaciones arbitrales, otros siguen una perspectiva llamada “cuasi-judicial”. V. Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine y Redfern, Alan, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7ª ed., Oxford, 2022, 5.50 ss. En cualquier caso, esta última perspectiva, como regla, no contradice o se opone a la perspectiva contractual.

⁴⁵ V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, París, 2022, pp. 563 ss., asimismo Clay, Thomas, *El árbitro*, cit., p. 23.

La institución arbitral se obliga frente a los árbitros a cumplir determinadas prestaciones, relacionadas con la asistencia al tribunal arbitral, administración del procedimiento, pago de honorarios y otras, mientras que los árbitros se obligan a cumplir con la prestación arbitral (sustanciar el arbitraje, decidir, cumplir con las normas procedimentales aplicables, cumplir las obligaciones de comportamiento, etc.).

Simultáneamente surge el denominado contrato de árbitro⁴⁶, “celebrado” entre el árbitro (o los árbitros) y cada una de las partes⁴⁷, cuyas prestaciones principales, en caso de inexistencia de una institución arbitral, serán para los primeros, la prestación del servicio arbitral, con la característica propia del servicio jurisdiccional (p. ej., revelación, imparcialidad, independencia, neutralidad, eficacia, disponibilidad, celeridad, lealtad, etc.) y por parte de los últimos, el pago de una contraprestación (honorarios de los árbitros)⁴⁸.

Tanto en el caso de arbitrajes institucionales como arbitrajes ad-hoc, surgen obligaciones de conducta tanto para los árbitros como para las partes, en ocasiones expresamente incorporadas desde las normas aplicables al procedimiento como por la incorporación por referencia al procedimiento de reglamentos y otras normas arbitrales.

Asimismo, encontramos el contrato de administración de arbitraje⁴⁹, celebrado entre las partes y la institución arbitral –naturalmente si se trata de un arbitraje institucional– donde esta presta un servicio de administración de arbitraje a cambio de una contraprestación que se obligan a pagar las partes.

Además, existen relaciones jurídicas dentro del arbitraje con sujetos como testigos o expertos, o secretarios del tribunal arbitral, y, además, relaciones jurídicas no contractuales con terceros completamente ajenos al arbitraje, impuestas por las normas o leyes aplicables.

Es en esta constelación de interacciones que se manifiestan las llamadas tácticas de guerrilla, como conductas desviadas del rol que cada sujeto está llamado idealmente a cumplir dentro del procedimiento y los principios que se imponen a su actuar, con propósitos de alcanzar por vías ajenas al procedimiento arbitral algún resultado diferente a la resolución justa y eficaz del conflicto.

⁴⁶ V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, op. cit., pp. 555 ss. Véanse al respecto resoluciones n° 545/2023 emanada la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5ª) de 14 de julio de 2023 y n° 5/2023 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Civil y de lo Penal) de 21 de diciembre de 2023. Los comentarios de estas decisiones en Goenechea Permisán, Gorka, *Breve caracterización del contrato entre el árbitro y los litigantes arbitrales*, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, n° 18, 2024, pp. 1-6.

⁴⁷ V. Malaurie, Philippe; Aynès, Laurent y Gautier, Pierre Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 8ª ed., LGDJ, París, p. 667.

⁴⁸ V. Fadlallah, Ibrahim y Hascher, Dominique, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, París, 2019, pp. 179 ss.

⁴⁹ V. Fadlallah, Ibrahim y Hascher, Dominique, op. cit., pp. 208 ss.

Las relaciones o situaciones jurídicas que nacen a raíz del acuerdo de arbitraje y del nudo de contratos, están caracterizadas y tienen en común el gen contractual, es decir, nacen por voluntad de las partes, lo que es en sí un factor de cohesión en cuanto a su lectura o interpretación y en cuanto a su función; y esto es un indicador que orienta el tema de la conducta de los actores procesales en el arbitraje, pues a diferencia de las normas sobre conducta procesal en procedimientos judiciales, que no nacen de acuerdos de voluntad, el arbitraje se rige por la autonomía de la voluntad.

Al ser la fuente del arbitraje de naturaleza contractual, principios v. gr. contractuales, como la intangibilidad o fuerza obligatoria del contrato, así como estándares de conducta (p. ej., buen padre de familia o persona razonable y el principio de buena fe objetiva), sirven como base o fundamento del ideal de conducta que deben observar los protagonistas del arbitraje⁵⁰.

La compleja heterogeneidad normativa y realidad poliédrica del fenómeno de la adecuación de las conductas de los sujetos que participan en el arbitraje, debería partir de un principio o regla aplicable a todos sus actores, sin embargo, insistimos, no hay una solución homogénea del género.

Ahora, hay una posible base metodológica que puede servir para definir lo que debería considerarse adecuado o no, que consiste en partir desde la perspectiva del funcionamiento del arbitraje, desde las obligaciones contractuales derivadas del acuerdo de arbitraje y del nudo de contratos, en cuanto a las partes, el tribunal arbitral y la institución arbitral; y la oponibilidad de estas relaciones y el deber de respetarlas, como situaciones jurídicas, respecto a los terceros que participan en un arbitraje⁵¹.

3. El acuerdo de arbitraje (y el nudo de contratos) como factor relevante en la determinación de las conductas correctas en el procedimiento arbitral

Si estimamos que el arbitraje es un mecanismo hetero compositivo o de adjudicación, debe entenderse que se trata de una lucha (intelectual) regulada por el Derecho, un sustituto organizado de la autodefensa ilegítima, que excluye la intervención de los órganos judiciales en la declaración del derecho⁵² (*jurisdiction*), por haberlo así decidido las partes y encontrar respaldo en las leyes del Estado.

⁵⁰ V. Grigera Naón, Horacio, *What Duties do Counsel owe to the Tribunal and why?* Dossier of the ICC Institute of World Business Law: "What Duties Do Counsel Owe to the Tribunal and Why?" Ed. B. Hanotiau y A. Mourre, 2012, pp. 9 ss.

⁵¹ En este sentido, señalan Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc y Savaux, Éric, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 17ª ed., LMD, París, 2022, pp. 928 y 929, que: "... si le contrat auquel ils n'ont pas été parties ne peut les retenir dans les rapports de droit qu'il fait naître, du moins doivent-ils respecter ceux-ci, d'une façon générale, la situation juridique que le contrat institue entre les parties". En este sentido el artículo 1200 del Código Civil francés (2016), establece: "Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat".

⁵² Esta limitación a la intervención de los tribunales del Estado en el arbitraje ha adquirido jerarquía de principio fundamental, conocido como principio de mínima intervención judicial. Así, el art. 5 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece: "En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga". V. Holtzman, Howard M., y Neuhaus,

La estructura propia de este método de resolución de controversias no da razón a ninguna de las partes por anticipado, y requiere de la actividad y auto responsabilidad de cada una para lograr la victoria (o, perder lo menos posible).

Es por ello que, en el proceso arbitral corresponde al interesado la carga de convertir cada posibilidad de que se le dé razón, teórica y eventual, en concreta.

Esto es parte del derecho a la defensa, derecho a plantear o presentar su caso, derecho a la prueba, o derecho debido proceso con el que cuenta cada parte en el proceso arbitral⁵³.

Sin embargo, no toda conducta en el contexto de un proceso arbitral es una actuación "lícita" o "correcta", pues puede desviarse de la finalidad del mecanismo y de la ética del debate, para convertirse en una conducta jurídicamente reprochable o táctica de guerrilla.

En ocasiones, la actuación será tan evidentemente desviada, abusiva o ilícita que será relativamente sencillo calificarla como una táctica de guerrilla o una inconducta arbitral.

Joseph, *A Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary*, Kluwer, 1989, p. 217. En Alemania, se encuentra previsto en el § 1026 de Código de Procedimiento Civil (ZPO): "*Ein Gericht darf in den §§ 1025 bis 1061 geregelten Angelegenheiten nur tätig werden, soweit dieses Buch es vorsieht*". En Argentina, el artículo 1.656 del Código Civil y Comercial (2015) establece: "El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no esté aun conociendo de la controversia, y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. En caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje...", mientras que el artículo 12 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (2018), establece: "En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga". En Austria, se encuentra regulado en la sección § 578 del Código de Procedimiento Civil (ZPO): "*The court may only act in matters governed by this chapter if so provided in this chapter*". En Colombia, el artículo 3 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (2012), establece en su parte pertinente: "... El pacto arbitral implica la renuncia de las partes a hacer valer sus pretensiones ante los jueces...", y el artículo 67, dispuesto en la sección que regula el arbitraje internacional, se establece: "En los asuntos que se rijan por la presente sección, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga". En Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación (2006), establece en su artículo 7: "El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días". En España, la Ley de Arbitraje (2003), dispone en el artículo 7: "En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga". En Japón, la Ley de Arbitraje (2023), reza en su artículo 4: "*The court may exercise its authority over an arbitration procedure only in the case provided for in this Act*". En Malasia, la Ley de Arbitraje (2018) establece en la Sección 8: "*No court shall intervene in matters governed by this Act, except where so provided in this Act*". Asimismo, la Ley de Arbitraje de Mauricio, lo dispone en el artículo 2^a: "*In matters governed by this Act, no Court shall intervene except where so provided in this Act*". En México, el Código de Comercio (2011) establece en su artículo 1421: "Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial". En Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial (1998), prevé en el artículo 5: "En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria". V. Morello, Augusto M., *Lectura procesal de temas sustanciales*, Editora Platense, La Plata, 2000, pp. 252 y 253.

⁵³ V. Kurkela, Matti S., y Turunen, Santtu, *Due process in international commercial arbitration*, 2 ed., Nueva York, 2010, pp. 185 ss.

Pero, otras veces, como mencionábamos, la línea que separa lo lícito de lo ilícito no es tan clara⁵⁴.

Cuando se trata de derechos o poderes amplios en un contexto de enfrentamiento procesal, intentar trazar límites sin un marco de referencia que defina la ilicitud de la conducta puede implicar el riesgo de afectación de derechos⁵⁵.

Lo cierto es que el derecho a la defensa, en el contexto arbitral, tiene límites, genéricamente establecidos por la finalidad y propósito del mecanismo de resolución de controversias (la resolución justa y eficaz de una controversia mediante árbitros), específicamente por las características del arbitraje y las obligaciones que impone el acuerdo de arbitraje, así como el nudo de contratos que nacen de este⁵⁶.

Ya decíamos que, como regla, no existe una “tipificación” o descripción uniforme de las eventuales conductas desviadas y los principios o reglas en la materia siguen siendo vagos y ambiguos⁵⁷, tanto en cuanto a su contenido y alcance, como en cuanto a su carácter vinculante, constituyendo, como señala parte de la doctrina una “tierra de nadie”⁵⁸ (por ejemplo, la existencia de una pluralidad de normas potencialmente aplicables⁵⁹ o la inexistencia de reglas profesionales uniformes de conducta que puedan imponerse⁶⁰).

En rigor, la aparente solución radica en determinar qué es lícito y qué es ilícito, solución que debe partir de un acuerdo sobre qué significa “ilicitud de una conducta” en sede arbitral.

⁵⁴ Al respecto, señala Hobaica, Adolfo, *Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (C.BB.PP/Cea 2019)*, en *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Extraordinario, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2020, p. 258, que: “Si existe alguna duda sobre el comportamiento de alguna de las partes en el proceso, no debería haber ningún tipo de infracción deontológica, la simple existencia de la duda es síntoma de la inexistencia de la falta”.

⁵⁵ V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, Paris, 2022, p. 645.

⁵⁶ Cuando se afirma que, por ejemplo, las partes tienen derecho de acceder a la justicia oficial al margen de que exista un acuerdo de arbitraje o un proceso arbitral en curso, se olvida que el acuerdo de arbitraje es una manifestación de autonomía de la voluntad mediante la cual las partes limitan o restringen, precisamente, el derecho de acceder a los órganos de administración de justicia del Estado y el Estado (o los Estados) reconoce y otorga fuerza vinculante a la elección de las partes. V. González de Cossío, Francisco, *Derecho constitucional arbitral*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n.º 44, ELD, México, 2020, pp. 182 ss.

⁵⁷ V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, Paris, 2022, pp. 645 ss.

⁵⁸ V. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, p. 2850.

⁵⁹ Por ejemplo, comenta Rogers, Catherine A., *Ethics in international arbitration*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, 1.06, que una encuesta realizada por la *International Bar Association (IBA) Task Force on Counsel Conduct in Arbitration* confirma la confusión en cuanto a qué norma resulta aplicable a la conducta de los representantes de partes en un arbitraje, así 63% de los encuestados consideraban que las reglas aplicables a su conducta era la del país que los habilita como abogados, 27% no sabía pero, prefería por precaución aplicar las normas de su país; 10% no tenían opinión o consideraban que las normas de su habilitación profesional no aplicaba; 56% consideraron que su conducta debía estar sometida también a normas éticas diferentes a las de su origen de habilitación; y 87% no estaban seguros o no sabían a qué normas de conducta estaban sometidos los representantes de su contraparte.

⁶⁰ De hecho, Born, Gary, propone como solución la adopción de un código uniforme de conducta. V. Born, Gary, op. cit., p. 2876, “... the best eventual resolution of the choice of applicable rules of professional conduct would be through uniform international rules of professional conduct, applicable to counsel in international arbitral proceedings”.

Parecería que la ilicitud se presenta en capas, tomando en cuenta que un mismo hecho puede ofender varios criterios de licitud (p. ej. tanto materiales [penal, civil, disciplinario, arbitral], como territoriales, e incluso relativo a estatutos personales⁶¹), lo que resulta de una contingencia tremenda.

El problema no es de fácil solución, pues no es sencillo regular de manera uniforme y de modo general, aplicable a todos los sistemas y Estados, criterios de licitud o corrección, a un fenómeno poliédrico y complejo.

Aunque desde la perspectiva del arbitraje, puede conseguirse regular o al menos convenir en criterios de corrección, que puedan resultar compatibles e incluso tener influencia sobre otros criterios municipales de ilicitud.

De manera que hay una luz o guía que puede iluminar el camino de posibles soluciones, y es mirar el tema desde la perspectiva de las obligaciones o prestaciones derivadas del acuerdo, del nudo de contratos, de las relaciones y situaciones jurídicas que surgen de estos, como relaciones/situaciones de origen privado y contractual reconocidas por los ordenamientos jurídicos, como normas o estándares de comportamiento dentro de un sistema específico de resolución de controversias.

De hecho, una perspectiva de este tipo encuentra fundamento jurídico en el respeto y aplicación de las convenciones internacionales que regulan el arbitraje, como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) o la Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá)⁶², que no sólo reconocen el valor y efectos del laudo arbitral, sino que reconocen la eficacia del acuerdo de arbitraje.

En concreto, significaría una posible solución a eventuales antinomias o contradicciones que puedan surgir entre el conjunto de normas posiblemente aplicables, teniendo en miras la solución convencional, es decir, la obligación del Estado de darle validez al acuerdo a través del reconocimiento de las obligaciones que se deducen de él y del conjunto de contratos relacionados.

4. El comportamiento de los representantes de parte

Las partes cuentan con el derecho de elegir a la persona que lo representará en un proceso arbitral.

⁶¹ Por ejemplo, se señala que la aplicación de normas de conducta a los abogados puede tener o no limitación territorial, dependiendo del orden normativo aplicable al profesional. V. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, p. 2853.

⁶² V. BORN, GARY, *INTERNATIONAL ARBITRATION: CASE AND MATERIALS*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, p. 2845.

De hecho, el arbitraje, es concebido como un proceso hecho a la medida de las necesidades de las partes, por lo que resulta consistente con este objetivo permitirles elegir libremente a las personas que las representarán o asistirán en el proceso.

Aunque poco común –especialmente en el arbitraje internacional⁶³– es posible que de acuerdo con las normas aplicables sea necesario que los representantes cuenten con una calificación profesional (abogados o profesionales en la defensa de derechos de otros⁶⁴).

También ocurre –y es común encontrarlo en instrumentos aplicables al arbitraje internacional⁶⁵– que una calificación profesional del género no sea necesaria⁶⁶, lo que ocurre otras veces por interpretación de normas y principios arbitrales, que permiten llegar a la misma conclusión⁶⁷.

⁶³ V. Díaz-Candia, Hernando, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, 3ª ed., Torino, Caracas, 2016, p. 168.

⁶⁴ La situación es discutida por ejemplo en China, v. Sun, Wei, *FOREIGN ATTORNEYS AS PARTY REPRESENTATIVES IN ARBITRATIONS SEATED IN PR CHINA*, KLUWER ARBITRATION BLOG, OCTUBRE 2020. ASIMISMO, SE REPORTAN LIMITACIONES PARA ABOGADOS FORÁNEOS DE ACTUAR EN EGIPTO, v. EL SHALAKAY, KHALED, *ARBITRATION GUIDE. IBA ARBITRATION COMMITTEE (EGYPT)*, ENERO, 2018, p. 4. VÉASE POR TODOS BORN, GARY, *INTERNATIONAL ARBITRATION: CASE AND MATERIALS*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, p. 2836 SS.

⁶⁵ En este sentido, establece el artículo 5 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI (2021): "Cada parte podrá hacerse representar o asesorar por las personas que ella misma elija...". Véase Croft, Clyde; Kee, Christopher y Waincymmer, Jeff, *A Guide to UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press, 2013, p. 79: "One feature of Article 5 is that it does not require that any representative or assistant be legally trained or entitled to practise law within the arbitral seat or any other jurisdiction that may be relevant to the arbitral proceedings".

⁶⁶ Así, en Austria, la libertad de representación se encuentra regulada en la sección § 594(3) del Código de Procedimiento Civil (ZPO): "The parties may be represented or advised by persons of their choosing. This right cannot be excluded or limited". En Colombia, está regulada en el artículo 73. 3 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (2012) que establece: "Para representar a las partes ante el tribunal arbitral no es necesaria la habilitación como abogado en el lugar de la sede del arbitraje, ni tener dicha nacionalidad". Por su parte la Sección 16 de la *Uniform Arbitration Act* de los Estados Unidos establece: "A party to an arbitration proceeding may be represented by a lawyer". En este sentido, el art. 18 de las Reglas de Arbitraje AAA/CIRD (2021), establece: "Any party may be represented in the arbitration..." en coordinación con el Canon IV. C del ABA/AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (2004), establece: "The arbitrator should not deny any party the opportunity to be represented by counsel or by any other person chosen by the party". La interpretación ha sido favorable a la representación tanto por abogados como por no abogados. V. Gusy, Martin F., Hosking, James M., y Schwarz, Franz T., *A guide to the ICDR International Arbitration Rules*, Oxford, pp. 133 ss., asimismo BORN, GARY, *INTERNATIONAL ARBITRATION: CASE AND MATERIALS*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, pp. 2840 SS. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ALEMÁN (ZPO) ESTABLECE EN EL § 1042: "RECHTSANWÄLTE DÜRFEN ALS BEVOLLMÄCHTIGTE NICHT AUSGESCHLOSSEN WERDEN", QUE NO SE PUEDE EXCLUIR A LOS ABOGADOS DE ACTUAR COMO REPRESENTANTES. EN EL SENTIDO DE REGULAR DE MANERA AMPLÍA LA REPRESENTACIÓN, P. EJ., EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL SUIZO (2008), ESTABLECE EN EL ARTÍCULO 373.5: "CHAQUE PARTIE PEUT SE FAIRE REPRÉSENTER". LA LEY DE ARBITRAJE DE ESPAÑA (2003), ESTABLECE EN SU ARTÍCULO 30.2: "LAS PARTES SERÁN CITADAS PARA TODAS LAS AUDIENCIAS CON SUFICIENTE ANTELACIÓN Y PODRÁN INTERVENIR EN ELLAS DIRECTAMENTE O POR MEDIO DE SUS REPRESENTANTES". LA LEY DE ARBITRAJE DE MALASIA (2018), DISPONE EN EL MISMO SENTIDO EN LA SECCIÓN 3A: "Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may be represented in the proceedings by any representative appointed by the party". En un tenor similar, la Ley de Arbitraje Internacional de Mauricio (2008), reza en su artículo 31: "Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may be represented in the arbitral proceedings by a law practitioner or other person chosen by him, who need not be qualified to practise law in Mauritius or in any other jurisdiction". Por su parte, la Ley de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Panamá regula el asunto así en el artículo 9: "Cada parte podrá hacerse representar o asesorar por las personas que ella misma elija". En un sentido favorable a la libertad de representación, la Ley de Arbitraje de Perú (2008), establece en su artículo 37.4: "... No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros". En el Reino Unido, la sección 36 de la Ley de Arbitraje (1996), reza: "Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may be represented in the proceedings by a lawyer or other person chosen by him".

⁶⁷ Ordenamientos jurídicos como el de México, a pesar de no recoger expresamente una solución en la ley, siguiendo las disposiciones normativas de los artículos 1.434 (derecho de las partes ser tratadas con igualdad y dársele la oportunidad de hacer valer sus derechos) y 1.435 (libertad de elegir el procedimiento aplicable) del Código de Comercio, han permitido que algunos reglamentos institucionales se expandan de manera bastante amplia sobre la representación o asesoría, como es el caso de las

La posibilidad de elección de abogados o representantes es un asunto que se relaciona con el derecho de las partes a ser representadas por personas de su confianza⁶⁸.

Ahora, este derecho-libertad encuentra límites, nuevamente, en el propósito y finalidad del acuerdo de arbitraje y del mecanismo de resolución elegido, que es resolver de manera justa y eficaz el conflicto.

De hecho, se ha considerado que la elección de representantes o asistentes no debe ser interpretado como un “derecho” de entorpecer el desarrollo del arbitraje, por ejemplo, nombrando a representantes o abogados demasiado ocupados o que realísticamente no puedan atender el proceso arbitral⁶⁹, o que generen un conflicto sobrevenido de intereses con demás sujetos del arbitraje, especialmente, respecto del tribunal arbitral⁷⁰, o que presentándose como apoderados de una parte, al ver que el resultado procesal no es favorable, señalen que no cuentan con autorización suficiente para ejercer poderes de representación, impugando las actuaciones⁷¹.

El abogado como héroe civil⁷², cuyo compromiso histórico con la defensa de la paz, la justicia, la verdad, los derechos fundamentales o los intereses de su cliente o patrocinado, puede desviarse en su finalidad y propósito.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (2022), que establece en el artículo 27: “Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. El Tribunal Arbitral tendrá por representantes de las Partes a aquellas personas nombradas por ellas mediante escrito presentado al Secretario General o al Tribunal Arbitral según sea el caso”. En los casos donde no existe legislación expresa sobre el alcance o limitación de la representación de partes en arbitrajes internacionales, se argumenta que en orden a dar aplicación a la Convención de Nueva York de 1958 y reconocer la eficacia de un acuerdo de arbitraje, es necesario permitir que las partes estén representadas por abogados o no-abogados sean del país sede del arbitraje o de otro país. V. BORN, GARY, *INTERNATIONAL ARBITRATION: CASE AND MATERIALS*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, p. 2843.

⁶⁸ V. Kurkela, Matti S., y Turunen, Santtu, *Due process in international commercial arbitration*, 2ª ed., Nueva York, 2010, pp. 191 ss. Véase asimismo BORN, GARY, *INTERNATIONAL ARBITRATION: CASE AND MATERIALS*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, p. 2845.

⁶⁹ Una de las razones de la modificación del artículo 5 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI en 2010 (antes artículo 4), fue precisamente evitar una interpretación del género. V. Croft, Clyde; Kee, Christopher y Waincymer, Jeff, *A Guide to UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press, 2013, pp. 79 y 80, quienes señalan: “Such provisions should never be interpreted to allow parties to select counsel that would frustrate the arbitral proceedings, either because of unavailability or because they are in an unacceptably close relationship with a previously appointed member of the current tribunal...”.

⁷⁰ Véase en este sentido, lo decidido en *Hrvatska Elektroprivreda dd c. The Republic of Slovenia*, CIADI, Caso No Arb/05/24, 6 de mayo de 2008, para. 26 ss., donde el tribunal arbitral decidió excluir a un representante de la parte demandada, incorporado durante la etapa de instrucción para participar en la audiencia de mérito, por pertenecer, tanto el abogado incorporado como el presidente del tribunal arbitral, a la misma cámara (Chamber) de *Barristers*. Como respuesta expresa a esta situación, encontramos la regulación del art. 17. 2 de Reg. CCI (2021), que establece: “The arbitral tribunal may, once constituted and after it has afforded an opportunity to the parties to comment in writing within a suitable period of time, take any measure necessary to avoid a conflict of interest of an arbitrator arising from a change in party representation, including the exclusion of new party representatives from participating in whole or in part in the arbitral proceedings”. Asimismo, el art. 16. 4 del Reg. CAS (2021), establece: “The parties may be represented or assisted by persons of their choice. Proof of authority of a representative may be requested at any time. The arbitral tribunal may oppose the appointment of a new representative where this would risk jeopardising the impartiality or independence of the arbitral tribunal!”.

⁷¹ V. Boustany, Phillippe y Farchakh, Michael, *Guerrilla Tactics 101: How to Torpedo an Arbitration*, KLUWER ARBITRATION BLOG, JUNIO 2023, PP. 1 A 4. V. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, p. 2848.

⁷² Al respecto señala Martínez Val, J. M., *Abogados y Abogacía*, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1999, pp. 27 y 28: “... a veces, ¡quién sabe cuántas veces!, el Abogado deberá convertirse, por cumplir su deber contra fortísimas corrientes de opinión, en un auténtico héroe civil, derrochador de valor y de serenidad en el ejercicio de su defensa. Una clase de heroísmo muy brillante y sangriento de la guerra, que la sociedad es parca en reconocer y roma entender”.

Y ese desvío puede afectar directamente la justicia y eficacia del arbitraje, bien con una actitud manifiestamente obstruccionista, o alegatos e instancias manifiestamente infundados, irrespeto hacia el tribunal arbitral, la institución arbitral, las partes y demás participantes en el proceso arbitral, el procurar generar conflictos de interés con miembros del tribunal arbitral para excitar una recusación o descalificación de los árbitros, conflictos de interés relativos a la financiación del arbitraje, procesos que torpedean al procedimiento arbitral, (amenazas de) procesos penales infundados contra los árbitros, etc.

En este aspecto han señalado autores que existen problemas en determinar las normas aplicables a la conducta de los letrados, especialmente en el ámbito del arbitraje internacional, donde un conjunto de ordenamientos puede resultar aplicables y muchas veces entrar en conflicto⁷³.

Por ejemplo, el ordenamiento jurídico del lugar de habilitación o ejercicio del abogado -que puede incluso complicarse cuando el abogado esté habilitado para ejercer en varias jurisdicciones diferentes a la del lugar del arbitraje- versus las reglas de procedimiento arbitral⁷⁴, o las del lugar del arbitraje o el lugar de las audiencias, donde se puede incluso pensar en aplicar normas que generalmente son consideradas imperativas para los procesos judiciales (previstas en los Códigos de Procedimientos Civiles)⁷⁵, etc.

Si bien los abogados generalmente cuentan con códigos de conducta o de ética en el respectivo Estado que los habilita para ejercer su profesión⁷⁶, se presentan situa-

⁷³ V. Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine y Redfern, Alan, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7ª ed., Oxford, 2022, pp. 201 ss.

⁷⁴ Se presenta como ejemplo el caso del enfrentamiento entre el deber de denunciar conductas profesionales impropias de colegas versus el deber de confidencialidad, que podemos observar del hipotético choque entre la Regla 8.3 de las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la ABA, que establece: "(a) A lawyer who knows that another lawyer has committed a violation of the Rules of Professional Conduct that raises a substantial question as to that lawyer's honesty, trustworthiness or fitness as a lawyer in other respects, shall inform the appropriate professional authority...", con reglas de procedimiento, como la prevista en la R. 45 de las Reglas de Procedimiento de Arbitraje y Mediación Comerciales de la AAA (2022), que reza: "(a) Unless otherwise required by applicable law, court order, or the parties' agreement, the AAA and the arbitrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award..." o su equivalente en el artículo 40 de la Reglas de Arbitraje AAA/CIRD (2021): "... Except as provided in Article 40.3, unless otherwise agreed by the parties or required by applicable law, the members of the arbitral tribunal and the Administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award..."

⁷⁵ Un ejemplo común en este campo es la diferencia de aproximación de sistemas respecto a temas como al contacto previo o posibilidad de preparación del testigo o testigo experto, que puede variar de acuerdo con las normas del lugar del arbitraje. V. Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine y Redfern, Alan, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7ª ed., Oxford, 2022, pp. 201. Sobre el tratamiento de la prueba de experticia en el proceso civil inglés, véase Luoghlin, Paula y Gerlis, Stephen, *Civil Procedure*, 2ª ed., Cavendish, Gran Bretaña, 2004, pp. 456 ss. Asimismo, la diferente aproximación del abogado respecto al secreto profesional y a su deber o no de producción de pruebas consideradas confidenciales o privilegiadas. V. Judice, José-Miguel, *Dealing with Privilege Claims in International Arbitration: A pragmatic approach*, ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 2, 2019, pp. 39 ss.

⁷⁶ No existen dudas que dentro de los deberes de todo abogado están prestar el concurso de cultura y técnica para la defensa de su cliente con probidad, honradez, discreción, eficiencia, desinterés, veracidad y lealtad, confidencialidad, integridad e independencia. Y que esta misión o sacerdocio social tiene y cumple directa utilidad pública, tal como señala Calamandrei: "... se quiere descubrir la sustancia fundamental de nuestra profesión, se reconoce fácilmente que tiene su base, más que en la defensa de los intereses privados, en fines de pública utilidad, de los cuales debe siempre darse cuenta quien quiera serenamente razonar sobre el presente y el porvenir de la abogacía". Cf. Calamandrei, Piero, *Demasiados abogados*, trad. J. R. Xirau, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, p. 22. Existen en ámbito internacional instrumentos como el *International Code of*

ciones de dudas sobre el alcance de su aplicación al arbitraje⁷⁷ (o a representantes no-abogados), donde se encuentran una pluralidad de culturas y eventuales ordenamientos jurídicos, situación que parece complicarse aún más al no existir códigos de conducta obligatorios⁷⁸.

Tal como lo señalamos *supra*, al margen de estas posibles controversias, es necesario partir de una base-fuente de las obligaciones aplicables a las partes, los abogados o representantes⁷⁹, y podemos decir que esta se encuentra en la obligación de cumplimiento contractual derivado del acuerdo de arbitraje, a saber, el principio de intangibilidad del contrato (o fuerza obligatoria del contrato), el comportamiento de un buen padre de familia (o persona razonable) y el principio de lealtad o buena fe contractual.

La solución es relativamente sencilla en el caso de leyes o reglamentos de arbitraje que incluyen normas propias que regulan la conducta de los representantes en un arbitraje.

Así, algunos reglamentos establecen que los abogados o representantes de parte, asumen, con la aceptación de la representación, las reglas del juego propias del arbitraje, incluyendo las obligaciones de conducta⁸⁰, otros remiten, a los sujetos que participarán en el arbitraje, los respectivos códigos de conducta para recabar su aceptación, como es el caso del Código de Conducta y Buenas Prácticas del Tribunal Arbitral de Barcelona-TAB para las Partes Intervinientes en el Proceso Arbitral⁸¹.

Ethics de la IBA (1988) o los Principios Internacionales de Conducta para las Profesiones Legales de la IBA (2011), que pueden orientar la actuación de los abogados en el arbitraje, además de las reglas de conducta que les sean aplicables, pero se ha dicho que no son suficientes, pero, sobre todo, su aplicación parece no ser vinculante para arbitrajes.

⁷⁷ Sin embargo, existen instrumentos que procuran la uniformidad de normas deontológicas de los abogados en materia arbitral, como el Código de la Deontología de los Abogados Europeos (2006) que establece en su artículo 4.5: "Las normas aplicables a las relaciones de los Abogados con los Tribunales serán igualmente aplicables a sus relaciones con los árbitros y cualquier otra persona que ejerza funciones judiciales o cuasi judiciales, incluso ocasionalmente".

⁷⁸ V. Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2ª ED., KLUWER LAW, 2015, pp. 2877 ss.

⁷⁹ Es conveniente tener presente que cuando se habla de conducta de las partes, en la mayoría de casos se está en presencia de actuaciones de sus representantes, de ahí surge una posible doble imputación subjetiva, es decir, la situación de desventaja atribuible a la parte, debido a la elección y, por otra parte, la atribuible al propio representante (sea profesional del derecho o no). En los Comentarios a las Directrices de la IBA sobre Representación de Partes en Arbitraje Internacional (2013) 1-3 leemos: "... Un Representante de Parte, actuando dentro de los límites de la autoridad que le fue conferida, actúa en nombre de la Parte que él o ella representa. Por lo tanto, una obligación o deber a cargo de un Representante de Parte es una obligación o deber a cargo de la Parte representada, a quien le podrán, en última instancia, recaer las consecuencias de la conducta indebida de su Representante".

⁸⁰ Algunos reglamentos arbitrales incorporan normas de conducta dirigidas a los representantes, por ejemplo, el artículo 18 de las Reglas de Arbitraje AAA/CIIRD (2021) en su parte pertinente, establece: "... *The conduct of party representatives shall be in accordance with such guidelines as the ICDR may issue on the subject*", haciendo referencia a los *Standards of Conduct for Parties and Representatives* de la *American Arbitration Association-International Centre for Dispute Resolution*; en sentido similar, el artículo 18. 5 del Reglamento de Arbitraje de la *London Court of International Arbitration* (2020), establece: "*Each party shall ensure that all its authorised representatives appearing by name before the Arbitral Tribunal have agreed to comply with the general guidelines contained in the Annex to the LCIA Rules, as a condition of such representation. In permitting any authorised representative so to appear, a party shall thereby represent that the authorised representative has agreed to such compliance*".

⁸¹ En este sentido establece Código de Conducta y Buenas Prácticas Tribunal Arbitral de Barcelona-TAB para las Partes Intervinientes en el Proceso Arbitral, lo siguiente: "... 2. Aceptación y cumplimiento. El Tribunal comunicará este código a todos los sujetos que puedan resultar obligados por el mismo para su expresa aceptación y compromiso de cumplimiento".

Algunas otras instituciones arbitrales cuentan con sus propios códigos de conducta o de ética, que forman parte integrante de sus reglamentos, como es el caso del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017)⁸², del Reglamento de Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA (2020), que incorpora expresamente como parte de su reglamento⁸³ al Código de Ética emanado de dicha institución arbitral⁸⁴, o el Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial (CEMARC) de la Cámara Argentina de Comercio y Servicios (2017), incorpora asimismo expresamente como parte de su reglamento⁸⁵, al Código de Ética de Mediación y Arbitraje del CEMARC⁸⁶, o el propio Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Londres (2020), que incorpora como parte de su reglamento un anexo relativo a las Directrices Generales para los Representantes de las Partes⁸⁷.

Otras instituciones arbitrales como la CCI en sus Notas a las Partes y a Tribunales Arbitrales sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021) invitan a los árbitros y a las partes a adoptar o guiarse por las Directrices de la IBA sobre Representación de Partes en Arbitraje Internacional (2013)⁸⁸.

⁸² Establece el art. 2.1(j): "Reglamentos comprende el Reglamento, el Estatuto del Centro, las Reglas de Ética, las Reglas para Autoridad Nominadora, la Tabla de Aranceles y las Notas Prácticas de carácter general aprobadas por el Centro para complementar, regular e implementar este Reglamento".

⁸³ Establece el art. 1.14: "Reglamento se refiere a este cuerpo normativo, sus apéndices, Código de Ética y cualquier otra disposición normativa dictada por el CEDCA".

⁸⁴ Según el texto del referido Código de Ética, el instrumento desarrolla y establece principios de conducta que son obligatorios para los árbitros, las partes y los testigos que participen en un procedimiento arbitral, desarrollando los principios de justicia e independencia (Art. 1), compromiso (Art. 2), eficacia del procedimiento (Art. 3), confidencialidad (Art. 4), honestidad (Art. 5), y deber de actitud respetuosa (Art. 6).

⁸⁵ Dispone el art. 1.4: "Integran el Reglamento: el Anexo I- Tabla de Tasa Administrativa para Arbitraje y Honorarios de los Árbitros; Anexo II- Medidas precautorias prearbitrales; Anexo III- Procedimiento abreviado; Anexo IV- Arbitraje de Clase; y Anexo V Código de Ética de Mediación y Arbitraje del CEMARC".

⁸⁶ De acuerdo con el Código de Ética, son deberes de las partes la lealtad, la inmediatez y la buena fe (art. 18), deber de respeto, de evitar confrontaciones y de realizar los planteamientos por las vías correspondientes (art. 19), deber de evitar que se generen gastos desproporcionales y el deber de no incurrir en tácticas dilatorias u obstruccionistas (art. 20).

⁸⁷ El anexo consta de seis disposiciones, la primera establece que el propósito de las directrices es la adecuada y equitativa conducción de procedimientos arbitrales por los representantes autorizados de partes en un arbitraje, sin que tenga como finalidad menoscabar el deber de lealtad del representante hacia la parte o la efectiva presentación del caso ante el tribunal arbitral, tampoco tiene el propósito de derogar las normas aplicables a los representantes de las partes, como códigos de conducta o reglamentos profesionales; la segunda establece la prohibición de tácticas de obstrucción o que tiendan a comprometer la finalidad del laudo, incluyendo las recusaciones repetitivas al nombramiento de árbitros o de la autoridad del tribunal arbitral, cuando las impugnaciones sean infundadas; la tercera dispone la prohibición de realizar falsas declaraciones al tribunal arbitral o a la Corte (*LCIA Court*); la cuarta está referida a la prohibición de preparación o presentación de pruebas falsas; la quinta establece la prohibición de ocultar o participar en la ocultación de documentos requeridos por el tribunal arbitral; la sexta establece la prohibición de entablar contactos no autorizados con los miembros del tribunal arbitral, incluyendo secretarios, así como con los miembros de la institución arbitral, exceptuando el contacto con la persona encargada de los asuntos administrativos del procedimiento; y el séptimo otorga la autoridad al árbitro para determinar si alguno de los representantes de las partes han violado las directrices generales e imponer las sanciones correspondientes previstas en el artículo 18.6.

⁸⁸ Así, establecen las referidas Notas: "... 67. *Parties and arbitral tribunals are encouraged, where appropriate, to adopt or otherwise be guided by the IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration.*"

Cuando no es posible determinar con facilidad las normas de conducta relevantes, resulta de utilidad acudir a los instrumentos de *soft law* que describen las mejores prácticas e ideal de comportamiento.

Encontramos, así, al Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje⁸⁹ (2019), uno de los instrumentos más completos que recoge las mejores prácticas y estándares de conducta en el arbitraje⁹⁰, dirigido no sólo a las instituciones arbitrales (como su versión de 2005), sino a los demás participantes en el proceso arbitral, como árbitros, abogados, peritos y financiadores⁹¹.

Como reglas de derecho blando, no tienen fuerza obligatoria, salvo que se incorporen por acuerdo de las partes, en el convenio arbitral o durante el procedimiento.

Establecen una serie de imperativos que se consideran adicionales a las normas correspondientes que resulten aplicables a los abogados, como, p ej., los principios generales que deben regir la actuación de los abogados en el arbitraje, las obligaciones que surgen en el contexto de designación de abogados (especialmente con miras a evitar conflictos de interés generados con ánimos dilatorios o de obstrucción), prohibición de comunicación con los árbitros; deber de veracidad, deber de razonabilidad de los fundamentos jurídicos, veracidad de la prueba, deberes relacionados con la exhibición de documentos, deberes relacionados con la prueba testimonial y de expertos (como la posibilidad de participar en la preparación de declaraciones e informes), deberes relativos a la confidencialidad.

Otro de los instrumentos son las *Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration* (2021) emanadas del *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), con el objetivo de brindar principios rectores de civismo en el arbitraje internacional.

Este instrumento no pretende sustituir a las reglas imperativas que resulten aplicables, tampoco pretende ser fuente autónoma para sanciones cuando no existan otros motivos para considerar eventuales consecuencias y tampoco tienen la finalidad de desalentar la defensa justa y vigorosa de las partes que realicen sus representantes.

⁸⁹ Denominado hoy Club Español e Iberoamericano de Arbitraje (CEIA).

⁹⁰ Sobre el Código de Buenas Prácticas, véase por todos, el número especial preparado por la *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Extraordinario, Club Español del Arbitraje, España, 2020, *passim*.

⁹¹ El Código se divide en seis secciones y cuatro anexos, la Sección Primera: Instituciones arbitrales, la Sección Segunda: Proceso arbitral (con Anexo A: Reglamento arbitral modelo del CEA y Anexo B: Cláusula arbitral tipo); la Sección Tercera: Deberes de los árbitros (con Anexo C: Modelo de aceptación por el árbitro); la Sección Cuarta: Deberes de los abogados, la Sección Quinta: Deberes de los peritos (con Anexo D: Modelo de aceptación por el perito) y la Sección Sexta: Deberes relativos a la financiación. Sobre los deberes de revelación relativos a la financiación, es bueno señalar que el Código tomó en cuenta el *Code of Conduct for Litigation Funders* publicado por la *Association of Litigation Funders de Inglaterra & Gales* (2018); el *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration*, Capítulo 7, *Principles of Best Practice* (2018) y el *Code of Practice for Third Party Funding de Hong Kong* (2018).

Las directrices son bastante completas⁹², pues regulan no sólo hipótesis relativas a la conducta de los representantes de partes⁹³, sino también la conducta de árbitros y otros participantes⁹⁴.

Las directrices del ICCA, si bien no tienen fuerza obligatoria *per se*, pueden incorporarse a los acuerdos de arbitraje, o bien pueden ser incorporados por las instituciones arbitrales o por los tribunales arbitrales en sus órdenes procesales o términos de referencia, cuando sea aplicable.

En un ámbito más focalizado a los representantes en un arbitraje, podemos mencionar también las Directrices de la IBA sobre Representación de Partes en Arbitraje Internacional (2013)⁹⁵, como conjunto de principios aplicables convencionalmente y que pretenden evitar (o reducir) las posibles situaciones problemáticas relativas a los conflictos respecto de la existencia de leyes obligatorias aplicables, el conflicto entre ellas o los problemas de análisis de derecho internacional privado para elegir entre reglas de ética profesional nacionales o locales.

⁹² Las directrices se dividen en cuatro secciones: (I) directrices generales para todos los participantes en un arbitraje internacional (representantes/abogados, árbitros, personal de instituciones arbitrales que actúan en el caso particular, los secretarios del tribunal, los testigos, los peritos, los taquígrafos, los intérpretes, traductores, etc.); (II) directrices para los representantes de las partes; (III) directrices para árbitros; y (IV) pautas para otros participantes.

⁹³ La sección II de las directrices, dirigida a los representantes de las partes, se divide en cuatro directrices, la primera directriz (II.A) establece el deber de los representantes de las partes de actuar de manera cooperativa en el proceso, tanto con la contraparte como con el tribunal arbitral; la segunda directriz (II.B) el deber de los representantes de parte de actuar con respeto y cortesía, evitando conductas ofensivas o irrespetuosas contra los participantes de un arbitraje; la tercera directriz (III.C) la prohibición de hacer declaraciones falsas, y de corregirlas en caso de enterarse de su falsedad; la cuarta directriz (III.D) la prohibición de obstruir o dilatar el procedimiento arbitral, salvo por razones legítimas, incluido el deber de no comprometer la finalidad del laudo.

⁹⁴ Entendiendo por otros participantes, al personal empleado por instituciones arbitrales que actúan en un caso particular, testigos de hecho, peritos (ya sean designados por el tribunal o designados por las partes), profesionales y todas las demás personas que participen en el procedimiento de arbitraje en cualquier calidad.

⁹⁵ Según el Preámbulo de las propias Directrices, estas no pretenden sustituir las disposiciones normativas profesionales o disciplinarias aplicables a los representantes, ni aquellas previstas en las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje, así como tampoco tienen como finalidad sustituir las facultades reservadas a los órganos disciplinarios locales o nacionales encargados de regular y vigilar la conducta de los abogados. El instrumento se divide en 27 Directrices, la Directriz 1, se refiere a su ámbito de aplicación y a su carácter consensual; la Directriz 2, se refiere a la potestad del árbitro de interpretar las Directrices; la Directriz 3, se refiere al no solapamiento o superposición de las Directrices sobre otras normas de conducta que resulten aplicables; la Directriz 4, establece el deber de los representantes de parte de identificarse como tales frente a la otra parte y el tribunal arbitral, así como informar en forma inmediata cualquier cambio en la representación; la Directriz 5, establece el deber de abstención a la incorporación de un representante que pueda generar un conflicto de interés; Directriz 6, establece la posibilidad de que el tribunal arbitral para salvaguardar la integridad del arbitraje impida total o parcialmente la incorporación de un representante; la Directriz 7, establece la prohibición general de comunicación *ex parte* entre un representante con un árbitro; la Directriz 8, regula los supuestos dentro de los cuales no se considera inapropiada la comunicación *ex parte* entre un representante con un árbitro; la Directriz 9, regula la prohibición de los representantes de realizar a sabiendas declaraciones falsas o como se le conoce, el deber de franqueza u honestidad frente al tribunal arbitral; la Directriz 10, el deber de corregir las declaraciones falsas realizadas por el representante; la Directriz 11, regula el deber de no presentar declaraciones de testigos y declaraciones de expertos falsas, y cómo corregir esta situación, incluyendo la renuncia del representante de parte; las Directrices 12 a 17, regulan lo relativo a la conducta adecuada o mejores prácticas en la producción de documentos, entre ellas, el deber del representante de informar al cliente/representado la obligación integridad y conservación de pruebas en la producción de documental; el deber de los representantes de participar en los procedimientos de producción documental sin causar daños, retrasos o con propósitos impropios; el deber de los representantes de partes de informar a sus patrocinados sobre las implicaciones y consecuencias de un procedimiento de producción de documentos, y en definitiva la orientación hacia un deber de colaboración; las Directrices 18 a 25, regulan las interacciones entre los representantes de partes y los testigos expertos, *inter alia*, el deber de información, la posibilidad de asistir al testigo en su preparación, los límites de la asistencia en la preparación y el deber de procurar que el testigo o experto participen de manera objetiva en el procedimiento; finalmente las Directrices 26 y 27 relativas a los remedios frente a la conductas inapropiadas.

Como podemos observar, cuando es posible incorporar regulaciones provenientes del derecho suave (*soft law*) a un procedimiento arbitral o cuando los propios reglamentos u otros instrumentos, resultan aplicables al procedimiento regulando las situaciones relativas a la conducta de los representantes en el arbitraje, los problemas tienden a reducirse; mientras que cuando la situación no se encuentra regulada convencionalmente ocurre lo contrario.

En cualquiera de los casos, las prácticas comunes y aceptadas, que han sido recogidas, p. ej., en los instrumentos de *soft law*, pudieran entenderse como criterios, en principio, no vinculantes que puedan ser incorporados, precisamente como criterios jurídicos, directamente vinculantes o subsidiariamente, de cumplimiento contractual que tienen como función garantizar que el arbitraje cumpla su función y propósito de resolver el conflicto de manera justa y eficiente.

5. El comportamiento de los árbitros, instituciones arbitrales, expertos/testigos y otros intervinientes

Las obligaciones de conducta adecuada alcanzan, tal como hemos mencionado, al tribunal arbitral, a los centros o instituciones de arbitraje, a los testigos y expertos, y a otros intervinientes; nos ocuparemos en seguida de estos temas.

5.1. *Comportamiento de los árbitros*

El tribunal arbitral debe contar con cualidades apropiadas para ejercer su función, entre ellas destacan las cualidades personales (P. ej. capacidad jurídica o nacionalidad)⁹⁶ y las cualidades profesionales (técnicas y jurisdiccionales⁹⁷).

Se han identificado una serie obligaciones del árbitro, todas las cuales gravitan alrededor del imperativo de resolver las controversias de manera independiente, imparcial, justa y eficiente.

No obstante, destaca como desiderátum de actuación del árbitro, la independencia y la imparcialidad, o, en otras palabras, su neutralidad. Debe, además, procurar una solución eficiente de la controversia, que se traduzca en maximizar el aprovechamiento del tiempo y economizar dinero.

En cualquier caso, los árbitros pueden llevar a cabo conductas contrarias a estas finalidades. La preocupación mayor, está, sin duda, en la posibilidad de que en el procedimiento arbitral se vea afectada la imparcialidad y la independencia del tribunal arbitral⁹⁸.

⁹⁶ Véase por todos El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, París, 2022, pp. 463 ss.

⁹⁷ Al respecto véase por todos V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, op. cit., pp. 463 ss.

⁹⁸ V. Anzola, J. Eloy, *Independencia e imparcialidad de los árbitros*, en *Memoria arbitral*, coord. M. Betancourt, CEDCA, Caracas, 2011, pp. 59 ss.

El arbitraje, es un área del derecho que pone en juego intereses jurídicos y económicos considerables⁹⁹, para las partes, pero también para abogados como para árbitros (y otros actores)¹⁰⁰.

Hemos visto en los últimos años cuestionamientos a la legitimidad del arbitraje internacional¹⁰¹, debido a la conducta de algunos actores del mundo arbitral o relacionados con la resolución de disputas.

Parte de la doctrina ha advertido los riesgos de incurrir en lo que se ha denominado ilustrativamente como pecados capitales de los árbitros, tales como: la soberbia, la avaricia, la lujuria, la ira, la gula, la envidia y la pereza¹⁰².

Por mencionar algunos cuestionamientos, se ha discutido desde hace tiempo sobre la pertenencia de árbitros a grupos (círculos académicos o profesionales), "clubes" o "mutuales"¹⁰³, que pueden ser estructurados o no.

En teoría esto *per se* no daría lugar a cuestionamientos, pues la comunidad arbitral, como toda comunidad de profesionales, está compuesta por miembros que se dedican con cierta frecuencia o exclusividad al arbitraje, promoviendo la legitimidad, prosperidad y confianza en este mecanismo de resolución de controversias; de hecho, se califica a este fenómeno como el crecimiento y desarrollo de una "barra arbitral" de abogados y practicantes¹⁰⁴.

La situación cambia cuando estamos en presencia de un círculo vicioso¹⁰⁵, como el que promueva indebidas conductas consientes, como procurar nombramientos, de cualquier manera, por ejemplo, haciendo una reputación favorable a cierto tipo de partes, conflictos o industrias (v. gr., arbitrajes entre Estados y particulares [en arbitrajes de

⁹⁹ Ciertamente la atracción que suscita la práctica y estudio del arbitraje no es sólo económica, de hecho, como señala Oppetit, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Trad. E. Silva Romero et al., Legis, Bogotá, 2006, p. 247, la fascinación se debe a su vez a la seducción intelectual que genera una disciplina transversal donde confluyen otras disciplinas jurídicas.

¹⁰⁰ Véase por todos Carmona, Carlos Alberto, *The Arbitrator's Seventh Deadly Sins en The American Review of International Arbitration*, Vol. 33, Issue 4, Agosto 2023, p. 338.

¹⁰¹ De hecho, dentro de las motivaciones de la reciente adopción del Código de Conducta para Árbitros en la Solución de Controversias Internacionales Relativas a Inversiones de la CNUDMI (2023), en reunión plenaria 45° de 7 de diciembre de 2023 de la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la cual se adoptó el referido código, se consideró: "... *Believing that it would be desirable to develop a set of ethical standards for adjudicators responsible for resolving international investment disputes in the light of the concerns identified about the perceived or apparent lack of independence and impartiality of some adjudicators, which often gave rise to criticism about the legitimacy of the investor-State dispute settlement system*".

¹⁰² Tomamos la referencia del interesante trabajo de Carmona, Carlos Alberto, *The Arbitrator's Seventh Deadly Sins en The American Review of International Arbitration*, Vol. 33, Issue 4, Agosto 2023, pp. 338 ss.

¹⁰³ Denominado un *club of happy few* o *mutual association for international arbitration*, representado con el acrónimo *mafia* que es ciertamente, según palabras de El Ahdab y Manguy, y coincidimos, un poco ácido. V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, Paris, 2022, pp. 113.

¹⁰⁴ V. Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine y Redfern, Alan, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7ª ed., Oxford, 2022, n° 1.18, p. 6.

¹⁰⁵ Al respecto Carmona, Carlos Alberto, *The Arbitrator's Seventh Deadly Sins en The American Review of International Arbitration*, Vol. 33, Issue 4, Agosto 2023, p. 338, sobre los círculos viciosos señala: "*This leads to a natural familiarity among all these individuals, which can contribute to forming a virtuous circle—making arbitration function properly and providing a base for its*

inversión y en arbitrajes comerciales]) o procurar generar intercambios, gracias a sus resultados, p. ej., realizar concesiones en un determinado arbitraje para que en otros casos a su vez se realicen concesiones a favor del árbitro actuando en otra condición.

Pero incluso, si se trata de un círculo virtuoso (de académicos y profesionales) es necesario tener en cuenta y cuidar el factor humano, y, por lo tanto, procurar que las relaciones o situaciones que involucren a los actores del arbitraje, sean tratadas desde y con transparencia¹⁰⁶ y que además parezcan serlo, p. ej., para evitar conflictos de intereses¹⁰⁷ (v. gr., *double-hatting* o *role confusion*¹⁰⁸), o prevenir situaciones que lleven a estos o al cuestionamiento de la neutralidad arbitral, y en definitiva promoviendo la apariencia y efectividad de la neutralidad, independencia e imparcialidad¹⁰⁹.

El factor humano puede generar, y de hecho genera¹¹⁰, que el árbitro (y las instituciones arbitrales) resulte afectado por prejuicios inconscientes, asunciones implícitas¹¹¹ (también denominadas asociaciones involuntarias), el “peso” de las relaciones con otros actores del mundo arbitral, etc., y con ello puede comprometer la función de actuar de manera independiente e imparcial.

Otro fenómeno que puede poner en riesgo la neutralidad arbitral es la figura del llamado árbitro de parte (*non-neutral arbitrator*).

legitimacy and prosperity. Yet, it can also lead to a vicious circle, where the close relationships between arbitration club members allow for exchanges of confidential information and indiscretions. The relational dimension between these individuals can produce other negative effects on the arbitration proceedings, as a friendship between an arbitrator and a lawyer in the context of a given arbitration may even give rise to an imperceptible tendency to favor one side of the dispute, due to the external social relationship (something usually qualified as unconscious bias)”.

¹⁰⁶ El alcance de la transparencia en el arbitraje internacional ha traído interesantes discusiones, entre ellas, el posible enfrentamiento con una de las ventajas implícitas del arbitraje, como lo es la confidencialidad. V. Silva Romero, Eduardo, *De la confidencialidad del arbitraje y materias aledañas*, en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, pp. 165 ss.

¹⁰⁷ V. Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine y Redfern, Alan, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7ª ed., Oxford, 2022, p. 306.

¹⁰⁸ Véase al respecto el Código de Conducta para Árbitros en la Solución de Controversias Internacionales Relativas a Inversiones de la CNUDMI (2023), aprobado en reunión plenaria 45° de 7 de diciembre de 2023 de la Asamblea General de Naciones Unidas, con el objeto de regular de forma armónica e incluso uniformar deberes de los árbitros, debido a la denunciada pérdida de credibilidad que el arbitraje de inversión ha experimentado gracias a las críticas movidas entre otras razones por la falta de independencia e imparcialidad de los adjudicadores. Sobre los antecedentes véase: *Background_Papers_Double-Hatting_(final)_2021.02.25.pdf* (worldbank.org).

¹⁰⁹ La doctrina destaca la importancia que tiene el deber de revelación. V. Rosenthal, Jeffrey A.; MacKinnon, Ari D.; y Gonzalez Katie L., *Five International Arbitration Trends and Topics*, en *Dispute Resolution Journal*, Julio-Agosto, Vol. 78, No. 2, American Arbitration Association, 2024, pp. 153 ss.

¹¹⁰ De hecho, tal como lo señalan El Ahdab, Jalal y Mainguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage. Théorie et pratique*, París, LexisNexis, 2021, p. 476, el árbitro no es un sacerdote en un desierto.

¹¹¹ Se entiende por prejuicio implícito según Guthrie, Chris; Rachlinski, Jeffrey J.; and Wistrich, Andrew J., “Inside the Judicial Mind” (2001). 781. Cornell Law Faculty Publications. Paper 814. Disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/814>: “*Implicit biases are those automatic attitudes or stereotypes that affect our understanding, actions, or decisions in an unconscious manner. They are attributed to acquired associations, favorable and unfavorable, learned from an early age after continued exposure to direct and indirect messages—the essence of socialization in our modern communities. They reflect a national consciousness created by our media, history, news, and political policy. We are bombarded by images, attitudes, and assumptions daily, and we are bound to internalize some of them. Because implicit biases are activated involuntarily, they generally occur without our awareness or intentional control.*”

Si bien es culturalmente aceptado en algunos sistemas para arbitrajes domésticos¹¹², hoy día la exigencia de neutralidad y asepsia de los árbitros designados por las partes es la regla, especialmente en el ámbito del arbitraje internacional¹¹³.

El árbitro de parte cumple, en la práctica, el rol de defender frente al tribunal arbitral las razones de la parte que lo ha designado.

En los sistemas donde está proscrito, su aceptación puede servir para introducir a un espía de una parte, o como se le ha denominado, un árbitro incestuoso¹¹⁴ o árbitro pícaro¹¹⁵.

Frente a estas posibles desviaciones las instituciones arbitrales en sus reglamentos establecen la obligación de los árbitros de actuar con independencia, imparcialidad (incluyendo obligaciones de revelación), idoneidad, diligencia y confidencialidad, pero, además, muchas incorporan expresamente en sus reglamentos de arbitraje, de manera más o menos analítica, normas de conducta o de ética dirigidas a los árbitros.

Por mencionar sólo algunas normas de conducta¹¹⁶, encontramos: el *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* preparado por la ABA y la AAA¹¹⁷ y que forma parte de las obligaciones que los árbitros AAA están obligados a cumplir¹¹⁸, o el

¹¹² ABA/AAA *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* (2004), p. 2 y 9 ss. En efecto el Canon X del *Code*, establece y desarrolla a la figura del árbitro no-neutral o árbitro de parte, estableciendo, no obstante, ciertas obligaciones como la integridad, justicia y buena fe. En una nota sobre neutralidad de este instrumento, podemos leer: "*The sponsors of this Code believe that it is preferable for all arbitrators including any party-appointed arbitrators to be neutral, that is, independent and impartial, and to comply with the same ethical standards. This expectation generally is essential in arbitrations where the parties, the nature of the dispute, or the enforcement of any resulting award may have international aspects. However, parties in certain domestic arbitrations in the United States may prefer that party-appointed arbitrators be non-neutral and governed by special ethical considerations. These special ethical considerations appear in Canon X of this Code*". En este sentido establece la R.19 (b) de las Reglas de Procedimiento de Arbitraje y Mediación Comerciales de la AAA (2022): "*The parties may agree in writing, however, that arbitrators directly appointed by a party pursuant to Rule R-14 shall be non-neutral, in which case such arbitrators need not be impartial or independent and shall not be subject to disqualification for partiality or lack of independence*".

¹¹³ Las cualidades de independencia e imparcialidad del árbitro son cualidades fundamentales en el arbitraje internacional. Se ha discutido sobre su significado y alcance, al respecto véase por todos González de Cossío, *El árbitro*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n.º 31, ELD, México, 2007, pp. 314 ss.

¹¹⁴ V. Carmona, Carlos Alberto, *The Arbitrator's Seventh Deadly Sins*, en *The American Review of International Arbitration*, Vol. 33, Issue 4, Agosto 2023, p. 338.

¹¹⁵ V. González de Cossío, *El árbitro*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n.º 31, ELD, México, 2007, pp. 384 ss.

¹¹⁶ Además de los ejemplos del texto, podemos mencionar al *Code of Ethics for an Arbitrator* del *Singapore International Arbitration Centre* (Code of Ethics for an Arbitrator - Singapore International Arbitration Centre (siac.org.sg)) o el *Code of Ethical Conduct* de *Hong Kong International Arbitration Centre* (Code of Ethical Conduct | HKIAC).

¹¹⁷ El *Code* está estructurado en diez Cánones, y cada uno contiene y desarrolla principios y deberes u obligaciones de conducta que debe observar el árbitro, por ejemplo, deber integridad y justicia (Canon I), obligación de revelación (Canon II), prohibición de comunicaciones impropias con las partes (Canon III), obligación de conducción del procedimiento de manera justa y diligente (Canon IV), deber de dictar decisión de manera justa, independiente y con deliberación (Canon V), deber de lealtad, compromiso y confidencialidad propias de la misión confiada (Canon VI), obligación de observar estándares de integridad y justicia en cuando a su compensación y gastos (Canon VII), deber de hacer promoción y publicidad de manera honesta y adecuada (Canon VIII), obligación del árbitro nominado de parte de aclarar su estatus y rol, especialmente cuando los árbitros de parte (*non-neutral arbitrators*) estén predispuestos hacia alguna de las partes (Canon IX), deberes éticos aplicables a los árbitros de parte (*non-neutral arbitrators*) no sujetos a las reglas de neutralidad (canon X).

¹¹⁸ Así, el art. 14. 1 de las Reglas de Arbitraje AAA/CIRD (2021), establece: "*Arbitrators acting under these Rules shall be impartial and independent and shall act in accordance with these Rules, the terms of the Notice of Appointment provided by the Administrator, and with The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*".

caso Reglamento del Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA (2020), que incorpora expresamente como parte de su reglamento¹¹⁹, al Código de Ética emanado de dicha institución arbitral¹²⁰, o el Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial (CEMARC) de la Cámara Argentina de Comercio (2017), incorpora asimismo expresamente como parte de su reglamento¹²¹, al Código de Ética de Mediación y Arbitraje del CEMARC¹²².

Otros, como es el caso del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas remiten al tribunal arbitral un documento denominado "Reglas de Actuación y Ética"¹²³ para su aceptación.

Incluso, cuando no existe una norma institucional de conducta aplicable que desarrolle de manera más o menos analítica estas obligaciones, podemos encontrar soluciones en los trabajos de organismos preocupados por regular el ideal de comportamiento de los árbitros, considerando que el arbitraje, aun cuando privado, cumple una función pública¹²⁴.

Así, podemos mencionar las *Rules of Ethics for International Arbitrators* emanadas de la *International Bar Association* (1987)¹²⁵, el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (2019)¹²⁶, las *Guidelines on Standards of Practice in*

¹¹⁹ Establece el art. 1.14: "Reglamento se refiere a este cuerpo normativo, sus apéndices, Código de Ética y cualquier otra disposición normativa dictada por el CEDCA".

¹²⁰ Según el texto del referido Código de Ética, el instrumento desarrolla y establece principios de conducta que son obligatorios para los árbitros, las partes y los testigos que participen en un procedimiento arbitral, desarrollando los principios de justicia e independencia (Art. 1), compromiso (Art. 2), eficacia del procedimiento (Art. 3), confidencialidad (Art. 4), honestidad (Art. 5), y deber de actitud respetuosa (Art. 6).

¹²¹ Dispone el art. 1.4: "Integran el Reglamento: el Anexo I- Tabla de Tasa Administrativa para Arbitraje y Honorarios de los Árbitros; Anexo II- Medidas precautorias prearbitrales; Anexo III- Procedimiento abreviado; Anexo IV- Arbitraje de Clase; y Anexo V Código de Ética de Mediación y Arbitraje del CEMARC".

¹²² De acuerdo con el Código de Ética, se establecen como deberes del árbitro, el deber de independencia e imparcialidad (art. 1), el deber de diligencia y competencia (art. 2), el deber de sigilo (art. 3), el deber de revelación (art. 4), el deber de aceptación de la investidura (art. 5).

¹²³ Art. 2. 24 (2022): "Reglas de Actuación y Ética. Documento contentivo de las normas de actuación y ética emitidas por el CACC que debe observar el árbitro, mediador, árbitro de emergencia o coordinador de negociación".

¹²⁴ V. Vidal, Dominique, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, Paris, 2012, p. 21. Véase asimismo el Preámbulo del ABA/AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (2004), p. 1., donde se señala que: "The use of arbitration to resolve a wide variety of disputes has grown extensively and forms a significant part of the system of justice on which our society relies for a fair determination of legal rights. Persons who act as arbitrators therefore undertake serious responsibilities to the public, as well as to the parties. Those responsibilities include important ethical obligations".

¹²⁵ Las reglas desarrollan la manera en que deben ponerse en práctica las cualidades abstractas del árbitro, como la independencia, imparcialidad, competencia, diligencia y discreción; se refieren así al deber de diligencia y eficiencia del árbitro (r. 1); los deberes del árbitro alrededor de su designación (r. 2); deber de imparcialidad e independencia (r. 3); deber de revelación del árbitro (r. 4); cómo deben ser tratadas las comunicaciones con las partes (r. 5); la prohibición de acuerdos unilaterales sobre honorarios (r. 6), el deber de diligencia del árbitro (r. 7), participación en transacciones o acuerdos para terminar el conflicto (r. 8); y, el deber de confidencialidad de las deliberaciones (r. 9).

¹²⁶ V. Códigos de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje (clubarbitraje.com), en su sección tercera se ocupa de los deberes de los árbitros, así, establece el deber de imparcialidad e independencia (§ 1); deber de abstención por ausencia de imparcialidad e independencia, ausencia de cualificaciones o disponibilidad (§ 2); deber de revelación de situaciones o vínculos que puedan afectar su imparcialidad o independencia (§ 3); deber de investigación de posibles relaciones o conflictos de interés que puedan afectar su imparcialidad o independencia (§ 4); prohibición de comunicaciones unilaterales con las partes o sus representantes y cuándo son estas aceptadas (§ 5), deberes relativos a los honorarios y gastos de los árbitros (§ 6), deberes de independencia,

International Arbitration (2021) emanadas del *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA)¹²⁷, el Código de Conducta para Árbitros en la Solución de Controversias Internacionales Relativas a Inversiones de la CNUDMI (2023)¹²⁸, las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Interés en Arbitraje Internacional (2024)¹²⁹.

En el mismo sentido, las *Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration* (2021) emanadas del *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), comunican las obligaciones de imparcialidad y respeto a los secretarios del tribunal arbitral y al personal de las instituciones en la Directriz IV.C.

Así lo hacen expresamente algunas instituciones arbitrales, como el Reglamento del Centro de Arbitraje de México (CAM)¹³⁰, en sus Directrices del CAM para la designación de Secretarios del Tribunal Arbitral, que cuenta con normas expresas aplicables a la figura del secretario de tribunales arbitrales¹³¹.

De lo dicho hasta ahora podemos rescatar que las obligaciones inherentes a la función de árbitro tienen una fuente inmediata en la aceptación de su función y rol, manifestados en obligaciones concretas previstos en el acuerdo de las partes, las reglas del procedimiento (incluyendo los protocolos o directrices de actuación) y la ley del

imparcialidad y disponibilidad del secretario del tribunal arbitral (§ 7); deberes relacionados con la posibilidades de mediación frente a un procedimiento arbitral (§ 8); y, deber de confidencialidad (§ 9).

¹²⁷ Adicionalmente a los deberes generales que tienen los árbitros de acuerdo con las directrices (Sección I), en la Sección III se establecen deberes concretos de cortesía y respeto hacia los intervinientes en el arbitraje, así como de imparcialidad (III.A), deber de asegurar que los intervinientes en el arbitraje se traten con respeto y cortesía (III.B) y el deber de actuar en forma eficiente (III.C).

¹²⁸ El instrumento es producto de un largo trabajo y aunque fue preparado para arbitrajes de inversión, nada obsta a que sus principios e ideas apliquen al arbitraje en general. El Código fue adoptado en Asamblea General de la Naciones Unidas el 7 de diciembre de 2023, y está compuesto por doce (12) artículos: definiciones (art. 1), aplicación del código (art. 2), independencia e imparcialidad (art. 3), limitación a la multiplicidad de funciones o roles (art. 4), obligación de actuar con diligencia (art. 5), integridad y competencia (art. 6), tratamiento de las comunicaciones ex parte (art. 7), obligación de confidencialidad (art. 8), honorarios y gastos (art. 9), asistentes del árbitro (art. 10), obligación de revelar información (art. 11), cumplimiento con el código (art. 12).

¹²⁹ Inicialmente preparadas por un grupo de expertos en el seno de la *International Bar Association* en 2004, luego modificadas en 2014 y recientemente modificadas nuevamente en 2024, se dividen en dos (2) partes, la primera establece obligaciones de conducta de los árbitros relativos a la independencia, imparcialidad y revelación de los árbitros, a saber, establece el principio general de imparcialidad e independencia (s. 1), regulación de los conflictos de interés (s. 2), obligación de revelación (s. 3), renuncia de las partes a objetar (s. 4), alcance y aplicación de las reglas (s. 5), relaciones del árbitro (s. 6), obligaciones de las partes y del árbitro (s. 7); la segunda parte regula la aplicación práctica de los estándares generales, estableciendo una serie de hipótesis ilustrativas de posibles conflictos de interés que pueden dar lugar al cuestionamiento de la imparcialidad, independencia o violación del deber de revelación. Así, encontramos una lista roja irrenunciable (s. 1), de supuestos extremos que ilustran casos de parcialidad o dependencia; una lista roja renunciable (s. 2), de supuestos que constituyen casos que razonablemente comprometen la imparcialidad o independencia del árbitro; una lista naranja (s.3), de supuestos menos graves a los descritos en la lista roja renunciable que generan dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, que pueden ser renunciadas por la parte afectada; y una lista verde (s. 4), de supuestos considerados como hipótesis que no generan conflictos de interés.

¹³⁰ Art. 26. 6 (2022): "El Tribunal Arbitral, previa consulta a las Partes, podrá designar a una persona para desempeñarse como secretario del Tribunal Arbitral, conforme a las directrices del CAM".

¹³¹ La Directriz A.2, establece: "El Tribunal Arbitral deberá verificar que la persona que desea nombrar como secretario del Tribunal Arbitral reúna los requisitos de disponibilidad, independencia e imparcialidad establecidos en las Reglas de Arbitraje del CAM, para lo cual, le solicitará la firma de su declaración. Asimismo, tendrá los mismos deberes de confidencialidad que el Tribunal Arbitral".

lugar del arbitraje; y, en su defecto, por normas de derecho blando que representan las mejores prácticas arbitrales.

5.2. Comportamiento de las instituciones o centros de arbitraje

También los centros de arbitrajes (o autoridades nominadoras de árbitros) asumen obligaciones frente a la comunidad en general y en particular frente a las partes (y frente a los árbitros), que no sólo deben ser enmarcadas dentro de las relaciones jurídicas propias que nacen p. ej., del contrato de administración del arbitraje, sino que se manifiestan también como obligaciones de comportamiento u obligaciones éticas¹³².

Las obligaciones de las instituciones arbitrales son, por una parte, administrativas (o no jurisdiccionales), y, por otra parte, obligaciones jurisdiccionales.

En ambos casos, su fuente es en principio contractual, y generalmente están identificadas en los reglamentos arbitrales o en la *lex arbitri* de la sede del arbitraje.

Lo cierto es que la institución arbitral asume en sus relaciones con la administración del arbitraje un rol objetivo, transparente¹³³, imparcial e independiente, similar al rol del árbitro, aunque, como es lógico, no le corresponde la decisión y la resolución de la controversia.

Un tema que ha llamado la atención en los últimos años ha sido la proliferación de instituciones arbitrales, lo que aumenta la posibilidad de ofertas de servicios en el mercado de instituciones o centros que no cuentan con la experiencia ni con la capacidad o estructura que les permita prestar servicios asumiendo una función transparente, eficiente, imparcial e independiente; e incluso, estas puedan verse afectadas por factores no jurídicos para atraer más casos, usuarios y/o procurar no perder los casos y/o usuarios con los que ya cuentan, circunstancia que puede poner en tela de juicio su independencia o imparcialidad¹³⁴.

¹³² Por ejemplo, es el caso de la Carta Ética del Arbitraje de la Federación de Centros de Arbitraje de Francia (2014), art. 4, que establece: "*Les Centres d'arbitrage devront faire respecter la présente Charte éthique par les acteurs de l'arbitrage. Ils doivent également, en toutes circonstances, respecter et faire respecter le règlement et les lois régissant la procédure arbitrale. En tant qu'autorité de désignation des arbitres, ils se feront préalablement confirmer l'indépendance, l'impartialité et la disponibilité de ceux qu'ils désignent. Ils s'assureront, selon la méthode propre à chaque centre, de la compétence, de la diligence et de la courtoisie des acteurs de l'arbitrage. En bonne intelligence avec le tribunal arbitral, ils veilleront à une application mesurée des délais de la procédure de façon à éviter les comportements dilatoires et à permettre à la justice arbitrale d'être rendue dans de bonnes conditions*".

¹³³ V. González, María Alejandra, *Algunas reflexiones en torno al deber de transparencia de las instituciones arbitrales a la luz del Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje de 2019 y la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, en *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Extraordinario, Club Español del Arbitraje, España, 2020, pp. 113 ss.

¹³⁴ V. González, María Alejandra, op. cit., p. 116, quien señala: "... en la mayoría de los países, las instituciones arbitrales están vinculadas a cámaras de comercio, las cuales agrupan a gran cantidad de empresas nacionales y transnacionales, que se valen del relacionamiento para promocionar sus propios productos y servicios, sin embargo, esto no supone ni puede suponer un tratamiento especial hacia ellas, ya que el centro de arbitraje debe ser y permanecer independiente...".

Dentro de los instrumentos que se ocupan del adecuado funcionamiento de los centros o instituciones de arbitraje, nuevamente el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (2019), es un buen ejemplo de mejores prácticas.

La Sección I del Código, establece como deber principal de las instituciones arbitrales, el deber de independencia, que debe ser tanto funcional como orgánica, correspondiéndoles contar con instrumentos de funcionamiento que lo garanticen, además de contar con una estructura que permita la justa y eficiente administración de asuntos arbitrales.

El Código recomienda que las instituciones arbitrales cuenten con un Código Deontológico (Sección I, § 3.1), que establezca el deber de independencia e imparcialidad de los órganos de la institución así como de sus dependientes, regule los supuestos de incompatibilidades de estos y en general regule el comportamiento frente a las partes, abogados y peritos; establece asimismo una serie de, entre ellas, obligaciones de diligencia administrativa (§ 3.2), obligaciones de custodia de información y protección de datos (§ 3.3), obligaciones relacionadas con el tratamiento de las cuentas anuales (§ 3.4); en cuanto al procedimiento arbitral se establecen obligaciones de órganos como la Corte y del Secretario General (§ 4.1), obligaciones relacionadas con el nombramiento, confirmación, recusación y sustitución de los árbitros (§ 4.2), recomendaciones y obligaciones relacionadas con las listas de árbitros (§ 4.3), obligaciones relacionadas con la gestión financiera de los procedimientos arbitrales (§ 4.4), obligaciones relacionadas con la transparencia del centro de arbitraje, su información, de los procedimientos arbitrales y la publicidad de los laudos (§ 4.5).

5.3. Comportamiento de los testigos y/o expertos

El tipo de situaciones que involucran a los testigos y expertos, se dan desde la perspectiva de la prueba. Estos se suponen, en principio, terceros ajenos al conflicto, de quienes se requiere asistencia en un asunto particular concerniente al arbitraje que es necesario aclarar, conocer o determinar.

De manera que, sea cual sea la aproximación a su tratamiento (sistemas que permiten preparar al testigo o al experto vs. sistemas que no¹³⁵), la función de estos es servir como auxiliares de la función imparcial e independiente del tribunal arbitral en el conocimiento de los hechos o del derecho.

Sin embargo, no son pocos los casos, especialmente en el caso de testigos expertos¹³⁶, donde estos puedan comportarse como auténticos partisanos dispuestos a

¹³⁵ V. Singh, Natasha, *Nothing but the truth: Limits on witness preparation in International Arbitration*, en *Asian Dispute Review*, Abril 2024, pp. 48 ss.

¹³⁶ V. González de Cossío, Francisco, *El prurito del perito y el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje*, en *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Extraordinario, Club Español del Arbitraje, España, 2020, pp. 445 ss.

decir cualquier cosa en aras de ayudar a la parte que lo designó, no sólo en el procedimiento arbitral, sino incluso mediante la influencia que pueda tener como miembro de una comunidad profesional o académica, perdiendo así ese propósito de auxiliar objetivo del tribunal arbitral.

Para los testigos y expertos se han diseñado asimismo reglas de conducta, bien en los propios reglamentos institucionales¹³⁷, o recogidas en reglas blandas, consideradas las mejores prácticas.

En este sentido, la Sección Quinta del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (2019)¹³⁸, se refiere al asunto, estableciendo el deber de independencia, objetividad y veracidad del perito (§ 1), deber de aceptar la designación haciendo referencia al reconocimiento de su obligación de independencia e imparcialidad y revelando las circunstancias que pudieran poner en dudas estos (§ 2), deber de revelación, su alcance y una lista de circunstancias no exhaustivas que deben ser reveladas (§ 3), cuál es el contenido ideal del informe presentado por el perito (§ 4), el deber de respeto y lealtad que debe el perito (§ 5), obligaciones relacionadas con los honorarios de los peritos (§ 6), obligación de confidencialidad del perito (§ 7).

También las *Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration* (2021) emanadas del *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), establecen en su sección IV deberes para los expertos y testigos de hecho, así, establece el deber fundamental de honestidad, no realizar falsas declaraciones y corregirlas inmediatamente cuando se hayan realizado (IV.A) y el deber que tienen los testigos y expertos de cumplir un rol de asistencia hacia el tribunal arbitral (IV.B).

5.4. Comportamiento de otros sujetos

Finalmente, podemos mencionar situaciones en las cuales son sujetos ajenos al arbitraje, pero que actúan frecuentemente en la comunidad arbitral y tienen influencia en ella, quienes pueden de manera inapropiada incidir en el trámite arbitral o en su resultado.

Acá debemos tener en cuenta que el arbitraje es generalmente entendido como un mecanismo de resolución de controversias reservado o confidencial¹³⁹.

¹³⁷ P. ej., el art. 32.1 (2019) del Reglamento de Procedimiento TAB, establece el deber de independencia e imparcialidad de los peritos, además del deber de confidencialidad previsto en el art. 46. 1.

¹³⁸ Para la elaboración de la Sección correspondiente a la conducta de peritos y testigos, la comisión correspondiente tomó en consideración las disposiciones pertinentes de las Reglas de la IBA sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional (2010); el *Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration* del CI Arb; y el Reglamento sobre Peritos de la CCI (2015).

¹³⁹ Nos referimos con esto a aquellos portales o iniciativas que hacen públicas actuaciones arbitrales reservadas, sin obtener los permisos y autorizaciones correspondientes. Recordemos, nuevamente que el arbitraje, especialmente el internacional, es considerado altamente rentable, de manera que los intereses económicos, comerciales, políticos e incluso geopolíticos están presentes, directa o indirectamente, por lo que "cualquier" manera de incidir en el trámite arbitral o en su resultado, por medios no

La posibilidad de que terceros afecten la eficacia y justicia de un arbitraje es muy frecuente, dada la importancia que tiene el mecanismo y de los conflictos que se someten a su resolución.

Lo cierto es que más allá de remedios internos, debe estudiarse y tenerse presente la eventual responsabilidad que pueda tener un tercero ajeno al procedimiento, bien por normas que rijan su desempeño, función o profesión, como normas de derecho común relativas a la responsabilidad en que incurran.

6. Obligaciones de comportamiento dentro de un arbitraje

El problema primario radica en determinar qué sistema de normas u ordenamiento aplicar -lo que variará naturalmente dependiendo de a cuál sujeto procesal nos refiramos (árbitros, partes, representantes o expertos)- y establecer a su vez si las soluciones eventuales que arrojen esos ordenamientos son coherentes con el sistema arbitral y su función.

Las normas deontológicas que los Estados u órganos disciplinarios dictan para regular las conductas de abogados y profesionales en la defensa, jueces, peritos, testigos y de otros protagonistas de procesos y mecanismos judiciales, no se han diseñado, en principio, para procedimientos arbitrales.

Generalmente al aproximarnos al tema de las obligaciones de comportamiento de los sujetos en un proceso arbitral, se sugieren que sean estándares de conducta¹⁴⁰ los que guíen la operación de determinación y análisis del comportamiento relacionados con el procedimiento arbitral, como actuaciones acordes o no con la lealtad¹⁴¹ y la

arbitrales o fuera del sistema arbitral, es posible. Recientemente tuvimos una experiencia donde un portal de noticias arbitrales publicó una nota relativa a un laudo CCI dictado en un procedimiento reservado y confidencial, que no había sido notificado a una de las partes. La particularidad es que el tercero no sólo tenía conocimiento del laudo, antes de ser formalmente notificado a una de las partes, sino además que la nota se refería a los abogados de una de las partes revelando información personal e íntima, hacía conjeturas sobre las posibles acciones o remedios contra el laudo y su posible destino (antes de ser notificado a una de las partes). Además, otra cuestión que llamó la atención es que la nota se refiere a una de las firmas de abogados que participó como una firma que no se había visto antes en la arena del arbitraje internacional, lo que es sin lugar a duda una forma "sofisticada" de intentar descalificar a una de las partes (o a sus abogados). Vemos como en casos como estos se afectan por una nota de prensa, el carácter confidencial del procedimiento arbitral, el derecho a la intimidad de los representantes de las partes, el derecho a no ser discriminado y la diversidad en el arbitraje internacional.

¹⁴⁰ Considera Rogers, Catherine A., *Ethics in international arbitration*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, *Terminology*, que el término "estándar", no es el más apropiado para describir los imperativos de conducta que se deben cumplir, entre otras razones, por el riesgo de que no sean aceptados como legítimos sustitutos de las reglas o normas de ética ya establecidas y por la vaguedad de determinación de un estándar.

¹⁴¹ En el caso del Código de Procedimiento Civil francés (2011), donde se establece la aplicación expresa al arbitraje del principio de lealtad en su artículo 1464, cuya parte pertinente es del tenor siguiente: "*Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure*".

probidad, comportamiento adecuado¹⁴² e incluso estándares contractuales, como actuar de buena fe¹⁴³, como un buen padre de familia¹⁴⁴ o persona razonable.

Identificar la aplicación de estos estándares es un paso importante, sin embargo, puede que no sea suficiente.

Con el término estándar se hace referencia a disposiciones normativas o expresiones elásticas o flexibles basadas en criterios intencionalmente indeterminados¹⁴⁵.

Al estar en presencia de un “estándar” o “cláusula general”¹⁴⁶, correspondería darle contenido.

La vaguedad, ambigüedad o discrecionalidad puede encender las alarmas frente a riesgos de integración (o creación normativa) de soluciones caso por caso -tal como ocurre p.ej., cuando se habla de buena fe contractual, aplicable al mérito del asunto¹⁴⁷- pues no estamos en presencia de un problema semántico sino casuístico, que se corresponde con lo que se ha llamado lagunas dinámicas¹⁴⁸.

La buena fe es uno de esos estándares de comportamiento que ha sido incorporado a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su versión de 2006, como pauta de interpretación.

¹⁴² En el caso de la Ley de Arbitraje Inglesa (1996), se establecen deberes u obligaciones irrenunciables para partes y árbitros, los primeros de actuar de manera adecuada (*proper*) y expedita; y los segundos de actuar con justicia e imparcialidad. Los deberes generales de los árbitros están previstos en la sección 33, mientras que los deberes generales de las partes están previstos en la sección 40.

¹⁴³ V. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 5ª ed., Porrúa, México, 2018, p. 345.

¹⁴⁴ V. De Lorenzi, Valeria, *Buon padre di famiglia*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Utet, Turín, 1988, pp. 126 ss.

¹⁴⁵ V. Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1987, p. 780.

¹⁴⁶ Estos términos, expresiones o sintagmas, se les denomina asimismo cláusulas generales, válvulas de seguridad, conceptos válvula o normas en blanco que se corresponden con nociones elásticas, fluidas, flexibles e incluso, según parte de la doctrina, con reglas no propiamente jurídicas en las cuales se delega al intérprete la tarea de especificarlas, desarrollarlas e integrarlas, y cuya función consiste “en ampliar el espectro de las hipótesis concretas subsumibles bajo el paraguas de la previsión mediante la creación de reglas por parte del juez”. Es decir, que una disposición normativa que contemple una cláusula general tendrá como características indefectibles, dar paso a la producción normativa por parte del juzgador. V. Guarneri, Attilio, *Clausole generali*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, 4ª ed, Utet, Turín, 1988, pp. 403 ss., Velluzi, Vito, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 17-18. V. Guarneri, Attilio, *Buon costume*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Utet, Turín, 1988, p. 121. V. Natoli, Roberto, *I remedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regola di validità e regole di responsabilità)*, en *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, coord. S. Pagliantini, Giappichelli, Turín, 2010, pp. 313.

¹⁴⁷ Se presentan constantes discusiones y tensiones sobre la aplicación del principio de buena fe contractual por los árbitros, concretamente en la determinación del alcance de la potestad de integración y de la posibilidad de colmar lagunas en aplicación de principios generales de derecho internacional y la *lex mercatoria*. V. Cremades, Bernardo, *Good faith in international arbitration*, en *American University International Law Review*, Vol. 27, Issue 4, 2012, p. 776. Asimismo, véase Díaz-Candia, Hernando, *Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional*, en *Revista venezolana de legislación y jurisprudencia*, N° 15, 2020, Caracas, pp. 45 ss.

¹⁴⁸ V. Natoli, Roberto, op. cit., p. 314. Su existencia se debe a una forma poco convencional de regular la conducta, pues –como se señaló– la indeterminación de su(s) significado(s) es intencionada. V. Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 3ª ed., Presses Universitaires de France, París, 1987, p. 465, define a las lagunas *intra legem* como: “*Lacune volontaire (de la part du législateur) qui se traduit dans la loi par l'utilisation de notions intentionnellement vagues (ou par un renvoi exprès à la coutume, aux usages, à la pratique)*”.

Establece en su artículo 2: "A. 1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe"¹⁴⁹.

Algunos ordenamientos jurídicos han incorporado esta disposición normativa a sus leyes de arbitraje, así, por ejemplo, se hace en el art. 7. G) de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Argentina (2018)¹⁵⁰, en el art. 64 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia (2012)¹⁵¹, en el artículo 2.A. 1) de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica (2024)¹⁵², en la Sección 9 de la Ordenanza de Arbitraje de Hong Kong (2011)¹⁵³, en el artículo 2B de la Ley de Arbitraje de Mauricio (2008)¹⁵⁴, o en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Panamá (2013)¹⁵⁵.

Otras no han reproducido expresamente la norma CNUDMI 2006, pero han incorporado a la buena fe como un principio aplicable al arbitraje, como es el caso de la Ley de Arbitraje de Perú (2008), en su artículo 38¹⁵⁶.

En materia de pruebas las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), adoptan a la buena fe como principio de actuación de las partes¹⁵⁷.

¹⁴⁹ De hecho, para la modificación se tomaron en cuenta dos instrumentos ya vigentes, por un lado, el artículo 7 de la Convención las Naciones Unidas sobre los Contratos de Venta Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980), que establece: "1) En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional", y en el artículo 3 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico de 1996, que reza: "1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe". V. UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration (1985, with amendments as adopted in 2006), p. 15. Asimismo véase Holtzman, Howard M., y Neuhaus, Joseph, *A Guide to 2006 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary*, Kluwer, 1989, p. 217. También Fernández Arroyo, Diego P., *Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral*, en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013, p. 234.

¹⁵⁰ Es del tenor siguiente: "A los efectos de la presente Ley: ... g) En la interpretación e integración de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional, su carácter especial, la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe...".

¹⁵¹ Establece, respecto al arbitraje internacional: "En la interpretación del arbitraje internacional habrán de tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe".

¹⁵² Que dispone: "... En la interpretación de la presente ley habrá de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe. Este principio de interpretación se aplicará tanto al arbitraje internacional como al doméstico".

¹⁵³ Dispone: "(1) *In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith*".

¹⁵⁴ Que es del siguiente tenor: "2B. *In applying and interpreting this Act and in developing the law applicable to international arbitration in Mauritius – (a) regard shall be had to the origin of the Amended Model Law, the corresponding provisions of which are set out in the Third Schedule, and to the need to promote uniformity in the application of the Model Law and the observance of good faith...*".

¹⁵⁵ Que reza lo siguiente: "En la interpretación de la presente Ley, habrá que tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe".

¹⁵⁶ Que establece: "Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje".

¹⁵⁷ En el Preámbulo de las Reglas, podemos leer: "3. La práctica de la prueba se realizará bajo los principios de que cada Parte debe actuar de buena fe y tiene derecho a conocer, con antelación suficiente a cualquier Audiencia Probatoria o a la determinación de los hechos o fundamentos, aquellas pruebas en que las demás Partes sustentan sus pretensiones".

Asimismo, en las Directrices de la IBA sobre Representación de Partes en Arbitraje Internacional (2013), se establece el criterio de la buena fe para medir el comportamiento incorrecto de un representante de parte¹⁵⁸.

Es también un principio reconocido a través de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975), que, de acuerdo con su artículo 3, incorpora las Reglas de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, que, a su vez, reconoce el principio de buena fe en su artículo 21. 5¹⁵⁹.

De esta manera se ha afirmado la adopción uniforme en el arbitraje de un estándar indeterminado como el de la buena fe¹⁶⁰.

Algunos centros de arbitraje incorporan el deber (*rectius est* obligación) general de los participantes de actuar de buena fe, como el Reglamento de Procedimiento del Tribunal Arbitral de Barcelona¹⁶¹, el Reglamento de Arbitraje del CIAM-CIAR¹⁶², el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid¹⁶³, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas¹⁶⁴, el Reglamento General del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cali¹⁶⁵, el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Londres¹⁶⁶, el Reglamento de

¹⁵⁸ La Directriz 27, establece: "*In addressing issues of Misconduct, the Arbitral Tribunal should take into account: ... (d) the good faith of the Party Representative...*".

¹⁵⁹ Art. 21. 5 (2019): "Las partes aceptan que en todo momento deberán actuar de buena fe y a favor de una conducción justa, eficiente y expedita del procedimiento arbitral".

¹⁶⁰ V. Castagnino, Diego Thomas, *La buena fe en el arbitraje comercial venezolano*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Año 2018-2019, N° 73, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, p. 299. Véase asimismo Monsalve García, Wilfredo, *Buena fe procesal y revelaciones de las tácticas de guerrilla*, en *Marc. Revista de Medios Alternativo de Resolución de Controversias*, Mayo 2024, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, 2024, pp. 12 ss.

¹⁶¹ Art. 20 (2023): "5. Todos aquellos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme a los principios de confidencialidad y buena fe".

¹⁶² Art. 28 (2024): "Reglas de procedimiento. ... Omissis... 3. Todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme a los principios de confidencialidad y buena fe en la conducción del procedimiento. Las partes y sus representantes deberán evitar dilaciones innecesarias en el procedimiento y sus actuaciones podrán ser tenidas en consideración por los árbitros en la determinación de las costas".

¹⁶³ Art. 28 (2025): "Reglas de procedimiento. ... Omissis... 3. Todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme a los principios de confidencialidad y buena fe en la conducción del procedimiento. Las partes y sus representantes deberán evitar dilaciones innecesarias en el procedimiento y sus actuaciones podrán ser tenidas en consideración por los árbitros en la determinación de las costas".

¹⁶⁴ Art. 53 (2022): "Buena fe. Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el Tribunal Arbitral en el correcto desarrollo del arbitraje".

¹⁶⁵ Art. 1.17 (2020): "Obligaciones. Las personas sujetas al presente Reglamento deberán cumplir las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las demás contenidas en otros reglamentos o en la ley: ... Omissis... 9. Ceñirse en sus actuaciones al postulado de buena fe".

¹⁶⁶ Art. 32.2 (2020): "*For all matters not expressly provided in the Arbitration Agreement, the LCIA, the LCIA Court, the Registrar, the Arbitral Tribunal, any tribunal secretary and each of the parties shall act at all times in good faith, respecting the spirit of the Arbitration Agreement, and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognised and enforceable at the arbitral seat*".

Arbitraje de la *Shenzhen Court of International Arbitration (SCIA)*¹⁶⁷, las *Swiss Rules of International Arbitration* del Centro de Arbitraje Suizo (CAS)¹⁶⁸, por mencionar algunos¹⁶⁹.

La expresión “buena fe” se presenta en el mundo jurídico en (al menos) una doble dimensión, por una parte, una dimensión eminentemente sustancial, respecto a las relaciones contractuales o extracontractuales, y una dimensión “procesal”, dirigida propiamente a los procesos, a las instancias (peticiones) y las conductas de los sujetos que intervienen en ellos¹⁷⁰.

Parece que la dimensión a la que se refiere la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, las leyes que la adoptan y aquellas que incorporan el principio, es esta última, es decir, la procesal (o podemos llamarla ¿dimensión arbitral?).

Desde la perspectiva arbitral, este concepto válvula parece dividirse a su vez en dos subdimensiones, de modo simultáneo y paralelo, vale decir, una dimensión contractual-arbitral o relativa a las prestaciones contractuales que se relacionan con el acuerdo de arbitraje (y al nudo de contratos), y a una dimensión procesal-arbitral, relativa propiamente a la conducta de los intervinientes en el proceso arbitral.

Aunque desde un punto de vista dinámico, será difícil separar una subdimensión de la otra.

Con la consagración expresa de la buena fe, se abre una puerta de entrada para reconocer la uniformidad o al menos la armonía de un estándar de conducta indeterminado.

Si bien es un avance en el tema que nos ocupa, es necesario señalar, a su vez, que este estándar “uniforme” de la buena fe, no es tan uniforme como parece¹⁷¹. Pues, insistimos, se trata de un estándar indeterminado.

¿Pero qué pasa si las leyes de arbitraje o los reglamentos no establecen la aplicación de este principio o estándar de conducta?

¹⁶⁷ Art. 7 (2024): “1. *All the parties and their representatives shall proceed with the arbitration in bona fide and in a cooperative manner...*”

¹⁶⁸ Art. 16. 1 (2021): “*All participants in the arbitration proceedings shall act in good faith and make every effort to contribute to the efficient conduct of the proceedings and to avoid unnecessary costs and delays. The parties undertake to comply with any award or order made by the arbitral tribunal or emergency arbitrator without delay...*”

¹⁶⁹ También encontramos referencia al principio de buena fe en reglamentos para arbitrajes *ad-hoc*, como las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre el Arbitraje Independiente. Art. 32 (2021): “4. Todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme a los principios de confidencialidad y buena fe”.

¹⁷⁰ En otro lugar damos las razones para separar la buena fe del derecho privado, especialmente la buena fe contractual, de la llamada buena fe procesal (en procesos judiciales). V. González Carvajal, Jorge I., *La conducta procesal de las partes*, Bosch, Barcelona, 2021, pp. 112 ss.

¹⁷¹ Como señala Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 25ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por R. S. Contreras López, Porrúa, México, 2023, p. 447, “... los autores dan descripciones románticas de lo que se debe hacer si se actúa de buena fe, pero no dicen qué es la buena fe”.

La solución estaría en la aplicación de la buena fe, como principio general¹⁷², aplicable a todo contrato, incluyendo al acuerdo de arbitraje y el nudo de contratos.

Sin embargo, el criterio de la buena fe sería un criterio residual, vale decir, a falta de disposición arbitral (regla), acudiríamos a este principio que nos abriría las puertas a un conjunto de reglas no escritas para ese proceso, pero aceptadas, para colmar lagunas.

Así, el valor de las normas de conducta previstas en instrumentos de *soft law* -salvo que las leyes o propios reglamentos ofrezcan una solución respecto a la determinación de la conducta en el arbitraje- serviría para guiar a los sujetos en la organización y tramitación ética del proceso arbitral y eventualmente colmar lagunas, al tratarse de cuerpos de normas que flotan por encima de las legislaciones estatales (llamado por la doctrina: *lex proceduralia*¹⁷³).

Esto daría un cierto grado de previsibilidad y generaría expectativas razonables¹⁷⁴ a lo que podemos esperar como comportamientos adecuados en un arbitraje.

Por ejemplo, en cuanto respecta a sujetos diferentes al tribunal arbitral o a las instituciones arbitrales, si aquellos nada establecen, queda de la institución arbitral, y fundamentalmente del tribunal arbitral, procurar incorporar en los momentos correspondientes normas reconocidas como las mejores prácticas y recogidas en instrumentos de *soft law*, para que resulten indudable y contractualmente vinculantes para los intervinientes del procedimiento arbitral.

Estas servirán en última instancia, como criterios subsidiarios, si ninguna fuente vinculante brinda una solución, para considerar que una conducta dentro del procedimiento arbitral es inadecuada.

En cuanto respecta al tribunal o instituciones arbitrales, los criterios de corrección se presentan con mayor claridad, pues las leyes en general se expiden sobre las obligaciones de actuar de manera imparcial, independiente y eficiente; de las cuales pueden deducirse otras, incluso implícitas, para evaluar si efectivamente el comportamiento está (o estuvo) dirigido a la resolución justa y eficiente de la controversia.

¹⁷² P. ej., establece el art. 1796 del Código Civil Federal de México: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley". En el mismo sentido v. art. 1796 Código Civil para el Distrito Federal y el art. 1160 del Código Civil de Venezuela. V. González Carvajal, Jorge I., *Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos paradigmáticos y nuevas dimensiones*, en *Derecho y sociedad*, N° 12, Universidad Monteávila, Caracas, 2016, pp. 170 ss.

¹⁷³ En este sentido, Kurkela, Matti S., y Turunen, Santtu, *Due process in international commercial arbitration*, 2 ed., Nueva York, 2010, p. 202, señalan: "*The binding force of the lex proceduralia is not based on its formal authority, but rather on its effect as an interpretive framework for other norms and the filling in of gaps in the law, along with the more directly binding force of other legal institutions. Also, lex proceduralia refers to the international and customary nature of the body of law in question instead of being just a part of the national formally valid system of norms.*"

¹⁷⁴ V. Feinman, Jay M., *Good Faith and Reasonable Expectations*, en *Arkansas Law Review*, Vol. 67, No. 3, 2014, pp. 525 ss.

Creemos que el razonamiento en los supuestos brevemente analizados es relativamente sencillo para llegar a esa solución.

En primer lugar, toda industria, ciencia o servicio especializado cuenta con estándares o normas de comportamiento, en ocasiones bajo la forma de ley y en otras no; estos estándares integran el ideal de comportamiento contractual necesario para considerar cuándo la persona obligada se comportó de acuerdo con ellos y cuándo no; esta medida de comportamiento es lo que se ha conocido tradicionalmente como “diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones”¹⁷⁵.

La diligencia debida, al menos contractual, la podemos obtener, a falta de disposición expresa, de las normas que la misma comunidad arbitral ha diseñado (*lex proceduralia*); estas se incorporarían como normas que establecen la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones inexpresas derivadas del acuerdo de arbitraje y del nudo de contratos, y de la situación jurídica de respeto que generan frente a los terceros a estos.

En síntesis, creemos que la fuerza contractual del acuerdo de arbitraje (como del nudo de contratos que nacen a su alrededor) al estar reconocido por los propios Estados (tanto en las leyes arbitrales como en los tratados internacionales), incorpora la posibilidad de colmar las lagunas con normas de conducta previstas en instrumentos de *soft law*, con el objeto de alcanzar la finalidad y función del arbitraje.

7. Frente a las inconductas arbitrales ¿Prevenir o sancionar?

Las soluciones y respuestas que se den a las situaciones relativas a la conducta de los sujetos en el arbitraje deben tener en miras la función y el propósito del arbitraje: resolver la controversia de manera justa y eficiente.

De esta manera, el derecho arbitral no debería ocuparse de “educar” mediante sanciones a los participantes en un procedimiento arbitral concreto, sino de lograr o permitir que el mecanismo de resolución logre su propósito.

La aplicación de sanciones de orden disciplinario o penal correspondería al sistema de normas correspondiente (disciplinario o penal), aunque debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de la licitud de una conducta arbitral no debería, idealmente, ser considerada por otro subsistema (penal o disciplinario) como ilícito.

¹⁷⁵ El estándar de comportamiento contractual parte generalmente de la conducta del buen padre de familia o de la persona razonable, sin embargo, estos últimos son también conceptos válvula. La solución a la indeterminación de qué conducta se espera en cada caso concreto del obligado, a falta de disposición normativa expresa, se soluciona generalmente con la referencia a los estándares de comportamiento del sector, industria o actividad del obligado. V. De Lorenzi, Valeria, *Buon padre di famiglia*, op. cit., pp. 126 ss.

De manera que, la primera línea de defensa contra las conductas inadecuadas o tácticas de guerrilla debería emanar del propio derecho arbitral, y especialmente, del adecuado uso y administración de las normas sobre procedimiento arbitral¹⁷⁶.

Así, parece que el primer antídoto contra las conductas inadecuadas o las tácticas de guerrillas es la prevención, que se puede cultivar mediante el reconocimiento e incorporación a cada procedimiento de protocolos que recogen la experiencia y estudio de casos hipotéticos de inconductas y de mejores prácticas aplicables al arbitraje.

Como hemos visto, existen una serie de instrumentos que recogen las mejores prácticas arbitrales respecto a la sustancia ética o de comportamiento correcto que debe prevalecer en el debate arbitral.

Aquellas tendrían entrada en los momentos cruciales de organización del procedimiento, sirviendo para tales efectos su coordinación con otros instrumentos que sirven a este último propósito, como, por ejemplo, las Notas de la CNUDMI sobre la Organización de Procedimientos Arbitrales (2016)¹⁷⁷, la Guía para la Conducción Eficaz del Arbitraje de la CCI (2014), las Notas a las Partes y a Tribunales Arbitrales sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021)¹⁷⁸, las Practice Note de las *Swiss Rules of International Arbitration*¹⁷⁹ del Centro de Arbitraje Suizo, los *Protocols for Expedient, Cost-Effective Commercial Arbitration* (2010) del Colegio de Árbitros Comerciales (CCA)¹⁸⁰, etc.

Estas pueden ser de utilidad para la organización del procedimiento, la conducción eficiente del arbitraje y el ejercicio de la autoridad del árbitro¹⁸¹ o de la institución arbitral, cuando aplique, partiendo de reglas claras desde su inicio y desarrollo¹⁸².

Las partes y el tribunal arbitral (e incluso las instituciones arbitrales), deberían encargarse en primer lugar de incorporar las normas de conducta de los participantes en los momentos iniciales del arbitraje (e incluso en el propio acuerdo de arbitraje), pues

¹⁷⁶ Ha sido reclamada una necesidad de que la comunidad arbitral asuma la responsabilidad primaria de autorregulación de la ética de sus participantes. V. Rogers, Catherine A., *Ethics in international arbitration*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, A. Thesis and themes y 1.09, señala: "... the term 'self-regulation' can be understood to mean ethical regulation principally managed within international arbitration processes and institutions, as opposed to being managed externally by national courts and institutions, or national or sub-national bar authorities".

¹⁷⁷ V. UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016) | United Nations Commission On International Trade Law.

¹⁷⁸ V. Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration - 01-01-2021 - ICC - International Chamber of Commerce (iccwbo.org).

¹⁷⁹ V. Practice-Note (swissarbitration.org)

¹⁸⁰ V. CCA Protocols - College of Commercial Arbitrators (ccarbitrators.org).

¹⁸¹ Señala Mattiaccio L., Richard y David C. Singer, *Sanctions in commercial arbitration*, New York Law Journal, 2022, la importancia del deber del árbitro de manejar el arbitraje siguiendo los mejores estándares o protocolos para sustanciar un arbitraje, incluyendo la aplicación de normas institucionales para el manejo justo y eficiente del proceso arbitral, y de ejercer su autoridad a los fines de cumplir con la promesa de resolución justa y eficiente del conflicto, v. r. 23, AAA Reglas de Arbitraje Comercial (2022) (AAA Rules) R-24; Reglas de Arbitraje CCI (2021) artículo 22.1; CPR Reglas de Arbitraje para Arbitrajes Domésticos (2019) (CPR Rules) Preámbulo, Artículo 9.2.

¹⁸² V. Martínez, Luis Manuel, *A guide to ICDR case management, ICDR Awards and Commentaries*, Vol. 2, 2023, pp. 2 ss.

son ellos los principales responsables y garantes de la regularidad procesal, integridad y de la eficacia del arbitraje.

En defecto de estos acuerdos, el tribunal arbitral, tiene facultades procesales que le permiten, bien desde las normas arbitrales de los Estados¹⁸³ o bien desde las normas genéricas de instituciones y procedimientos arbitrales¹⁸⁴, conducir el procedimiento de manera eficiente.

Sin embargo, por no contar los tribunales arbitrales con *imperium*, se ha considerado que en esta materia de dirección y conducción del procedimiento arbitral se debe ser prudente, para así no afectar la posibilidad de las partes de presentar su caso e invitando en todo caso a las partes a hacer comentarios sobre las solicitudes de su contraparte¹⁸⁵, pero ser prudente no significa que el tribunal arbitral deba dejar de ser firme¹⁸⁶.

En cualquier caso, el tribunal arbitral debe estar en condiciones de ejercer de manera eficiente la autoridad que le ha sido conferida, tanto por las partes y reglamentos como por la ley aplicable¹⁸⁷.

¹⁸³ Nos referimos a las normas incorporadas a las leyes de arbitraje, equivalente o similares al art. 19 (2) de la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que establece: "A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas".

¹⁸⁴ Reg. CNUDMI (2021), art. 17.1; Reg. CIAC (2019), 21. 1; Reg. AAA/CIRD (2021), art. 22; Reg. CACC (2022), art. 62; Reg. CAMÉX (2022), art. 26.1; Reg. CCI (2021), art. 22(2); Reg. CEDCA (2020), art. 32; Reg. CIAM-CIAR (2024), art. 27; Reg. LCIA (2020), art. 14.1 (ii) y 2; Reg. SCC (2023), art. 23; Reg. TAB (2019), art. 20.1; Reg. VIAC (2021), art. 41.

¹⁸⁵ En este sentido, establece la r. 58 de las Reglas de Arbitraje Comercial de la AAA (2022): "... (a) *The arbitrator may, upon a party's request, order appropriate sanctions where a party fails to comply with its obligations under these rules or with an order of the arbitrator. In the event that the arbitrator enters a sanction that limits any party's participation in the arbitration or results in an adverse determination of an issue or issues, the arbitrator shall explain that order in writing and shall require the submission of evidence and legal argument prior to making of an award. The arbitrator may not enter a default award as a sanction. (b) The arbitrator must provide a party that is subject to a sanction request with the opportunity to respond prior to making any determination regarding the sanctions application.*" Asimismo, la r. 24 de las Reglas de Arbitraje Comercial de la AAA (2022), establece: "*The arbitrator shall have the authority to issue any orders necessary to enforce the provisions of Rules R-22 and R-23 and any other rule or procedure and to otherwise achieve a fair, efficient and economical resolution of the case, including, without limitation: ... (d) in the case of willful non-compliance with any order issued by the arbitrator, drawing adverse inferences, excluding evidence and other submissions, and/or making special allocations of costs or an interim award of costs arising from such non-compliance.*"

¹⁸⁶ Esto trae la discusión sobre la paranoia del debido proceso, que, no obstante, como señalan El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et practice*, LexisNexis, Paris, 2022, pp. 621 ss., la preocupación de los árbitros de tener siempre en cuenta el derecho de defensa de las partes no debe significar la paralización del procedimiento arbitral.

¹⁸⁷ Por ejemplo, en Estados Unidos la *Revised Uniform Arbitration Act* (RUAC), *Arbitration Act - Uniform Law Commission* (uniformlaws.org), vigente en 23 Estados, permite a los árbitros dictar una serie de remedios en orden a garantizar el trámite y eficacia del arbitraje; véase asimismo la Section § 7 de la *Federal Arbitration Rules* (FAA), y la r. 23 de las Reglas de Arbitraje Comercial de la AAA, que establece: "*The arbitrator shall have the authority to issue any orders necessary to enforce the provisions of rules R-21 and R-22 and to otherwise achieve a fair, efficient and economical resolution of the case, including, without limitation: (a) conditioning any exchange or production of confidential documents and information, and the admission of confidential evidence at the hearing, on appropriate orders to preserve such confidentiality; (b) imposing reasonable search parameters for electronic and other documents if the parties are unable to agree; (c) allocating costs of producing documentation, including electronically stored documentation; (d) in the case of willful non-compliance with any order issued by the arbitrator, drawing adverse inferences, excluding evidence and other submissions, and/or making special allocations of costs or an interim award of costs arising from such non-compliance; and (e) issuing any other enforcement orders which the arbitrator is empowered to issue under applicable law.*" De acuerdo con las reglas de arbitraje internacional de la AAA/CIRD, Art. 22.8 (2021), el árbitro frente a actuaciones dilatorias o que aumenten costos, puede, tomando en cuenta estas circunstancias, condenar a una parte en costos, o, extraer inferencias adversas y en definitiva tomar las medidas necesarias para garantizar la eficiencia y la integridad del arbitraje.

En el supuesto que se haya incorporado la posibilidad de “sancionar”¹⁸⁸, el tribunal arbitral o la institución no debería dudar en hacerlo, siempre con prudencia, pues el propósito es utilizar las facultades con las que cuenta(n) para llevar a buen puerto el procedimiento arbitral y dictar un laudo válido¹⁸⁹.

En cuanto respecta a las partes, frente al comportamiento inadecuado de un árbitro es necesario plantearlo oportunamente¹⁹⁰ mediante los canales correspondientes, bien dentro del propio arbitraje, a través de los remedios correspondientes (v.gr. la solicitud de remedio o revisión de la actuación que afecta a la parte, e incluso, cuando

¹⁸⁸ Si la posibilidad de sancionar a la parte no ha sido incorporada por acuerdo de las partes, se ha considerado que este poder del tribunal arbitral no podría ser ejercido. V. Ferrari, Franco; Rosenfeld, Friedrich y Fellas, John, *International commercial arbitration. A comparative introduction*, Edward Elgard, Estados Unidos de América, 2021, p. 105.

¹⁸⁹ El art. 7. del Reg. SCIA (2024), establece: “... 2. *Where one party or its representative breaches the Rules, the agreements between the parties or the decisions of the arbitral tribunal such that the scheduled procedures are delayed or additional costs are incurred, the arbitral tribunal shall have the power to determine that such party shall bear the consequences therefrom. 3. All the parties and their representatives shall ensure the authenticity of their statements, submissions and documents, otherwise such party shall bear the consequences therefrom*”. En sentido similar, el art. 44(3) del Reg. SIAC (2025), prevé: “*If, without showing sufficient cause, any party fails or refuses to comply with these Rules or with any direction, decision, ruling, order, or award of the Tribunal, or to attend any meeting or hearing, the Tribunal may proceed with the arbitration. In these circumstances, the Tribunal may impose such sanctions as it deems appropriate and make an award on the evidence before it*”, o los art. 38.7 (relativo a las medidas para asegurar la exhibición de pruebas), art. 59(5) (relativo a las medidas para asegurar obligaciones de confidencialidad o secretos industriales), art. 61.3 (relativo a asegurar información compartida en el arbitraje). El art. 45.2 del Reg. CEDCA (2020), dispone: “El Laudo definitivo fijará las costas del arbitraje y decidirá en qué proporción deben ser repartidas entre las partes, tomando en cuenta su actitud, probidad y buena fe en el arbitraje”. El § 34 del Código de Conducta y Buenas Prácticas del Tribunal Arbitral de Barcelona para las Partes Intervinientes en el Proceso Arbitral (2019), establece: “1. Si un abogado incumple alguno de los deberes tipificados en esta Sección, los árbitros, tras oír a ambas partes y al abogado, podrán adoptar alguna de las siguientes medidas: a) Amonestar al abogado por escrito o verbalmente; b) Hacer referencias (inferencias) negativas al valorar la prueba; c) Tener en cuenta su conducta al imponer las costas, si procede; d) Comunicar los hechos a los Colegios Profesionales en los que el abogado esté inscrito, a fin de depurar responsabilidades deontológicas; e) Adoptar cualquier otra medida para preservar la integridad del procedimiento”. Asimismo, la Sección Cuarta del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (2019), establece en su § 6 que frente al incumplimiento de los deberes previstos en dicha Sección: “... los árbitros, tras oír a ambas partes y al abogado, podrán adoptar alguna de las siguientes medidas: a) Amonestar al abogado por escrito o verbalmente; b) Hacer inferencias negativas al valorar la prueba; c) Tener en cuenta su conducta al imponer las costas; d) Comunicar los hechos a los Colegios Profesionales en los que el abogado esté inscrito, a fin de depurar responsabilidades deontológicas; y e) adoptar cualquier otra medida para preservar la integridad del procedimiento”. El Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Londres (2020), establece en su art. 18.6: “*In the event of a complaint by one party against another party’s authorised representative appearing by name before the Arbitral Tribunal (or of such complaint by the Arbitral Tribunal upon its own initiative), the Arbitral Tribunal may decide, after consulting the parties and granting that authorised representative a reasonable opportunity to answer the complaint, whether or not the authorised representative has violated the general guidelines. If such violation is found by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may order any or all of the following sanctions against the authorised representative: (i) a written reprimand; (ii) a written caution as to future conduct in the arbitration; and (iii) any other measure necessary to fulfil within the arbitration the general duties required of the Arbitral Tribunal under Articles 14.1 (i) and (ii)*”. Por su parte, las Directrices de la IBA sobre Representación de Partes en Arbitraje Internacional (2013), establece en su § 26, “*If the Arbitral Tribunal, after giving the Parties notice and a reasonable opportunity to be heard, finds that a Party Representative has committed Misconduct, the Arbitral Tribunal, as appropriate, may: (a) admonish the Party Representative; (b) draw appropriate inferences in assessing the evidence relied upon, or the legal arguments advanced by, the Party Representative; (c) consider the Party Representative’s Misconduct in apportioning the costs of the arbitration, indicating, if appropriate, how and in what amount the Party Representative’s Misconduct leads the Tribunal to a different apportionment of costs; (d) take any other appropriate measure in order to preserve the fairness and integrity of the proceedings*”.

¹⁹⁰ Los reglamentos establecen esta carga y auto responsabilidad de las partes, so pena de convalidación o renuncia a las posibilidades cuestionamientos o impugnaciones procedimentales. V. Reg. CNUDMI (2021), art. 32; Reg. CIAC (2019), art. 37; Reg. AAA/CIIRD (2021), art. 28; Reg. CAMéx (2022), art. 41; Reg. CCI (2021), art. 40; Reg. CEDCA (2020), art. 18; Reg. CIAM-CIAR (2024), art. 30; Reg. HKIAC (2024), art. 32.1; Reg. LCIA (2020), art. 32.1; Reg. SCC (2023), art. 36; Reg. SIAC (2025), art. 64.1; Reg. SCIA (2024), art. 69; Reg. CAS (2021), art. 32; Reg. TAB (2019), art. 22; Reg. VIAC (2021), art. 41. Sobre la interpretación de normas de este género, particularmente del art. 1466 del Código de Procedimiento Civil francés, se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de París (*Pôle 5 - Chambre 16*) 20/18330, en fecha 10 de enero de 2023 (al respecto, ver siguiente nota al pie).

resulte procedentes remedios como la recusación del árbitro u otro tipo de queja ante la institución arbitral¹⁹¹).

Dentro de estos remedios, está incluida naturalmente la acción de nulidad o impugnación contra el laudo¹⁹² o las instancias relativas al no reconocimiento y ejecución del laudo, dentro de los supuestos autorizados por los sistemas arbitrales¹⁹³.

Ante las inconductas de los árbitros es posible pensar que el remedio natural es atacarlos por responsabilidad civil y/o penal, u otro tipo de remedio del género; pero, esto ocurre generalmente como una forma de venganza de la parte desfavorecida o inconforme por el resultado del procedimiento arbitral¹⁹⁴.

En este sentido, para mitigar estas situaciones, las instituciones arbitrales establecen en sus reglamentos cláusulas de limitación de responsabilidad de sus intervinientes, entre ellos, de las propias instituciones arbitrales, de sus dependientes y de los árbitros¹⁹⁵.

Limitación que deja de aplicar cuando la conducta encuadra en determinados factores subjetivos de atribución, como el dolo o la culpa grave, aunque algunas leyes y reglamentos, utilizan otros factores de atribución no tradicionales de responsabilidad civil, como la mala fe o la temeridad.

¹⁹¹ Algunos reglamentos institucionales establecen un conjunto de sanciones o consecuencias para los árbitros que no cumplan con las normas reglamentarias y de conducta que les conciernen, que van desde la amonestación, la suspensión o la remoción de las listas o registros de árbitros.

¹⁹² La Corte de Apelaciones de París (*Pôle 5 - Chambre 16*) 20/18330, en fecha 10 de enero de 2023, ha declarado la nulidad de un laudo por la violación del deber de revelación del árbitro, en un caso donde una de las partes descubrió posteriormente a la emisión del laudo dictado bajo las reglas de CCI que entre el árbitro presidente del tribunal arbitral y uno de los abogados de su comprarte, existía lo que se consideró era una relación cercana no revelada, lo que llevó a la Corte a anular el laudo por constitución irregular del tribunal arbitral. Es interesante que el tribunal de anulación consideró que no fueron cumplidos los "referenciales objetivos" (§ 44), relacionados con el deber de revelación previstos en las Notas a las Partes y a Tribunales Arbitrales sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, lo que condujo al incumplimiento de las obligaciones de imparcialidad e independencia previstas en el reglamento de arbitraje CCI. Asimismo, la Corte de Apelación de París en 2015 (Caso *Tapie*) consideró la existencia de fraude colusivo debido a los vínculos entre una parte y un árbitro, por no haber revelado circunstancias que lo vinculaban a esa parte. V. El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et pratique*, LexisNexis, París, 2022, pp. 179 ss. En otros casos, como en *Halliburton v Chubb Bermuda Insurance*, los tribunales ingleses consideraron que no todo incumplimiento del deber de revelación acarrea la nulidad del laudo por ausencia de imparcialidad e independencia. V. Ferrari, Franco; Rosenfeld, Friedrich y Fellas, John, *International commercial arbitration. A comparative introduction*, Edward Elgard, Estados Unidos de América, 2021, pp. 79 ss.

¹⁹³ Las exigencias relativas a la imparcialidad e independencia del tribunal arbitral (o de la institución arbitral), parecen desdoblarse en criterios de diligencia diferentes, por una parte, un criterio de diligencia común (culpa leve) cuya violación puede afectar la validez del laudo o procedimiento arbitral, y, por otra parte, un criterio de diligencia reforzado (culpa grave, dolo o mala fe) a los fines de limitar la aplicación de responsabilidad patrimonial, cuando se alcance el estándar correspondiente, según se menciona en el texto. V. Ferrari, Franco; Rosenfeld, Friedrich y Fellas, John, op. cit., pp. 83 ss.

¹⁹⁴ Este tipo de práctica configura en muchos casos en una forma de abuso de derecho (abuso procesal). Puede además calificar, según la contingencia normativa, en ilícitos de naturaleza penal.

¹⁹⁵ Por ejemplo, Reg. AIAC (2023), art. 22, Reg. AAA/CIRD (2021), art. 8; Reg. CAMéx (2022), art. 43; Reg. CCI (2021), art. 41; Reg. CEDCA (2020), art. 58; Reg. HKIAC (2024), art. 46; Reg. LCIA (2020), art. 31; Reg. CIAM-CIAR (2024), art. 51; Reg. SCC (2023), art. 52; Reg. SIAC (2025), art. 65; Reg. SCIA (2024), art. 70; Reg. CAS (2021), art. 45; Reg. TAB (2019), art. 49; Reg. VIAC (2021), art. 46.1.

Por supuesto que cuando se verifique una hipótesis de responsabilidad del árbitro (o de la institución arbitral) sea civil¹⁹⁶¹⁹⁷, penal¹⁹⁸ (e incluso de las partes, sus representantes o terceros) disciplinaria¹⁹⁹, el camino estaría allanado para procurarla²⁰⁰; pero, sin dudas no debe utilizarse como un arma de presión, retaliación o venganza, o, mejor dicho, no debe utilizarse como una táctica de guerrilla.

CONCLUSIONES

Hemos podido observar que existen normas de conducta que regulan el adecuado o correcto comportamiento de los participantes en el arbitraje, que adquieren la forma unas veces de instrumentos vinculantes y otras de instrumentos de derecho suave.

La transgresión de estas normas es denominada, “táctica de guerrilla”.

Expresión utilizada para connotar el fenómeno de la incorrección procesal o las conductas incorrectas, ilícitas o desviadas, en sede de arbitraje.

Si bien es un asunto complejo, por la heterogeneidad subjetiva de los intervinientes, la eventual multiplicidad de normas posiblemente aplicables y la indeterminación o vaguedad en muchos casos de lo que es correcto, lícito o adecuado; por otra parte, vemos que no es un asunto que se encuentra huérfano de regulación, no obstante, depender de una contingencia normativa tremenda.

¹⁹⁶ Algunas leyes de arbitraje regulan expresamente la responsabilidad de los árbitros, es el caso de la Ley de Arbitraje de España (2003), que en su artículo 21 establece: “1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquellos contra los árbitros”. Al respecto véase Muñoz Sabaté, Luis, Artículo 21. Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. De Martín Muñoz, A.; y Hierro Anibarro, S., Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 373 ss. Otras establecen expresamente la inmunidad del árbitro, como el caso de la *Arbitration Act de Singapur*, en su sección 20: “An arbitrator shall not be liable for – (a) negligence in respect of anything done or omitted to be done in the capacity of the arbitrator; or (b) any mistake of law, fact or procedure made in the course of arbitral proceedings or in the making of an arbitral award”. EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA LA S. 14 DE LA *UNIFORM ARBITRATION ACT* ESTABLECE: “A. AN ARBITRATOR OR AN ARBITRATION ORGANIZATION ACTING IN THAT CAPACITY IS IMMUNE FROM CIVIL LIABILITY TO THE SAME EXTENT AS A JUDGE OF A COURT OF THIS STATE ACTING IN A JUDICIAL CAPACITY. B. THE IMMUNITY AFFORDED BY THIS SECTION SUPPLEMENTS ANY IMMUNITY UNDER OTHER LAW. C. THE FAILURE OF AN ARBITRATOR TO MAKE A DISCLOSURE REQUIRED BY SECTION 12 DOES NOT CAUSE ANY LOSS OF IMMUNITY UNDER THIS SECTION...”. También la inmunidad se encuentra prevista en la sección 29 de la *Arbitration Act* del Reino Unido: “(1) An arbitrator is not liable for anything done or omitted in the discharge or purported discharge of his functions as arbitrator unless the act or omission is shown to have been in bad faith. Subsection (1) applies to an employee or agent of an arbitrator as it applies to the arbitrator himself. This section does not affect any liability incurred by an arbitrator by reason of his resigning (but see section 25)”. V. Carrero Marrero, Juan Bautista, *La inmunidad y la responsabilidad del árbitro en el Derecho venezolano*, en *Preámbulo*, N° 1, Universidad Monteávila, Caracas, 2022, pp. 19 ss.

¹⁹⁷ V. González Soria y Moreno de la Santa, Javier, *La responsabilidad de los árbitros*, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015, pp. 77 ss.

¹⁹⁸ V. Caivano, Roque, *La responsabilidad penal de los árbitros*, en *Revista Argentina de Arbitraje*, IJ Editores, N° 3, Mayo 2019, IJ-DCCXL-573, *passim*.

¹⁹⁹ V. Sandler Obregón, Verónica, *La responsabilidad civil de los árbitros*, en *Revista Argentina de Arbitraje*, IJ Editores, N° 6, Mayo 2020, IJ-CMXXXI-151, *passim*.

²⁰⁰ Véase por todos Asociación Latinoamericana de Arbitraje ALARb, *Inmunidad de los árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta*, v. II, 2021, *passim*.

Esta contingencia puede verse reducida, más no eliminada, cuando las leyes de arbitraje o los reglamentos (incluyendo sus códigos de conducta, protocolos o notas, etc.) establecen obligaciones concretas de comportamiento, regulando de manera vinculante la conducta de los intervinientes.

Mientras que cuando no exista un referente vinculante, dada la naturaleza contractual del conjunto de relaciones arbitrales, se abre la posibilidad de incorporar las normas que son consideradas *lex proceduralia*.

La finalidad de las normas sobre conductas que se inserten en el sistema arbitral, debe tener en miras precisamente la resolución eficaz y justa del conflicto, no la educación o sanción de los transgresores, función ésta que queda (o debería quedar) reservada a los sistemas correspondientes.

Frente a posibles antinomias entre normas del sistema arbitral y disposiciones de otros sistemas, sería ideal buscar y encontrar coherencia, mediante métodos de interpretación o aplicación del Derecho.

Las leyes de arbitraje y las convenciones internacionales sobre arbitraje son normas que, reconocidas por los propios sistemas, podrían ser interpretados desde su especialidad, pudiendo dar paso a la preferencia aplicativa frente a supuestos de hecho regulados por otras normas de los sistemas normativos, siempre y cuando aquellas no invadan el tipo de interacción o conducta que éstas tengan como fin regular.

Si bien el derecho arbitral está llamado, idealmente, a regular los comportamientos adecuados, esta intervención debe tener en miras, como hemos mencionado, el propósito de lograr la finalidad del método, a saber, la eficaz y justa resolución del conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Extraordinario, Club Español del Arbitraje, España, 2020.
- AA.VV. *Tratado de derecho arbitral. v. I. El convenio arbitral*, dir. C. Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana – IPA, Bogotá, 2011.
- Alvarado Moreno, Carlos y Roldán, Teresa, *Guerrilla tactics: Perspectiva de abogados de parte, árbitros, instituciones y la judicatura*, en *Revista Jurídica del Centro de Arbitraje de México*, N° 1, Agosto-2023.
- Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, I, 2008.

- Anzola, J. Eloy, *Independencia e imparcialidad de los árbitros*, en *Memoria arbitral*, coord. M. Betancourt, CEDCA, Caracas, 2011.
- Asociación Latinoamericana de Arbitraje ALARb, *Inmunidad de los árbitros en Latinoamérica: Lo que hay y lo que falta*, v. II, 2021.
- Baumeister Toledo, Alberto, *Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitraje regidos por la Ley de Arbitraje Comercial*, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. I. de Velera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.
- Bean, David; Parry, Isabel y Burns, Andrew, *Injunctions*, 11^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012.
- Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine y Redfern, Alan, *Redfern and Hunter on international arbitration*, 7^a ed., Oxford, 2022.
- Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2^a ED., KLUWER LAW, 2015.
- BORN, GARY, *INTERNATIONAL ARBITRATION: CASE AND MATERIALS*, 2^a ED., KLUWER LAW, 2015.
- Boustany, Phillippe y Farchakh, Michael, *Guerrilla Tactics 101: How to Torpedo an Arbitration*, KLUWER ARBITRATION BLOG, JUNIO 2023.
- Caivano, Roque J., *Arbitraje*, 2^a ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
- Caivano, Roque, *La responsabilidad penal de los árbitros*, en *Revista Argentina de Arbitraje*, IJ Editores, N° 3, Mayo 2019, IJ-DCCXL-573.
- Calamandrei, Piero, *Demasiados abogados*, trad. J. R. Xirau, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960.
- Carmona, Carlos Alberto, *The Arbitrator's Seventh Deadly Sins* en *The American Review of International Arbitration*, Vol. 33, Issue 4, Agosto 2023.
- Carrero Marrero, Juan Bautista, *La inmunidad y la responsabilidad del árbitro en el Derecho venezolano*, en *Preámbulo*, N° 1, Universidad Monteávila, Caracas, 2022.
- Castagnino, Diego Thomas, *La buena fe en el arbitraje comercial venezolano*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Año 2018-2019, N° 73, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- Chávez Castillo, Raúl, *Nuevo juicio de amparo*, 22^a ed., Porrúa, México, 2024.
- Clay, Thomas, *El árbitro*, Trad. C. Cáceres, Universidad Javeriana-Ibáñez, Bogotá, 2012.
- Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, 2^a ed., II, Giappichelli, Turín, 2012.
- Cornu, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 3^a ed., Presses Universitaires de France, París, 1987.

- Corrá, María Inés; Peña, Santiago Lucas y Garay, Maria Lourdes, *Ethical Rules and Standards in International Arbitration Across Latin America*, Latin Lawyer, enero 2023.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3º ed., Depalma, Buenos Aires, 1977.
- Couture, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Cremades, Bernardo, *El convenio arbitral y sus efectos (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje)*, en *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Cremades, Bernardo, *Good faith in international arbitration*, en *American University International Law Review*, Vol. 27, Issue 4, 2012.
- Croft, Clyde; Kee, Christopher y Waincymer, Jeff, *A Guide to UNCITRAL Arbitration Rules*, Cambridge University Press, 2013.
- De Lorenzi, Valeria, *Buon padre di famiglia*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Utet, Turín, 1988.
- Díaz-Candia, Hernando, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, 3ª ed., Torino, Caracas, 2016.
- Díaz-Candia, Hernando, *Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional*, en *Revista venezolana de legislación y jurisprudencia*, N° 15, Caracas, 2020.
- El Ahdab, Jalal y Manguy, Daniel, *Droit de l'arbitrage, Théorie et practice*, LexisNexis, París, 2022.
- EL SHALAKAY, KHALED, *ARBITRATION GUIDE. IBA ARBITRATION COMMITTEE (EGYPT)*, ENERO, 2018.
- Escovar Alvarado, Ramón J., *La facultad de los tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (principio "kompetenz-kompetenz")*, en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, coord. I. de Velera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.
- Fadlallah, Ibrahim y Hascher, Dominique, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, París, 2019.
- Feinman, Jay M., *Good Faith and Reasonable Expectations*, en *Arkansas Law Review*, Vol. 67, No. 3, 2014.
- Fernández Arroyo, Diego P., *Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral*, en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.
- Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008.

- Ferrari, Franco; Rosenfeld, Friedrich y Fellas, John, *International commercial arbitration. A comparative introduction*, Edward Elgard, Estados Unidos de América, 2021.
- Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc y Savaux, Éric, *Droit civil. Les obligations. L'acte juridique*, 17ª ed., LMD, París, 2022.
- Frecón, Alain, *Delaying Tactics in Arbitration*, AAA Neutrals Conference, Marzo 5-6, 2004, San Antonio, Texas, en *Dealing with Delay Tactics in Arbitration*, AAA, 2013.
- Gaillard, Emmanuel, *Abuse of process in international arbitration*, ICSID Review, 2017.
- Giorgetti, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Milan, 2003.
- Goenechea Permisán, Gorka, *Breve caracterización del contrato entre el árbitro y los litigantes arbitrales*, en *La Ley. Mediación y arbitraje*, Madrid, n° 18, 2024.
- González, María Alejandra, *Algunas reflexiones en torno al deber de transparencia de las instituciones arbitrales a la luz del Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje de 2019 y la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, en *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Extraordinario, Club Español del Arbitraje, España, 2020.
- González Carvajal, Jorge I., *La conducta procesal de las partes*, Bosch, Barcelona, 2021.
- González Carvajal, Jorge I., *Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos paradigmáticos y nuevas dimensiones*, en *Derecho y sociedad*, N° 12, Universidad Monteávila, Caracas, 2016.
- González de Cossío, Francisco, *El prurito del perito y el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje*, en *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Extraordinario, Club Español del Arbitraje, España, 2020.
- González de Cossío, Francisco, *Derecho constitucional arbitral*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n° 44, ELD, México, 2020.
- González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 5ª ed., Porrúa, México, 2018.
- González de Cossío, Francisco, *El arbitraje ante el litigio sucio*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n° 46, ELD, México, 2007.
- González de Cossío, *El árbitro*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n° 31, ELD, México, 2007.
- González Soria y Moreno de la Santa, Javier, *La responsabilidad de los árbitros*, Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2015.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- Grigera Naón, Horacio, *What Duties do Counsel owe to the Tribunal and why? Dossier of the ICC Institute of World Business Law: "What Duties Do Counsel Owe to the Tribunal and Why?"* Ed. B. Hanotiau y A. Mourre, 2012.

- Guarneri, Attilio, *Buon costume*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, Utet, Turín, 1988.
- Guarneri, Attilio, *Clausole generali*, en *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, II, 4º ed, Utet, Turín, 1988.
- Gusy, Martin F., Hosking, James M., y Schwarz, Franz T., *A guide to the ICDR International Arbitration Rules*, Oxford, 2011.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 25ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por R. S. Contreras López, Porrúa, México, 2023.
- Hobaica, Adolfo, *Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (C.BB.PP/Cea 2019)*, en *Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje*, Número Extraordinario, Club Español del Arbitraje, Madrid, 2020.
- Holtzman, Howard M., y Neuhaus, Joseph, *A Guide to UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary*, Kluwer, 1989.
- Horvath, Günter J.; Wilske, Stephan; Nettlau, Harry y Leimwather, Niamh, *Categories of Guerrilla Tactics*, en *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, ed. G. J. Horvath y S. Wilske, WolkerKluwer.
- Instituto Mexicano de Arbitraje, *Legislación Mexicana de Arbitraje Comercial Comentada*, Porrúa, México, 2015.
- Judice, José-Miguel, *Dealing with Privilege Claims in International Arbitration: A pragmatic approach*, ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 2, 2019.
- Kurkela, Matti S., y Turunen, Santtu, *Due process in international commercial arbitration*, 2 ed., Nueva York, 2010.
- Luoghlin, Paula y Gerlis, Stephen, *Civil Procedure*, 2ª ed., Cavendish, Gran Bretaña, 2004.
- Lupoi, Michele Angelo, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità del diritto internazionale processuale inglese)*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Milan, 2003.
- Malaurie, Philippe; Aynès, Laurent y Gautier, Pierre Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 8ª ed., LGDJ, París.
- Martínez, Luis Manuel, *A guide to ICDR case management, ICDR Awards and Commentaries*, Vol. 2, 2023.
- Martínez Val, J. M., *Abogados y Abogacía*, 4ª ed., Barcelona, Bosch, 1999.
- Mattiaccio L., Richard y David C. Singer, *Sanctions in commercial arbitration*, New York Law Journal, 2022.
- Monsalve García, Wilfredo, *Buena fe procesal y revelaciones de las tácticas de guerrilla*, en *Marc. Revista de Medios Alternativo de Resolución de Controversias*, Mayo 2024, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, 2024.
- Morello, Augusto M., *Lectura procesal de temas sustanciales*, Platense, La Plata, 2000.

- Mosk, Richard M., *Attorney Ethics in International Arbitration*, Berkeley J. Int'L Publicist, Vol. 5, 2010.
- Muñoz Sabaté, Luis, Artículo 21. Comentario a la Ley de Arbitraje, coord. De Martín Muñoz, A.; y Hierro Anibarro, S., Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Natoli, Roberto, *I remedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regola di validità e regole di responsabilità)*, en *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, coord. S. Pagliantini, Giappichelli, Turín, 2010.
- Oppetit, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Trad. E. Silva Romero et al., Legis, Bogotá, 2006.
- Ortiz Bahena, Emilio Nicolas, *Los principios generales que rigen el juicio de amparo*, 2ª ed., Porrúa, México, 2023.
- Picó i Junoy, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003.
- Picó i Junoy, *La prueba lícita en el arbitraje*, en *La Ley. Probática*, n° 15, 2024.
- Redfern, Alan; Hunter, Martín; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y práctica del Arbitraje comercial Internacional*, 4ª ed., Aranzadi, España, 2006.
- Reimundin, Ricardo, *El problema de la buena fe en el proceso civil*, en *Revista de estudios procesales*, Argentina, 1979.
- Rengel-Romberg, Arístides, *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial (1998)*, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. I. de Velera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.
- Rodner S., James Otis, *Introducción al arbitraje institucional*, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. I. de Velera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.
- Rogers, Catherine A., *Ethics in international arbitration*, Oxford University Press, Nueva York, 2014.
- Rosenthal, Jeffrey A.; MacKinnon, Ari D.; y Gonzalez Katie L., *Five International Arbitration Trends and Topics*, en *Dispute Resolution Journal*, Julio-Agosto, Vol. 78, No. 2, American Arbitration Association, 2024.
- Saghy Cadenas, Pedro J., *El arbitraje institucional en Venezuela. Análisis comparado de los reglamentos del centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC)*, EJV-Aciempol, Caracas, 2017.
- Sandler Obregón, Verónica, *La responsabilidad civil de los árbitros*, en *Revista Argentina de Arbitraje*, IJ Editores, N° 6, Mayo 2020, IJ-CMXXXI-151.
- Silva Romero, Eduardo, *De la confidencialidad del arbitraje y materias aledañas*, en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.

- Singh, Natasha, *Nothing but the truth: Limits on witness preparation in International Arbitration*, en *Asian Dispute Review*, Abril 2024.
- Sun, Wei, *FOREIGN ATTORNEYS AS PARTY REPRESENTATIVES IN ARBITRATIONS SEATED IN PR CHINA*, KLUWER ARBITRATION BLOG, OCTUBRE 2020.
- Tam Pérez, José y Olórtegui Huamán, Julio, *Entre plazas de todos y centros agrícolas: Breves comentarios sobre el caso Cantuarias*, en *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, enero-mayo 2021, N° 1.
- Vals Martínez, Carlos, *El riesgo de ser árbitro: el caso de los Herederos del Sultán de Joló contra el Estado de Malasia ¿Deslealtad al arbitraje? ¿Tácticas de guerrilla al máximo nivel?*, Diario La Ley, n° 10464, Sección Tribuna, 12 de marzo de 2024.
- Velluzi, Vito, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milán, 2010.
- Vidal, Dominique, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, París, 2012.
- Zuleta, Eduardo, *El concepto de laudo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

La fase probatoria del procedimiento arbitral venezolano

Mario Bariona G.*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 161-175

Resumen: A 25 años de de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial aún existen opiniones, incorrectas por cierto, sobre las reglas de tramitación del período probatorio en los arbitrajes domésticos, con intentos continuos de reconducir la discusión a una aplicación a pies puntillas del Código de Procedimiento Civil (CPC). En el presente trabajo daremos fundada opinión del por qué no es aplicable de manera directa el CPC; determinaremos la importancia de los acuerdos de las partes como fuente primaria de regulación de la etapa probatoria; nos referiremos a la responsabilidad de los árbitros de estructurar la etapa probatoria en aspectos no regulados expresamente por las partes; propondremos parámetros que consideramos esenciales para las partes y los árbitros al ordenar las fuentes de derecho aplicables a la fase probatoria del arbitraje en Venezuela.

Palabras clave: Arbitraje; pruebas; acuerdos sobre pruebas.

The Evidentiary Phase of Venezuelan Arbitration Proceedings

Abstract: 25 years after the enactment of the Commercial Arbitration Law, there are still opinions, incorrect ones indeed, about the rules for processing the evidentiary period in domestic arbitrations, with continuous attempts to redirect the discussion to a strict application of the Code of Civil Procedure (CPC). In this paper, we will provide a reasoned opinion on why the CPC is not directly applicable; we will determine the importance of the parties' agreements as the primary source of regulation of the evidentiary stage; we will refer to the arbitrators' responsibility to structure the evidentiary stage in aspects not expressly regulated by the parties; we will propose parameters that we consider essential for the parties and arbitrators when ordering the applicable sources of law to the evidentiary phase of arbitration in Venezuela.

Keywords: Arbitration; evidentiary stage; agreements regarding evidences.

Autor invitado

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de postgrado de derecho mercantil en las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Miembro del Chartered Institute of Arbitrators. Ex Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Vice Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Director del Capítulo Italiano del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje.

La fase probatoria del procedimiento arbitral venezolano

Mario Bariona G.*
VENEZUELA
AVANI, nro. 5, 2024. pp. 161-175

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Regulación de la fase probatoria en algunas leyes de arbitraje. 1.1. *Ley Modelo UNCITRAL*. 1.2. *Ley de Arbitraje Comercial*. 1.3. *Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia*. 1.4. *Arbitraje internacional en la ley colombiana*. 2. Regulación de la fase probatoria en algunos reglamentos de arbitraje. 2.1. *La fase probatoria en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas*. 2.2. *La fase probatoria en el Reglamento CEDCA*. 2.3. *La fase probatoria en el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje CIAM-CIAR*. 2.4. *La fase probatoria en el Reglamento ICC*. 2.5. *Primera conclusión*. 3. Sistema probatorio arbitral en Venezuela. 3.1. *Solución al aparente vacío normativo. El Código de Procedimiento Civil*. 3.1.1. Cuando hay una remisión expresa de la ley arbitral. 3.1.2. Cuando la ley arbitral no regula en modo alguno el período de pruebas. 3.1.3. Si no hay referencia o remisión expresa al Código de Procedimiento Civil. 3.2. *¿En qué estado del proceso deben ocurrir las negociaciones y los acuerdos sobre la etapa probatoria?* CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Pretendemos con el presente trabajo, demostrar al lector como la regulación de la etapa probatoria del procedimiento arbitral está encomendada, tanto en la Ley de Arbitraje Comercial como en los principales reglamentos de los centros de arbitraje, a las partes y los árbitros. Demostraremos también como el Código de Procedimiento Civil no tiene aplicación directa en el procedimiento arbitral, ni siquiera acudiendo a la analogía ni a la supletoriedad, dejando en claro que ésta última no es fuente de derecho en Venezuela.

Ordenamos para el lector los elementos legislativos y reglamentarios de mayor relevancia dentro y fuera de Venezuela, para sustentar con rigor de análisis nuestra posición.

* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de postgrado de derecho mercantil en las Universidades Católica Andres Bello y Central de Venezuela. Miembro del Chartered Institute of Arbitrators. Ex Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Vice Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Director del Capítulo Italiano del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje.

No podía quedar completa la tarea si no hubiésemos propuesto algunos parámetros que, esperamos, sirvan de guía para los árbitros al momento de tomar decisiones sobre la reglamentación del periodo probatorio de un determinado arbitraje.

1. Regulación de la fase probatoria en algunas leyes de arbitraje

Al reproducir las regulaciones de algunas leyes de arbitraje, pretendemos demostrar como la falta de normativa es precisamente la constante en todas las referencias legislativas relativas al proceso arbitral.

No es casualidad que el legislador, en todos los casos que más adelante analizaremos, se abstiene de dictar unas normas de procedimiento que regulen la etapa probatoria de una manera estricta y detallada. Según Alvins, en el arbitraje, al menos en Venezuela, no existen normas imperativas que establezcan formalidades para la promoción, admisión, evacuación y valoración de las pruebas, salvo lo que las partes hayan establecido en el Acta de Misión o Términos de Referencia¹.

Hacemos este ejercicio para presentar al lector un elemento de comparación con los correspondientes Códigos de Procedimiento Civil de cada país, donde el legislador, contrariamente a cuanto sucede en el arbitraje, regula detalladamente

1.1. Ley Modelo UNCITRAL²

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 18. Trato equitativo de las partes

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 19. Determinación del procedimiento 1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.

Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

De esta primera cita, queremos destacar la forma de normar absolutamente devolutiva de la Ley Modelo donde, al contrario de fijar reglas de procedimiento, pone en cabeza de las partes y de los árbitros la regulación de la fase probatoria.

¹ Ramón José Alvins S., "Pruebas en el Arbitraje", en: *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, 2013), 290.

² Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

La Ley Modelo UNCITRAL es producto del consenso de los grupos de trabajo que hacen vida en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, su vocación es ser incorporada, en la medida que cada país lo considere conveniente, en las respectivas legislaciones.

Por lo tanto, debe ser un referente de extrema importancia para nuestro trabajo, puesto que no obedece a una particular inclinación de alguna jurisdicción en particular, sino que representa el consenso de diversos grupos de trabajo internacionales.

1.2. Ley de Arbitraje Comercial³

Artículo 27. El tribunal arbitral realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin la participación de las partes, y decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas presentadas. En el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias. 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. La pendencia de cualquier procedimiento de tacha no impide la continuación del procedimiento arbitral.

Artículo 28. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de las pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten. El Tribunal atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que les sean aplicables.

De igual manera que la Ley Modelo UNCITRAL, nuestra ley de arbitraje evita regular la etapa probatoria dentro del procedimiento arbitral, limitándose a ciertas situaciones puntuales que el legislador consideró necesario normar en los artículos citados.

Sin que sea el momento adecuado para pronunciarnos sobre la deficiente técnica legislativa utilizada en el artículo 27 de la Ley de Arbitraje Comercial, preferimos resaltar más bien la intencional y adecuada omisión de regulación de la etapa probatoria.

Como sostiene Henríquez La Roche, la Ley no define un procedimiento arbitral. Solo contiene principios procesales de carácter supletorio de un arbitraje independiente⁴.

1.3. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia⁵

ARTÍCULO 31. AUDIENCIAS Y PRUEBAS. El tribunal en pleno realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin participación de las partes. Las audiencias podrán realizarse por cualquier sistema que permita la comunicación de los participantes entre sí.

³ Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela. Gaceta Oficial número 36.430 del 07 de abril de 1998.

⁴ Ricardo Henríquez La Roche, *El Arbitraje Comercial en Venezuela* (Caracas: Ediciones Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000), 189.

⁵ Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia. Ley 1563 del 12 de julio de 2012.

El tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil y las normas que lo modifiquen o complementen. Las providencias que decreten pruebas no admitir recurso alguno; las que las nieguen son susceptibles de reposición. Cuando la prueba haya de practicarse en el exterior, se aplicarán los tratados vigentes sobre la materia y, en subsidio, las normas del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente. En este caso, cuando en el proceso se hayan practicado todas las pruebas y sólo faltare la prueba en el exterior, los árbitros podrán suspender de oficio el proceso arbitral, mientras se practicare la misma.

En la audiencia de posesión del perito, el tribunal fijará prudencialmente las sumas que deberán consignar a buena cuenta de los honorarios de aquel, tanto la parte que solicitó la prueba, como la que formuló preguntas adicionales dentro del término que al efecto le señale el tribunal, so pena de que se entienda desistida la prueba respecto de la parte que no hizo la consignación. El tribunal fijará en su oportunidad los honorarios del perito e indicará qué parte o partes deberán cancelarlos y en qué proporción, y dispondrá el reembolso a que hubiere lugar.

El perito rendirá la experticia en el término que prudencialmente le señale el tribunal. Presentado el dictamen, de él se correrá traslado a las partes por un término de hasta diez (10) días, dentro del cual aquellas podrán solicitar aclaraciones o complementaciones, que si el tribunal estimare procedentes, habrá de atender el perito en informe que será puesto en conocimiento de las partes por el mismo término.

En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo. Adicionalmente, el tribunal, si lo considera necesario, convocará a una audiencia a la que deberán concurrir obligatoriamente el perito y los demás expertos, que podrán ser interrogados por el tribunal y por las partes.

Los honorarios definitivos del perito se fijarán luego de concluida esta audiencia si a ella se hubiere convocado; en caso contrario, una vez surtido el traslado del dictamen pericial, sus aclaraciones o complementaciones.

Citamos adrede la Ley de Arbitraje de Colombia, puesto que al ser una ley dualista (es decir, que distingue el arbitraje doméstico del arbitraje internacional) establece reglas distintas para el caso que el arbitraje sea entre partes colombianas y el caso que se trate de un arbitraje internacional.

Para el arbitraje doméstico, establece una remisión expresa al Código General del Proceso, cuando reza que el Tribunal y las partes tendrán, respecto de las pruebas, las mismas facultades y deberes previstos en el Código de Procedimiento Civil⁶.

Dicha previsión legislativa resulta muy útil para corroborar nuestra tesis: En los casos que el legislador ha querido incorporar el Código de Procedimiento Civil (o Código General del Proceso) lo ha hecho de manera expresa, debiendo entenderse que la falta de remisión a tales leyes no obedece a un descuido u olvido, sino a una verdadera y auténtica apertura de la norma para que las partes regulen en proceso en base a la autonomía de la voluntad, y en su defecto no sean los códigos de proceso los que suplan

⁶ Hoy en día Código General del Proceso. Ley 1564 del 12 de julio de 2012.

la falta de acuerdos, sino la actividad de los árbitros quienes están llamados a normar la etapa probatoria en base a los principios de control de la prueba, contradictorio e igualdad de las partes.

1.4. Arbitraje internacional en la ley colombiana⁷

ARTÍCULO 99. NOMBRAMIENTO DE PERITOS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL.

Salvo acuerdo en contrario de las partes:

1. El tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos, caso en el cual podrá disponer que una de las partes o ambas suministren al perito la información pertinente o le presenten para su inspección documentos, mercancías u otros bienes, o le proporcionen acceso a ellos.
2. Cuando una de ellas lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito o los peritos, después de la presentación de sus dictámenes escritos u orales, deberán participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de interrogarlos y de presentar peritos para que opinen sobre los puntos controvertidos.

ARTÍCULO 100. COLABORACIÓN DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES PARA LA PRÁCTICA DE PRUEBAS.

Tanto el tribunal arbitral como cualquiera de las partes con la aprobación de aquel, podrán pedir la colaboración de la autoridad judicial de cualquier país para la práctica de pruebas. La autoridad judicial atenderá dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia territorial y con arreglo al régimen del respectivo medio probatorio. La autoridad judicial colombiana procederá al efecto de la misma forma que si se tratara de una comisión judicial.

1.5. Ley española del arbitraje⁸

Artículo 32. Nombramiento de peritos por los árbitros.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos.
2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, todo perito, después de la presentación de su dictamen, deberá participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogarle.
3. Lo previsto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la facultad de las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.

⁷ Ley 1563 del 12 de julio de 2012.

⁸ Ley 60/2003. 23 diciembre 2003. BOE-A-2003 23646

Artículo 33. Asistencia judicial para la práctica de pruebas.

1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

2. Si así se le solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el Secretario judicial entregará al solicitante testimonio de las actuaciones.

1.6. *Ley General del Arbitraje del Perú*⁹

Artículo 33.- Libertad de regulación del proceso.- Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización. A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes. La decisión será notificada a las partes. Durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos

La Ley Peruana del Arbitraje reitera, una vez más, la regla consistente en la libertad de regulación del proceso.

También se ratifica que los árbitros, a falta de regulación por las partes, deciden las reglas del proceso del modo más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes, pero atendiendo los principios de lealtad procesal, igualdad y contradictorio.

El arbitraje es una institución jurídica muy sutil, que depende grandemente, a la falta de verdadera potestas en los árbitros actuantes, de la lealtad al procedimiento arbitral que debe acompañar durante toda su tramitación y desde las instancias iniciales a todos los actuantes¹⁰.

2. Regulación de la fase probatoria en algunos reglamentos de arbitraje

2.1. *La fase probatoria en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas*¹¹

Artículo 62. Instrucción de la causa. El tribunal arbitral instruirá la causa dentro del plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados. Si las partes o el tribunal arbitral lo solicitan, se podrán realizar las audiencias que se consideren pertinentes. El tribunal arbitral

⁹ Ley 26572 del 20 de diciembre de 1995

¹⁰ Luis Felipe Castresana *et al.*, *Manual de Arbitraje* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 63.

¹¹ Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas de 26 de mayo de 2022. Disponible en <https://arbitrajeccc.org/normativa/reglamento-general/>

podrá decidir la audición de testigos, peritos o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia, siempre y cuando estas hayan sido debidamente convocadas a juicio del tribunal arbitral.

Parágrafo Primero: El tribunal arbitral previa consulta con las partes, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión y recibir sus dictámenes. Las partes tendrán la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito nombrado por el tribunal arbitral, previa petición por escrito de estas.

Parágrafo Segundo: El tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes que aporte pruebas adicionales en cualquier etapa del procedimiento arbitral.

Parágrafo Tercero: De conformidad con la Ley de Arbitraje Comercial, el tribunal arbitral podrá pedir asistencia al tribunal competente para la evacuación de cualquiera de las pruebas.

El Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas atiende a la libertad normativa de las partes, quienes son los primeros llamados a regular su propio proceso. Confiere igualmente capacidad regulatoria del proceso, a los árbitros, quienes deberán determinar aquellos aspectos no suficientemente normados por las partes y aportar las reglas aplicables, atendiendo siempre el equilibrio entre las partes y el control de la prueba.

2.2. La fase probatoria en el Reglamento CEDCA¹²

31.5. El Acta de Términos de Referencia deberá contener:

(...)

h) Un resumen de las pruebas que cada una de las partes considera necesarias, a los efectos de elaborar el calendario provisional del lapso probatorio. El Tribunal Arbitral podrá interrogar a las partes sobre el propósito de cada prueba a fin de procurar acuerdos que permitan evitar la evacuación de pruebas innecesarias;

Artículo 32. Normas aplicables al procedimiento

32.1. 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.

El reglamento del CEDCA establece con agradable precisión las fuentes aplicables a las reglas del proceso y su prelación, cuando determina que: a.- El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por las normas que las partes acuerden; b.- Supletoriamente por las normas contenidas en el Reglamento; c.- Y en caso de silencio, por las que el Tribunal Arbitral determine.

¹² Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje adscrito a la Cámara de Comercio Venezolano Americana. Disponible en <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2022/08/RCEDCA-2020.-Version-14-01-2020-Con-Codigo-de-etica-Nuevo.pdf>

2.3. La fase probatoria en el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje CIAM-CIAR¹³

29. Demanda

1. En el plazo que se hubiera fijado en el calendario o, en su defecto, en el plazo de treinta días a contar desde el día siguiente a la emisión del Acta Preliminar la demandante presentará la demanda.

2. En la demanda hará constar el demandante: a) Las peticiones concretas que formula. b) Los hechos y fundamentos jurídicos en que funde sus peticiones. c) Una relación de las pruebas de que pretenda valerse.

3. Asimismo, a la demanda se acompañarán todos los documentos, declaraciones de testigos e informes periciales que se pretendan hacer valer en apoyo de las peticiones deducidas.

34. Pruebas

1. Contestada la demanda o, en su caso, la reconvenición, se concederá a las partes un plazo común de diez días para que, únicamente, puedan proponer:

a) Prueba adicional cuya necesidad se derive directamente de alegaciones formuladas o pruebas propuestas con posterioridad al momento en el que cada una de las partes tuvo ocasión de proponer prueba de conformidad con los artículos 29, 30 y 31.

b) Prueba que haya sido previamente anunciada al momento en el que cada una de las partes tuvo ocasión de proponer prueba de conformidad con los artículos 29, 30 y 31 y no se haya podido aportar hasta este momento del procedimiento.

c) Prueba adicional que se refiera a hechos de relevancia para la decisión del arbitraje ocurridos con posterioridad al momento en el que cada una de las partes tuvo ocasión de proponer prueba de conformidad con lo establecido en los artículos 29, 30 y 31.

d) Prueba adicional de la que la parte ha tenido conocimiento o acceso con posterioridad al momento en el que cada una de las partes tuvo ocasión de proponer prueba de conformidad con los artículos 29, 30 y 31, siempre que la parte justifique las razones por las que no pudo conocer o acceder a dichas pruebas con anterioridad.

2. Cada parte asumirá la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus peticiones o defensas.

3. Corresponde a los árbitros decidir, mediante orden procesal, sobre la admisión, pertinencia y utilidad de las pruebas propuestas o acordadas de oficio.

4. La práctica de prueba se desarrollará sobre la base del principio de que cada parte tiene derecho a conocer con razonable anticipación las pruebas en que la otra parte basa sus alegaciones.

5. En cualquier momento de las actuaciones, los árbitros podrán recabar de las partes documentos u otras pruebas, cuya aportación habrá de efectuarse dentro del plazo que se determine al efecto.

6. Si una fuente de prueba estuviera en poder o bajo el control de una parte y ésta rehusara injustificadamente presentarla o dar acceso a ella, los árbitros podrán extraer de esa conducta las conclusiones que estimen procedentes sobre los hechos objeto de prueba.

7. Los árbitros valorarán la prueba libremente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

¹³ Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid CIAM. Disponible en https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2023/10/Reglamento_CIAM_2023.pdf

En el Reglamento del CIAM, el periodo de pruebas se trata en diversos artículos, siendo los dos principales el 29 y el 34. Aunque regulada en diversos artículos, la prueba no pierde su esencia de ser un momento procesal donde el rol de las partes es absolutamente protagónico.

2.4. La fase probatoria en el Reglamento ICC¹⁴

ARTÍCULO 19 Normas aplicables al procedimiento El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional a ser aplicado en el arbitraje

Esta norma, redactada con una sencillez impresionante, ratifica lo que hemos venido sosteniendo en nuestro análisis.

Antepone por supuesto las normas del propio Reglamento, pero ello no hace excepción a nuestra explicación: Cuando las partes establecen el acuerdo arbitral y escogen, de mutuo acuerdo, un determinado reglamento, no hacen otra cosa sino manifestar su voluntad. La selección de un reglamento por encima de los demás no es sino un acto de manifestación de voluntad, de libertad contractual.

2.5. Primera conclusión

Las leyes y reglamentos analizados nos llevan a la conclusión que en la mayoría de los instrumentos normativos el periodo probatorio, su tramitación, el tratamiento de las pruebas y su evacuación así como su valoración, son regulados por las partes. En ausencia de una normativa acordada por las partes, bien por descuido bien por la imposibilidad de llegar a un acuerdo, los árbitros tendrán una delicada responsabilidad de completar la determinación de las reglas del periodo probatorio, atendiendo siempre y primeramente a los principios de contradictorio, igualdad entre las partes y control de la prueba.

3. Sistema probatorio arbitral en Venezuela

Nuestro sistema probatorio tampoco escapa a la conclusión recientemente formulada. Vimos como la LAC se abstiene de regular con detalle la etapa probatoria, pero además resaltamos que no hay referencia o remisión alguna al Código de Procedimiento Civil para que este código entre a funcionar, bien por vía principal en base a su incorporación expresa en la ley arbitral, bien por vía supletoria, puesto que los reglamentos y la LAC colocan como segunda fuente, ante la falta de regulación por las partes, las decisiones de los árbitros tomadas en base a los principios tantas veces analizados.

¹⁴ Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio ICC. Disponible en: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version-2023-version.pdf>

3.1. Solución al aparente vacío normativo. El Código de Procedimiento Civil

3.1.1. Cuando hay una remisión expresa de la ley arbitral

Ya vimos que existe una primera posible aproximación al planteamiento que hacemos en el presente trabajo, la cual consiste en que la ley arbitral haga una referencia expresa al código procesal civil de cada país. En ese caso, la discusión está saldada, puesto que la norma procesal de rango legal entrará a funcionar de manera directa.

Al ser las normas procesales, en muchos casos, de orden público, poco podrá innovar la voluntad de las partes ante una orden tan clara e indiscutible como la que se realiza en las normas de la ley arbitral de Colombia en el caso del arbitraje doméstico, por ejemplo.

3.1.2. Cuando la ley arbitral no regula en modo alguno el periodo de pruebas

En cambio, cuando nuestra ley de arbitraje y los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país consagran el principio radicalmente contrario, es decir, que la autonomía de la voluntad tendrá un papel preponderante, tenemos que orientar nuestro trabajo a determinar cuáles son las mejores prácticas de las partes en el arbitraje, cuál es el rol y grado de responsabilidad de los árbitros ante el descuido de las partes en regular algún elemento del periodo probatorio o ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo por los contendores del proceso.

Así lo precisa Stampa:

El principio de autonomía de la voluntad de las partes informa el diseño del procedimiento arbitral. Las partes adaptarán los contenidos de las tres fases procedimentales básicas –la previa, la de transición y la procedimental, con unos componentes identificables y diferenciados- a sus necesidades específicas y estratégicas, con respeto a la legalidad y a los componentes de todo procedimiento arbitral: el *receptum arbitrii*, la *lex arbitrii* y su flexibilidad¹⁵.

3.1.3. Si no hay referencia o remisión expresa al Código de Procedimiento Civil

Veámos que la posición más sencilla de adoptar consiste en que el legislador arbitral efectúe una remisión directa al código procesal de cada país, el cual quedará entonces automáticamente incorporado al procedimiento arbitral, no por vía supletoria ni por vía de analogía, sino como ley de remisión directa e inmediata.

¹⁵ Gonzalo Stampa, "La Organización del Procedimiento Arbitral", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1 (2020): 63.

Sin embargo, en este punto de nuestro estudio, estamos dedicando el análisis a la situación opuesta, es decir, a sistemas arbitrales donde: c.1. Se coloca expresamente la carga de regular la etapa probatoria en cabeza de las partes; c.2. Se omite cualquier regulación y por ende, surge la necesidad que las partes asuman los acuerdos que les permitirán normar la etapa probatoria.

En este segundo caso, es claro que la primera fuente de regulación de la etapa probatoria serán los acuerdos que alcancen las partes.

Si algún elemento de esta etapa procesal no es regulado por las partes, bien por descuido bien porque no lograron el acuerdo, entonces los árbitros deberán tomar las decisiones que sean necesarias para que la etapa probatoria alcance su objetivo procesal.

En este caso, el Código de Procedimiento Civil solo tendrá entrada si las partes o los árbitros deciden incorporar alguna norma del código al procedimiento arbitral. Es decir, el código de procedimientos funciona aquí como un cuerpo normativo de *soft law* que las partes o los árbitros deben incorporar expresamente para que se convierta en fuente de derecho del arbitraje doméstico.

Lo mismo ocurrirá con las Reglas del *International Bar Association* y las Reglas de Praga, solo para mencionar algunos cuerpos normativos de *soft law* que pueden ser incorporados perfectamente.

Mención especial requieren las Reglas Sobre Pruebas producidas en un extraordinario trabajo de grupo de la Asociación Venezolana de Arbitraje, las cuales, en principio van dirigidas a sugerir un procedimiento probatorio para los arbitrajes independientes, pero que pueden perfectamente ser incorporadas parcial o íntegramente en un procedimiento institucional ante un centro de arbitraje.

3.2. ¿En qué estado del proceso deben ocurrir las negociaciones y los acuerdos sobre la etapa probatoria?

Dependiendo de cada reglamento de arbitraje, el momento en el cual se deben fijar los parámetros del periodo probatorio puede variar, pero hay un común denominador y es que, evidentemente, dichas discusiones se deben sostener en la audiencia preliminar puesto que, dependiendo de la complejidad probatoria del caso, las partes pueden requerir un debate amplio sobre los detalles de la etapa probatoria.

Los acuerdos que las partes alcancen, o las decisiones que los árbitros tomen, deberán estar recogidos en el acta de misión o de términos de referencia como se desee denominar y en el respectivo calendario procesal.

También puede ocurrir que, en el transcurso del procedimiento arbitral en las audiencias de trámite¹⁶, se planteen dudas sobre aspectos no regulados o regulados insuficiente. En ese momento se deberá repetir el recorrido que hemos propuesto: En primer lugar funcionará el acuerdo de las partes, aunque lo más probable es que siendo una discusión sobrevenida, no logren el acuerdo necesario para solucionar las diferencias y, en ese caso, deberán intervenir los árbitros haciendo uso de su potestad regulatoria del procedimiento y ordenar los medios de solución de la divergencia planteada.

En todo el recorrido procesal, los árbitros deberán atender que cualquier decisión respete absolutamente el derecho de las partes al contradictorio, el equilibrio procesal, la buena fe, celeridad y economía.

CONCLUSIONES

En el arbitraje, la etapa probatoria está destinada a ser regulada por la voluntad de las partes quienes deberán ponerse de acuerdo sobre los tipos de prueba que serán admisibles, su forma de promoción y evacuación, control de la prueba y valoración de la prueba.

Esta conclusión se verá alterada si la ley arbitral o reglamento de arbitraje aplicables al caso disponen algo distinto. Pero esta disposición diferente deberá ser expresa y directa como sucede, por ejemplo, en el arbitraje doméstico en Colombia.

En caso de que las partes omitan regular algún punto esencial o no alcancen el acuerdo necesario, se impondrá entonces una muy delicada tarea para los árbitros quienes deberán regular aquellos aspectos que no fueron determinados por las partes con la suficiente precisión.

Al desplegar esta actividad que, de alguna manera viene a suplir la deficiente regulación de las partes, los árbitros deben ser extremadamente cuidadosos, puesto que podrían correr el riesgo de favorecer a una de las partes en desmedro de la otra, crear desequilibrios en la aportación de las pruebas, cercenar el derecho al control de la prueba o, de alguna manera, afectar el derecho al debido proceso de una parte o ambas.

Las máximas de conducta de los árbitros en esos casos, serán los principios del arbitraje, en particular el principio del contradictorio, el equilibrio de las partes y el control de la prueba.

Adicionalmente deberán considerar los principios de buena fe, celeridad y economía procesal, evitando conceder multiplicidad de pruebas redundantes o controles abusivos de la prueba que retarden y entorpezcan el proceso.

¹⁶ Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen Arbitral Colombiano. Parte Procesal*. Tomo II. Segunda Edición (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2017), 134.

Por lo tanto, retomamos aquí la razón por la cual comenzamos este trabajo, en el arbitraje en Venezuela el Código de Procedimiento Civil no puede ser invocado para que opere en el período probatorio de forma directa, ni supletoria ni analógica.

Solo tendrá entrada a la fase probatoria de los procedimientos arbitrales con sede en Venezuela, cuando las partes o los árbitros lo incorporen previo un acto de manifestación de voluntad que contemple expresamente su ingreso al procedimiento arbitral.

Finalmente, aquellos instrumentos de *soft law*, como pueden ser las Reglas del International Bar Association y las Reglas de Praga, entre muchos otros, podrán ser incorporados por la voluntad de las partes o por decisión de los árbitros.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvins S., Ramón José, "Pruebas en el Arbitraje", en: *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas – Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje – Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, 2013.
- Castresana, Luis Felipe, Fernández Rozas, José Carlos, Ruiz Risueño, Francisco, Stampa, Gonzalo, *Manual de Arbitraje*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán, *Régimen Arbitral Colombiano. Parte Procesal*. Tomo II. Segunda Edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2017.
- Henríquez La Roche, Ricardo, *El Arbitraje Comercial en Venezuela*. Caracas: Ediciones Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000.
- Stampa, Gonzalo, "La Organización del Procedimiento Arbitral", *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 1 (2020).

La anulación del laudo arbitral en España y Venezuela: notas comparativas

Pedro Miguel Mata Chacín*

ESPAÑA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 177-216

Resumen: La formulación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional sentó las bases para la armonización internacional del arbitraje, impregnando positivamente las legislaciones nacionales. En este artículo se realiza un análisis comparativo entre dos de esas legislaciones: la española y la venezolana, ambas de tradiciones jurídicas similares. La comparación se centra en el instrumento de impugnación del laudo arbitral regulado por cada una de ellas: la acción de anulación española y el recurso de nulidad venezolano. Considerando la letra de cada Ley, así como su tratamiento jurisprudencial y doctrinal, ambos mecanismos presentan destacables contrastes, que van desde su denominación hasta la naturaleza de sus motivos.

Palabras clave: anulación, laudo arbitral, España, Venezuela.

The annulment of the arbitral award in Spain and Venezuela: comparative notes

Abstract: *The formulation of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration laid the foundations for international harmonisation of arbitration, positively permeating national legislations. In this article, a comparative analysis is made between two of those legislations: the Spanish and the Venezuelan, both with similar legal traditions. The comparison focuses on the instrument for challenging the arbitral award regulated by each of them: the Spanish «acción de anulación» and the Venezuelan «recurso de nulidad». Considering the wording of each law, as well as its jurisprudential and doctrinal treatment, both mechanisms present notable contrasts, ranging from their name to the nature of their grounds.*

Keywords: *annulment, arbitral award, Spain, Venezuela.*

Autor invitado

* Pasante legal en el área de Procesal y Arbitraje de Broseta Abogados (Madrid, España). Estudiante del Doble Máster en Acceso a la Abogacía y Abogacía Internacional (área de Resolución de disputas) en la Universidad Carlos III de Madrid. Graduado en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, 2023.

La anulación del laudo arbitral en España y Venezuela: notas comparativas

Pedro Miguel Mata Chacín*

ESPAÑA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 177-216

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Naturaleza jurídica de la acción de anulación y del recurso de nulidad. 1.1. Acción y recurso. 1.2. Anulación y nulidad. 2. Consideraciones sobre el órgano competente y el plazo de ejercicio. 3. Motivos de anulación. Previo. Régimen de los motivos: ¿a instancia de parte o de oficio? 3.1. Invalidez del convenio arbitral: artículos 41.1.a) LA y 44.a) LAC. 3.2. Vulneración del derecho de la parte a ser notificada o a hacer valer sus derechos: artículos 41.1.b) LA y 44.b) LAC. 3.3. Incongruencia *extra petita* del laudo arbitral: artículos 41.1.c) LA y 44.d) LAC. 3.4. Irregularidad en la designación de los árbitros o en el procedimiento arbitral: artículos 41.1.d) LA y 44.c) LAC. 3.5. No vinculación, anulación o suspensión del laudo arbitral: artículo 44.e) LAC. 3.6. Materia no susceptible de arbitraje: artículos 41.1.e) LA y 44.f) LAC. 3.7. Contrariedad al orden público: artículos 41.1.f) LA y 44.f) LAC. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más globalizado, que las diferencias entre las naciones puedan mitigarse hasta el punto de permitir soluciones unánimes es, desde luego, meritorio de celebración. Y por eso se ha celebrado la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en adelante, «LMA»), que, pese a constituir un instrumento de *soft law*, ha resultado trascendental para la armonización internacional del arbitraje.

Entre las numerosas legislaciones que han respondido internamente al fenómeno de la LMA, se encuentran la española y la venezolana. En España, rige la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje («LA»), la cual, si bien es la tercera Ley dedicada al arbitraje (la primera data de 1953 y la segunda de 1988), es la primera basada en la LMA. Y, en Venezuela, la norma vigente es la Ley de Arbitraje Comercial («LAC»), aprobada el 25 de marzo de 1998, que es la primera influenciada por la LMA y también la primera que trata en exclusiva el arbitraje comercial, antes regimentado por los artículos 608 a 629 del Código de Procedimiento Civil («CPC»).

* Pasante legal en el área de Procesal y Arbitraje de Broseta Abogados (Madrid, España). Estudiante del Doble Máster en Acceso a la Abogacía y Abogacía Internacional (área de Resolución de disputas) en la Universidad Carlos III de Madrid. Graduado en Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, 2023.

La motivación para comparar una y otra norma, sin embargo, no reside solo en el influjo común de la LMA, sino también en razones histórico-culturales: como el de tantos países hispanoamericanos, el sistema jurídico venezolano ha bebido tradicionalmente del español (y los dos, a su vez, del Derecho continental). De esta forma, de las clásicas similitudes entre ambas culturas jurídicas, aunadas a la patente internacionalización del arbitraje, nace el interés por examinar cómo ambas regulan un mismo tópico en materia arbitral.

Y creciente es ese interés si el tópico a tratar es el de la impugnación del laudo arbitral en sede judicial, cuestión respecto a la que han abundado las disquisiciones jurisprudenciales y doctrinales. Se someten a comparación, pues, la acción de anulación de los artículos 40 a 43 de la LA española y el recurso de nulidad de los artículos 43 a 47 de la LAC venezolana, inspirados ambos por la norma referencia del artículo 34 de la LMA.

Ahora bien, no se pretende, dado que contravendría el espíritu de este artículo, efectuar un examen exhaustivo de todas y cada una de las vicisitudes que rodean, en la teoría y en la práctica, la anulación de laudos arbitrales. El valor añadido del presente escrito busca ser más bien el de aportar un estudio de Derecho comparado entre dos perspectivas jurídicas, resaltando los principales contrastes tanto en su tenor legal como en su desarrollo jurisprudencial y doctrinal.

1. Naturaleza jurídica de la acción de anulación y del recurso de nulidad

De cara a realizar un análisis comparativo entre uno y otro mecanismo de impugnación, resulta preciso comenzar por lo que primero salta a la vista: su denominación. Se quiere indagar qué ha podido llevar al legislador español a prever una «acción de anulación» y al venezolano, en cambio, un «recurso de nulidad».

Para ello, resulta propicio comparar tanto los nombres como los apellidos de ambas figuras: acción y recurso, por un lado, y anulación y nulidad, por el otro.

1.1. Acción y recurso

Sin perjuicio de corroborar la materia a la luz del Derecho español y del venezolano, preliminarmente se puede afirmar que acción y recurso no significan lo mismo. Señala Cordero Heredia¹:

[E]n derecho procesal una acción significa el inicio de un proceso y es el acto mediante el cual se inicia la actividad jurisdiccional de los jueces de instancia, este proceso puede tener otros niveles jerárquicos en cuanto a la jurisdicción a los cuales se puede acceder mediante los recursos. Un recurso siempre estará dentro de un proceso, sin embargo una acción sólo inicia un nuevo proceso.

¹ Cordero Heredia, David. *La acción extraordinaria de protección: ¿acción o recurso?* 2018, pág. 2. Recuperado de https://www.inredh.org/archivos/pdf/boletin3_accion_proteccion_davidcordero.pdf.

La cuestión que se suscita recae en determinar si la acción de anulación española y el recurso de nulidad venezolano ostentan una naturaleza impugnatoria distinta o si, por contra, se trata de la misma, caso en el que una Ley podría ser más acertada que la otra.

En España, la acción de anulación no fue «acción» hasta 2003. La Ley de Arbitraje de 1988 regulaba, en sus artículos 45 a 51, un recurso de anulación², sobre la base de una fundamentación ya extinta de respeto a la tutela judicial efectiva: se decía en la Exposición de Motivos de dicha Ley que «[e]l convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución».

No obstante, autores como Mullerat³ ya indicaban que, «pese a la dicción legal, no es un verdadero recurso, dado que la acción de nulidad no produce un nuevo examen de lo que fue objeto del arbitraje».

En consonancia, la regulación vigente es diversa de la anterior tanto en su letra como en su motivación. Directamente establece el apartado VIII de la Exposición de Motivos de la LA que «[r]especto de la anulación, se evita la expresión “recurso”, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo». Según Lacruz Mantecón⁴:

[S]e quiere resaltar que el laudo no es el producto de una actividad jurisdiccional, sino arbitral, y por tanto que contra el mismo no se ejercita un recurso, sino una acción de invalidez, de anulación, como la que procede contra un acto o negocio en el que concurre un motivo invalidante.⁵

La acepción primaria del recurso en el Derecho español corresponde a la de un medio de gravamen, en tanto su interposición se sustenta en que la resolución judicial recurrida causa un perjuicio o un detrimento (un gravamen) al recurrente. Así se deriva de la concepción general del artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC»)⁶ y así lo define Cortés Domínguez⁷: «mecanismo procesal adecuado para luchar contra resoluciones que consideramos equivocadas, y por tanto, perjudiciales».

² La de 1953 (artículo 30) incluso otorgaba el mismo nombre que hoy se prevé en la Ley venezolana: recurso de nulidad.

³ Mullerat, Ramón. “La anulación del laudo arbitral”. En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, N.º 1995 (1995), pág. 116.

⁴ Lacruz Mantecón, Miguel. “Artículo 40. Acción de anulación del laudo”. En *Comentarios breves a la Ley de arbitraje*, coordinado por Ernesto Díaz-Bastien López. Madrid: Editorial Reus, 2007, pág. 205.

⁵ Como observa Claros Alegría, la caracterización de recurso «obedecía a una inercia de nuestro derecho histórico (detectable también en el derecho comparado) y a una concepción jurisdiccionalista del arbitraje que asimilaba el laudo arbitral a una suerte de sentencia judicial».

Claros Alegría, Pedro. “Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo”. En *Comentarios a la Ley de arbitraje*, coordinado por Rafael Hinojosa Segovia. 2.ª ed. Madrid: Grupo Difusión, 2008, pág. 236.

⁶ «Contra las resoluciones de los Tribunales y Letrados de la Administración de Justicia que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley».

⁷ Cortés Domínguez, Valentín y Víctor Moreno Catena. *Derecho procesal civil. Parte general*. 12.ª ed. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2023, pág. 360.

La acepción primaria de la acción es diferente. Consiste, como precisó en su día Couture⁸, en «el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión»⁹ (así, una acción resolutoria, una acción reivindicatoria, etc.).

La acción de anulación, en efecto, es un vehículo para ejercitar una pretensión: es un mecanismo autónomo de impugnación. No es un medio de gravamen y no deriva de una resolución judicial ni tampoco de la controversia objeto de arbitraje (en su sentido sustantivo o material). Esa acción da lugar a un proceso totalmente nuevo y distinto, mediante el cual se combate la validez de un laudo arbitral, pero con el que no puede pretenderse la modificación de su contenido ni una sentencia sobre el fondo.

Por esa razón, no puede considerarse la anulación ni como una segunda instancia, ni como un recurso ordinario o extraordinario, pues su finalidad es únicamente la verificación del cumplimiento de las exigencias formales del procedimiento arbitral y en la emisión del laudo¹⁰.

Ello lo afirma tajantemente la reciente doctrina del Tribunal Constitucional español (por todas, sentencia 79/2022, de 27 de junio):

[S]i bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley.

Lo mismo certifica la doctrina internacional más autorizada. Siguiendo, por ejemplo, a Redfern y Hunter¹¹, la anulación resta completamente de los Tribunales de la jurisdicción donde se ha celebrado el arbitraje la capacidad de revisar el laudo en sus méritos: si se cumple correctamente con el procedimiento, «las partes deben estar preparadas para aceptar la decisión del Tribunal arbitral incluso si la consideran equivocada».

La anulación del laudo, además, tiene efectos exclusivamente rescindentes y no rescisorios. Se genera el efecto negativo de atacar la cosa juzgada y suprimir el laudo (*judicium rescindens*), mas no el efecto positivo de sustituir el laudo suprimido (*judicium*

⁸ Couture Etcheverry, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3.ª ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1958, pág. 57. Recuperado de <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>.

⁹ Definición generalmente acogida por la doctrina española. *Vid.*, p. ej., García Bartolomé, David. "Las acciones de reintegración de la masa y la aprobación judicial del convenio (SJM 8 Madrid, 7.7.2010)". En *Anuario de Derecho Concursal*, N.º 22 (2011), pág. 483.

¹⁰ González-Montes Sánchez, José Luis. *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley, 2008, pág. 24.

¹¹ Redfern, Alan y Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4.ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004, pág. 421. Traducción propia.

rescissorium), lo cual se aleja de la idea conceptual del recurso¹². Como ha apuntalado la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la consecuencia de la anulación «se circunscribe a dejar sin efecto el laudo -en todo o en parte-, pero sin que el Tribunal se halle facultado para resolver el asunto dictando una nueva resolución que sustituya al laudo» (sentencia 25/2022, de 13 de mayo).

Y hay que recordar, igualmente, que el laudo es una resolución firme. Si resoluciones firmes son aquellas contra las que no cabe recurso, entonces la acción de anulación no se puede concebir como tal, como advierten Lete Achirica¹³ y Ripol¹⁴.

En suma, en el marco español, la anulación no se articula por medio de un recurso; pese a que desafortunadamente el Tribunal Constitucional haya hablado alguna vez de «recurso por nulidad del laudo arbitral» (*vid.*, sentencia 17/2021, de 15 de febrero).

Por su parte, desde la perspectiva de la LAC venezolana, aparenta ser la más conciliadora con la LMA, que alude, en su artículo 34, no a una acción, sino a un «recurso», disponiendo también en su apartado primero que el laudo podrá «recurriarse». Sin embargo, la coherencia de tal denominación debe analizarse a la luz del ordenamiento nacional.

Pues bien, en el Derecho venezolano, no se exponen en la LAC las razones que llevan al recurso de nulidad a ser o llamarse «recurso». Tampoco contiene el CPC en su Título VII («De los recursos») disposiciones generales que acerquen al lector a un concepto de «recurso», como sí las incluye la LEC española en sus artículos 448 a 450.

En la doctrina venezolana, no obstante, se encuentran definiciones que alcanzan la concepción que del recurso se guarda también en el Derecho español. Véase, a modo ejemplificativo, Rodríguez Cirimele¹⁵:

[Los recursos son] los medios que la ley concede a las partes [...] para obtener que un asunto ya decidido, dentro del mismo proceso, sea objeto de un nuevo examen y decisión jurisdiccionales en un grado superior de la jerarquía judicial y que impiden la formación de la cosa juzgada.

O Zambrano¹⁶:

¹² Lacruz Mantecón, Miguel. Ob. cit.: "Artículo 40. Acción de anulación del laudo", pág. 206.

¹³ Lete Achirica, Javier. "Artículo 40. Acción de anulación del laudo y Artículo 41. Motivos". En *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*, dirigido por Vicente Guilarte Gutiérrez. Valladolid: Lex Nova, 2004, pág. 652.

¹⁴ Ripol, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA*. Barcelona (España): Editorial Bosch, 2013, pág. 86.

¹⁵ Rodríguez Cirimele, Alejandro. "Aspectos generales de los recursos en el proceso civil". En *RDUCAB*, N.º 12 (1970-1971), pág. 139. Recuperado de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/12/JCAB_1970-1971_12_129-171.pdf.

¹⁶ Zambrano, Freddy. *Los recursos ordinarios: apelación de autos y sentencias. Comentarios de los artículos 423 a 450 del COPP*. Caracas: Editorial Atenea, 2014, pág. 7.

[Los recursos judiciales son] medios de impugnación de las resoluciones judiciales no firmes causantes de gravamen, y su objeto es que el mismo Juez que dictó la resolución o el superior jerárquico, revise el pronunciamiento y, en consecuencia, lo revoque o modifique reparando el gravamen causado a la parte.

Concuerda lo anterior con los recursos regulados por el CPC en sus artículos 288 a 337 (apelación, recurso de hecho, revocatoria, casación e invalidación), como instrumentos judiciales que, en mayor o menor medida, permiten el tratamiento del fondo del asunto por parte del órgano concededor del recurso.

Ahora bien, el recurso de nulidad de la LAC no es un medio para la revisión del fondo del laudo arbitral. Este mecanismo sigue el carácter limitado del control anulatorio, carácter internacionalmente consagrado y consustancial a la voluntad de las partes de someter la solución de sus controversias a arbitraje y no a la jurisdicción ordinaria. En esta línea se ha encaminado la jurisprudencia venezolana, por ejemplo, en la sentencia 1067/2010, de 3 de noviembre, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

[L]a 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.

En la sentencia de 13 de mayo de 2002 del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas:

[E]l recurso de nulidad se prevé en la ley no para atacar una decisión arbitral injusta sino nula, no se trata de sustituir el laudo arbitral por el fallo judicial, a los jueces no les está permitido entrar a juzgar la correcta aplicación o interpretación de la ley por parte de los árbitros de derecho, los jueces no tienen competencia para conocer si hubo errores "*in iudicando*" en la aplicación o interpretación de las normas jurídicas correspondientes o en el establecimiento y valoración de los hechos o de las pruebas, con el recurso de nulidad se trata tan sólo de controlar en forma restringida las formalidades esenciales del proceso arbitral.

Y en la sentencia de 22 de diciembre de 2016 del Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas:

[L]a acción de nulidad no se trata de una apelación sobre el fondo de la controversia, por lo que no se extenderá al fondo o mérito de la causa arbitral ni al establecimiento ni apreciación de los hechos que haya efectuado el Tribunal Arbitral.

Llama la atención, por tanto, que teniendo el recurso venezolano la misma naturaleza que el español, esto es, de medio de gravamen, con el cual el recurrente puede perseguir un nuevo examen de los méritos de la disputa, también sea recurso el instrumento a través del cual se insta la nulidad del laudo.

La realidad es que la jurisprudencia venezolana no repara en deslindar entre recurso y acción: como prueban las tres últimas citas jurisprudenciales, los Tribunales hablan indistintamente de recurso de nulidad y de acción de nulidad, empleándolos como sinónimos. En lo que sí insiste aquella jurisprudencia es en diferenciar entre el recurso de nulidad y el recurso de apelación, medio de gravamen por excelencia.

En este contexto, se podría decir que el Derecho español y el Derecho venezolano adoptan distintos sentidos. El español se ciñe a un sentido estricto, conforme al cual la acción de anulación no es un recurso (y mucho menos de apelación), mientras que el venezolano acoge uno amplio, según el cual el recurso de nulidad sí es un recurso (al que también parece llamársele acción), solo que no de apelación.

Y todo ello sería conciliable si ambos Derechos partieran de bases distintas. Sin embargo, los conceptos de «recurso» y de «acción» no varían en la cultura jurídica venezolana respecto a la española. En relación con el recurso, ello se ha observado *supra*; y, en relación con la acción, detalló en su momento Rengel Romberg¹⁷, en criterio parecido al de Couture, que es «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»¹⁸.

Amén de ello, el recurso de nulidad de la LAC venezolana no es un recurso, sino una acción, sin que una y otra figura sean equipolentes. Al igual que en España, por medio de esa acción el demandante ejercita una pretensión independiente, basada en alguno de los motivos tasadamente dispuestos en la Ley, y ello no da lugar a un nuevo examen de la controversia ni a la sustitución del laudo arbitral por parte del órgano judicial. No se trata de un medio de gravamen, sino únicamente de un medio autónomo de impugnación.

1.2. Anulación y nulidad

Menos controversial debería resultar la distinción entre anulación y nulidad, dada la costumbre normativa, jurisprudencial y doctrinal de utilizar ambos términos con idéntico significado. Ya afirma Rodner¹⁹ que, en la doctrina y práctica comparada, nulidad, anulación e impugnación suelen ser denominaciones indistintas de un mismo instrumento.

A este respecto, la LMA titula su Capítulo VII «Impugnación del Laudo», aludiendo tanto a «nulidad» como a «anulación» en su artículo 34. Misma estela sigue la LAC vene-

¹⁷ Rengel Romberg, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano* (Tomo I). Caracas: Editorial Arte, 1994, pág. 162.

¹⁸ *Vid.*, sentencia de 22 de marzo de 2018 del Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

¹⁹ Rodner, James O. "La anulación del laudo arbitral". En *Estudios de Derecho Procesal Civil: Libro homenaje a Humberto Cuenca*. Caracas, 2002, pág. 825. Recuperado de <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/05/La-anulacion-del-laudo-arbitral.pdf>.

zolana al llamar a su Capítulo VII, donde regula el recurso de nulidad, «De la Anulabilidad del Laudo».

Similarmente, la jurisprudencia española se ha referido a la acción de anulación como «nulidad» y la venezolana ha aludido al recurso de nulidad como «anulación».

En cuanto a la española hablando de nulidad, antes se ha citado la sentencia 17/2021, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional (pese a que la alusión a «recurso» manche la referencia). Véanse también otras como la 429/2009, de 22 de junio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo²⁰ o la 65/2021, de 15 de marzo, del Tribunal Constitucional²¹.

Y, en cuanto a la venezolana hablando de anulación, véanse, *ad exemplum*, la sentencia 1784/2011, de 30 de noviembre, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²² o la sentencia de 13 de marzo de 2013 del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas²³.

Doctrinalmente se sigue el mismo criterio de apreciar anulación y nulidad como términos fungibles. A mero título enunciativo, por parte de España, González-Montes Sánchez²⁴ y Jurado Beltrán²⁵ hacen apuntes sobre «la nulidad del laudo» mientras abordan la acción de anulación; y, por parte de Venezuela, Rodner²⁶ titula su obra “La anulación del laudo arbitral” al tratar el recurso de nulidad.

Efectivamente, anulación y nulidad, al menos en el ámbito de la impugnación del laudo arbitral, se consagran como conceptos jurídicos hermanos, con un contenido y un fin equivalente: invalidar, parcial o totalmente, la cosa juzgada y los demás efectos jurídicos producidos por la decisión arbitral.

Sea como fuere, de cara a un mayor abundamiento explicativo, se podría tratar de establecer una relación de estos conceptos con la teoría general de los contratos²⁷, donde es común diferenciar entre nulidad y anulabilidad.

²⁰ «No puede descartarse, al menos de manera radical, que mediante la acción de nulidad puedan hacerse valer supuestos de error manifiesto cuando se traduzcan en el ejercicio arbitrario de la función del árbitro [...]».

²¹ «[E]xcés de control judicial en la valoración de la existencia de una contravención del orden público como causa de nulidad de los laudos arbitrales establecida en art. 41.1 f) LA».

²² «[L]a Ley de Arbitraje Comercial en sus artículos 43 al 47 prevé la anulación de los laudos».

²³ «[E]l vicio de *citrapetita* nunca puede ser considerado como causal de anulación del laudo arbitral».

²⁴ Ob. cit.: *El control judicial del arbitraje*, pág. 26.

²⁵ Jurado Beltrán, David. “La acción de anulación del Laudo arbitral visto desde la abogacía”. En *Tribunal Arbitral de Barcelona*, 2023. Recuperado de <https://tab.es/es/la-accion-de-anulacion-del-laudo-arbitral/>.

²⁶ Ob. cit.

²⁷ Ciertamente es que la decisión del árbitro en forma de laudo no es un contrato, pero también lo es que deriva de uno, que es el convenio arbitral. De hecho, como se verá más adelante, la anulación del laudo puede, dependiendo del motivo que entre en juego, conllevar la anulación de aquel convenio.

La primera es una nulidad absoluta, por la falta de un requisito esencial para la validez del contrato [artículos 1261 del Código Civil («CC») español y 1141 del CC venezolano], nulidad que existe *ab initio* y sin necesidad de una sentencia constitutiva de tal situación jurídica. La segunda, en cambio, es una nulidad relativa, donde el contrato sí es válido y surte eficacia jurídica desde el inicio, pero adolece de determinado defecto (v. gr., falta de capacidad o vicios en el consentimiento) que lo hace anulable, siendo precisa una acción judicial y una sentencia constitutiva de la anulabilidad.

Tanto en España como en Venezuela, la anulación del laudo se acerca más a la segunda figura, sobre todo, porque para considerar la invalidez de la resolución arbitral es necesaria una acción judicial instándola y, a partir de allí, una sentencia que constituya la anulación. Tal y como estima Barona Vilar²⁸, la eficacia de la sentencia anulatoria es siempre constitutiva: «se está destruyendo la situación que preexistía creada por el laudo arbitral y, con ello, se está constituyendo o dando nacimiento a una situación jurídica de ineficacia que antes era inexistente». La sentencia, más que declarar nulo el laudo, directamente lo anula.

En todo caso, a pesar de la anterior disquisición, se reputa difícil lograr una escisión nominal entre nulidad y anulabilidad, tanto dentro como fuera de la esfera arbitral²⁹.

2. Consideraciones sobre el órgano competente y el plazo de ejercicio

Común a ambos instrumentos anulatorios es el carácter del Tribunal que los resuelve: es un órgano judicial jerárquicamente superior a aquel que habría conocido de la disputa si las partes hubiesen acudido a la jurisdicción ordinaria y no al arbitraje.

El artículo 43, párrafo primero, de la LAC venezolana estipula que el recurso de nulidad deberá interponerse «ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado [el laudo]». Expresa Hung Vaillant³⁰:

[L]a mención al Tribunal Superior debe entenderse referida al Tribunal competente, por la materia y el territorio, superior en grado a aquél que hubiere sido competente para conocer del asunto controvertido en primera instancia si las partes no se hubieren sometido a la jurisdicción arbitral.³¹

²⁸ Barona Vilar, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*. 1.ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pág. 1361.

²⁹ A modo ilustrativo, el CC español, al hablar sobre nulidad, en realidad lo hace sobre anulabilidad (pues se refiere a la nulidad relativa: artículos 1300 a 1314); y el CC venezolano, por su parte, entremezcla los términos «nulidad» y «anulabilidad» al regular los vicios del consentimiento (artículos 1146 a 1154).

³⁰ Hung Vaillant, Francisco. *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001, pág. 219.

³¹ Así lo determina también la sentencia ya mencionada de 13 de mayo de 2002 del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas: se entiende «el Tribunal Superior como superior natural de aquel al que hubiere correspondido la decisión en primera instancia».

Guardaría lógica entonces que ese Tribunal superior sea el mismo que sería competente para una apelación contra una sentencia de primera instancia. Eso sí, sin que ello suponga establecer, entre la anulación del laudo y la apelación, más conexiones que las meramente competenciales.

En esta línea, son competentes los Juzgados Superiores en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y Marítimo, ubicados por encima de los Juzgados de Primera Instancia en el organigrama jurisdiccional. Conocen, pues, del proceso anulatorio del laudo, los mismos órganos que resuelven los recursos de apelación contra las sentencias de esos Juzgados de Primera Instancia [artículo 66.B y C de la Ley Orgánica del Poder Judicial («LOPJ») venezolana] (y, en su caso, contra las de los Juzgados de Municipio³²).

Algo similar se regulaba en España hasta hace algunos años. Quedando atrás los tiempos en los que la competencia era del Tribunal Supremo³³, desde la Ley de Arbitraje de 1988, el proceso de anulación correspondía a «la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiere dictado el laudo» (artículo 46.1). Ergo, se le daba competencia al órgano encargado también de conocer los recursos de apelación frente a las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia (artículo 82.3.º de la LOPJ española, en su redacción vigente en 1988)³⁴.

Este régimen de competencias fue continuado inicialmente por la vigente LA. Sin embargo, la Ley 11/2011³⁵ modificó, entre otros preceptos, el artículo 8.5 de la LA, que en ese momento pasó a indicar la competencia de «la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde [el laudo] se hubiere dictado». Desapareció, consecuentemente, la similitud competencial con el recurso de apelación.

De acuerdo con el apartado II del Preámbulo de aquella Ley 11/2011, la modificación se debió a un «propósito de impulsar el arbitraje», a través de una «reasignación de las funciones judiciales en relación con el arbitraje [...] que permita dar más uniformidad al sistema mediante una «elevación» de determinadas funciones». Siguiendo a Gutiérrez García de Cortázar³⁶:

Si bien doctrinalmente se había puesto de manifiesto la conveniencia de unificar los criterios para la prosperabilidad tanto de una acción de anulación de laudo como del reconocimiento

³² «[C]uando actúen como jueces de primera instancia» (sentencia de 21 de noviembre de 2019 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia), lo cual dependerá de la cuantía del procedimiento (artículo 70 de la LOPJ).

³³ Artículo 30 de la Ley de Arbitraje de 1953: «recurso de nulidad ante la Sala primera del Tribunal Supremo».

³⁴ Actualmente, las Audiencias Provinciales son competentes para las apelaciones contra las sentencias de los Juzgados de Primera Instancia y de los Juzgados de lo Mercantil (artículos 82.2.1.º y 3.º de la LOPJ y 455.2.2.º de la LEC).

³⁵ Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

³⁶ Gutiérrez García de Cortázar, Elena. "La Reforma de la Ley de Arbitraje: Luces y Sombras". En *El Notario del Siglo XXI*, N.º 38 (2011). Recuperado de <https://www.elnotario.es/revista-38/763-la-reforma-de-la-ley-de-arbitraje-luces-y-sombras-0-40930658337595555.html>.

de un laudo extranjero en España y, en este sentido, la bondad de atribuir estas funciones a unos órganos jurisdiccionales menos dispersos que las 50 Audiencias Provinciales (con sus respectivas Secciones) o los innumerables Juzgados de Primera Instancia, la elección de los Tribunales Superiores de Justicia ha causado cierta sorpresa dada su nula tradición arbitral. Da la impresión de que, ante la negativa del Tribunal Supremo de asumir estas funciones, se ha acudido a los órganos judiciales más desocupados, lo cual pudiera ser positivo, al dotar de impulso y rapidez el apoyo judicial al arbitraje.

Prosiguiendo con el tema del plazo para ejercitar la acción de anulación, se parte de la norma referencia del artículo 34.3 de la LMA, que fija un lapso de tres meses.

No se encontrarán mayores diferencias en cuanto al *dies a quo* entre la LMA, la LA y la LAC. Los tres plazos se cuentan, como resumidamente expone la norma venezolana, desde «la notificación del laudo o de la providencia [resolución] que lo corrija, aclare o complemente» (artículo 43, párrafo primero), si bien la española aparenta más previsora al añadir «o desde la expiración del plazo para adoptarla» (en referencia a la corrección, aclaración o complemento) (artículo 41.4).

Tampoco parecen necesarias anotaciones sobre la diferencia entre la «recepción» a la que alude la LMA y la «notificación» de la que hablan tanto la LA como la LAC³⁷.

Donde sí se hallarán notables variaciones es en el plazo. La LMA habla de tres meses y la LA española no se queda lejos al señalar dos meses, lo cual dista mucho del antiguo tiempo de diez días que disponía el artículo 46.2 de la Ley de 1988. Ahora bien, llamativamente inferior a los tres plazos anteriores es el que recoge la LAC venezolana: tan solo de cinco días (aunque «hábiles»).

Se ha afirmado en el presente artículo que el recurso de nulidad de la LAC no es un verdadero recurso, sino una acción, dado su fundamento y naturaleza. Empero, lo cierto es que la regulación del plazo sí se acerca a la de un recurso: por ejemplo, y sin ánimos de abusar del contraste formal con el recurso de apelación, en Venezuela este también debe interponerse en el lapso de cinco días (artículo 298 del CPC)³⁸.

³⁷ Aunque opina Rodner que debería distinguirse entre entrega y recepción del laudo: «La entrega del laudo se refiere a la consignación del laudo en la dirección o domicilio de las partes. [...] De acuerdo con la Ley Modelo Uncitral, no basta con haber enviado el laudo, es necesario estar seguro que el laudo fue recibido por la parte».

Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", pág. 848.

Lo anterior no encuentra mucho conflicto en España, pues el artículo 5.a) de la LA delimita muy bien el tiempo y forma de las comunicaciones y notificaciones, equiparando la recepción a la entrega.

La LAC no lo fija expresamente, pero debería entenderse que, al igual que la LA, se pretende que el respectivo plazo comience en el momento en el que se pone a disposición del destinatario la respectiva resolución, es decir, cuando aquel adquiere o puede adquirir noticia de ella (de ahí, el término «notificación»); todo ello, sea por medios físicos o, como sucede preeminentemente en la actualidad, por medios electrónicos o telemáticos.

³⁸ En España, el recurso de apelación se debe interponer en el plazo de veinte días (artículo 458.1 de la LEC), lo que supone una diferencia de cuarenta días, aproximadamente, respecto al lapso para ejercitar la acción de anulación.

Resulta intrigante un período que, a priori, se manifiesta demasiado corto, a la luz de la LMA y de otras legislaciones nacionales³⁹. Podría explicarse desde un férreo arraigo al carácter expedito del arbitraje, asentado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano (*vid.*, sentencia 1121/2007, de 20 de junio). Sin embargo, no parece suficiente para justificar un plazo tan reducido en el que las partes tienen que examinar un laudo (muchas veces de gran longitud) y analizar si concurre alguna de las causas establecidas para instar la nulidad de aquel, causas que, como se verá, pueden presentar un alto grado de complejidad jurídica.

Según Rengel Núñez⁴⁰, la problemática de la brevedad del lapso se mitiga por el hecho de que el artículo 32 de la LAC dispone un período de quince días para solicitar aclaratorias, correcciones o complementos, «lo cual sin duda brinda un plazo que luce razonable para analizar el laudo arbitral y determinar si está incurso en alguna de las causales de nulidad previstas en la LAC», de modo que el plazo «no puede verse como limitado a los 5 días previstos en el artículo 43».

Ahora bien, esa razonabilidad en el plazo partiría de presumir que las partes, o una de ellas, harán uso de la facultad del artículo 32 de la LAC; pero ello es, precisamente, facultativo y no preceptivo. Las partes podrán ejercerla (porque es una vía idónea, porque les será conveniente para decidir si instar la nulidad o porque desean ganar tiempo), pero, en caso de querer acudir directamente a la vía judicial, el término de cinco días será siempre el aplicable.

Al respecto, hace notar Rodner⁴¹ que el plazo para solicitar la nulidad es menor que el plazo para solicitar la aclaración, corrección o complemento. En ello se diferencia de la LMA y de la LA española, donde es al revés: el lapso para solicitar la resolución aclaratoria, correctora o complementaria⁴² vence antes del término del lapso para ejercer la acción. Para el autor, «el legislador venezolano se equivocó al establecer los plazos y, de haber seguido la Ley Modelo, hubiera fijado un plazo de cinco días para pedir la corrección y un plazo de quince días para ejercer el recurso de nulidad». Y, efectivamente, aparenta de mayor dificultad, tanto procedimental como material, la petición de anulación al Juez que la solicitud de aclaración, corrección o complemento al árbitro.

³⁹ No solo la española, sino también otras como la chilena o la uruguaya, que disponen sendos plazos de tres meses, o la argentina o la colombiana, que los señalan de treinta días.

⁴⁰ Rengel Núñez, Pedro. "Comentario al artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana". En *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana* (Tomo II), coordinado por Caterina Jordan y Procopio Fernando Sanquírigo Pittevil. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2023, págs. 1405-1406. Recuperado de https://www.cierc.com/_files/ugd/d2f4e0_38d0421a9d304d8fab1a74b4e6bb5ab9.pdf?index=true.

⁴¹ Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", pág. 847.

⁴² A los treinta días de recibido el laudo, en la LMA (artículo 33.1), y a los diez días siguientes a la notificación del laudo, en la LA (artículo 39.1); en ambos casos, y también en desemejanza de la LAC, «salvo que las partes hayan acordado otro plazo».

3. Motivos de anulación

Las causas por las cuales procede la anulación de un laudo arbitral se contienen en el artículo 41.1 de la LA española y en el 44 de la LAC venezolana, influenciados ambos por el 34.2 de la LMA. Como se ha destacado con asiduidad, estos preceptos consagran listados *numerus clausus*⁴³, dada la naturaleza de la anulación como instrumento que, respetando la voluntad original de las partes de resolver sus controversias en sede arbitral, reduce la intervención judicial a circunstancias restringidas⁴⁴.

El orden en el que los motivos de anulación están colocados en la LMA es también seguido por la LA y por la LAC, aunque con tres particularidades en esta última: (i) que invierte el tercer y el cuarto motivo, (ii) que prevé en su letra e) uno que ni la LMA ni la LA recogen y (iii) que agrupa en su letra f) dos que la LMA y la LA separan.

	LMA	LA	LAC
Invalidez del convenio arbitral	Art. 34.2.a).i)	Art. 41.1.a)	Art. 44.a)
Vulneración del derecho de la parte a ser notificada o a hacer valer sus derechos	Art. 34.2.a).ii)	Art. 41.1.b)	Art. 44.b)
Incongruencia extra petita del laudo arbitral	Art. 34.2.a).iii)	Art. 41.1.c)	Art. 44.d)
Irregularidad en la designación de los árbitros o en el procedimiento arbitral	Art. 34.2.a).iv)	Art. 41.1.d)	Art. 44.c)
No vinculación, anulación o suspensión del laudo arbitral	-	-	Art. 44.e)
Materia no susceptible de arbitraje	Art. 34.2.b).i)	Art. 41.1.e)	Art. 44.f)
Contrariedad al orden público	Art. 34.2.b).ii)	Art. 41.1.f)	Art. 44.f)

Previo. Régimen de los motivos: ¿a instancia de parte o de oficio?

Tema interesante es el de dilucidar el régimen probatorio de los motivos de anulación. La respuesta más inmediata, y no incorrecta, es que corresponde al demandante de anulación probar la concurrencia del respectivo motivo (*onus probandi actori incumbit*). No obstante, como lo regula la LMA en su artículo 34.2, la anulación del laudo podría proceder también por causas no demostradas por el solicitante, sino apreciadas de oficio por el Juez.

En este sentido, la LMA dedica la letra a) del mencionado precepto a cuatro motivos que debe probar la parte que ejercita la acción de anulación y la letra b) a dos que debe comprobar el órgano judicial: inarbitrabilidad de la materia y vulneración del orden

⁴³ La LMA y la LA estipulan explícitamente que el laudo «sólo» podrá ser anulado por los motivos señalados, mientras que la LAC parece menos acertada en su redacción al no indicar ese adverbio en su artículo 44. En cualquier caso, de la jurisprudencia y doctrina venezolana se desprende claramente el carácter de lista cerrada de las causales de anulación.

⁴⁴ Como bien indican los artículos 5 de la LMA y 7 de la LA, el alcance de la intervención judicial es limitado.

público. Ahora bien, eso no significa negar la actividad probatoria de la parte interesada: como afirma Born⁴⁵, el demandante posee la carga última de demostrar que una de esas causas de anulación aplica. El subjuntivo «compruebe» para el Tribunal incluye también el subjuntivo «pruebe» para el demandante: aquel comprobará, sea *ex officio*, sea porque la parte lo ha probado⁴⁶.

Los poderes *sua sponte* del Tribunal quedan entonces circunscritos a aquellos casos en los que, conociendo de una acción de anulación, detecte que además, o en vez, del motivo alegado por el demandante, concurre la materia no arbitrable o la contravención al orden público.

En este contexto, la LA española varía en su tenor literal en comparación con la LMA, recogiendo todos los seis motivos de anulación en el mismo artículo 41.1, cada uno de los cuales debe ser alegado y probado (como ordena el enunciado del precepto) por la parte que insta la anulación. Y, sin perjuicio de ello, el artículo 41.2 indica que tres de esos motivos [letras b)⁴⁷, e) y f)] pueden ser apreciados por el órgano judicial de oficio o, peculiarmente, «a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida»^{48 49}.

Por su parte, en la LAC venezolana resulta menos claro el *onus probandi*. No se dispone una regla general al respecto en el enunciado del artículo 44, sino que se determina en cada motivo quién deberá probarlo o comprobarlo; aunque a medias: únicamente en las causas a), e) y f) se señala, mientras que en las b), c) y d) nada se dice. A falta de régimen expreso, y a la luz de la LMA, se interpreta que es el demandante sobre quien recae la carga de la prueba de esos tres motivos⁵⁰.

El mencionado artículo 44 establece, en los motivos a) y e), que debe ser la parte la que «demuestre» su existencia y, en el f) (el cual, como se ha dicho, junta dos), que ha de ser el Tribunal ante el que se plantee la nulidad el que la «compruebe». Esta diferenciación llevaría en principio a afirmar que la causa de la letra f) puede apreciarse de oficio, tal y como se deriva de la LMA.

⁴⁵ Born, Gary B. *International Commercial Arbitration* (Tomo III). 3.ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021, pág. 3436.

⁴⁶ Es lógico, en realidad, que el órgano judicial «comprobará» en todos y cada uno de los motivos de anulación, pueda actuar o no de oficio. Como en todo proceso jurisdiccional, la parte interesada prueba a la vez que el Tribunal comprueba; probar y comprobar no son exclusivos ni excluyentes, sino que van de la mano. Por ello, como se verá, la norma española es la que mejor juega con los verbos al regular la apreciación de oficio.

⁴⁷ Regulación particular y novedosa por parte de la LA. *Vid.*, apartado 3.2 *infra*.

⁴⁸ De acuerdo con Claros Alegría, esta regulación «sorprende si se tiene en cuenta que la legislación derogada recogía precisamente como criterio de no arbitrabilidad aquellas cuestiones en las que debiera intervenir el Ministerio Fiscal (art. 2.1.c LA de 1988). En todo caso, la eventual intervención del Ministerio Fiscal en un proceso de anulación de laudo debe reputarse como muy excepcional».

Ob. cit.: «Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo», pág. 264.

⁴⁹ En Venezuela, por el contrario, no se regula participación alguna del Ministerio Público en el proceso anulatorio.

⁵⁰ Véase, a modo referencial: Born, Gary. Ob. cit.: *International Commercial Arbitration*, págs. 3498, 3558 y 3576.

No obstante, niega Rodner⁵¹ que el Juez pueda, de oficio, aplicar una causal no alegada, lo cual «obedece a la circunstancia de que el recurso de nulidad en el arbitraje es un recurso extraordinario». Conforme a su criterio, «[e]l recurso de nulidad sólo puede proponerse por las causales expresamente reguladas [...] y, por lo tanto, es un verdadero recurso extraordinario», apoyándose en la definición que de dicho recurso extraordinario proporciona Véscovi⁵².

Se debe en este punto discrepar respetuosamente del autor venezolano. El hecho de que el laudo arbitral se pueda anular únicamente por los motivos expresamente regulados revela, sin duda, el carácter excepcional y limitado del medio impugnatorio. Sin embargo, la extraordinariedad de la anulación alcanza solamente a las causas por las cuales procede, mas no a su carga o constatación probatoria. Que determinadas causales puedan verificarse de oficio convive pacíficamente con el hecho de que la anulación solo prospere por motivos taxativos (y, por ende, con su naturaleza excepcional y limitada).

Además, aceptar la apreciación de oficio en la LAC es la única forma de entender que su artículo 44 hable, por un lado, de que la parte «demuestre» [letras a) y e)] y, por el otro, de que el órgano ante el cual se plantea la nulidad «compruebe» [letra f)]. De haber querido el legislador venezolano rechazar la percepción de oficio, no habría seguido el sentido de la LMA y habría redactado el comienzo de la letra f) como redactó el de las letras a) y e).

Y, por ultimar la comparación en esta materia, deberá considerarse el «alegue y pruebe» del artículo 41.1 de la LA homólogo del «demuestre» del artículo 44 de la LAC. No obstante, se podría englobar todo en los subjuntivos «pruebe» o «demuestre». No parece añadir el «alegue» al «pruebe» más que el deseo del legislador español de recalcar el carácter de la acción de anulación como proceso instado por la parte interesada en invalidar el laudo; por lo demás, que quien alegue sea quien pruebe constituye una ecuación lógica en una acción judicial civil (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*).

3.1. Invalidez del convenio arbitral: artículos 41.1.a) LA y 44.a) LAC

Empezando por una breve referencia al régimen probatorio, en la LA española, como en todos los motivos, el de la letra a) está claro. Debe ser alegado y probado por quien solicita la anulación, sin que el artículo 41.2 permita su apreciación de oficio.

⁵¹ Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", pág. 836.

⁵² Aquel que «aparece de modo más excepcional y limitado, tanto porque se exigen para su interposición motivos determinados y concretos, como por cuanto el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos sectores de ella que por la índole del recurso se establezca particularmente».

Véscovi, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Desalma, 1988, pág. 66.

En la LAC venezolana se reputa igual: como se ha observado, la a) es una de las letras donde sí se define la carga de la prueba. No obstante, la redacción del precepto es ligeramente defectuosa al mencionar «[c]uando la parte contra la cual se invoca demuestre [...]». Es sensato y cabal inferir que se refiere a la parte contra la cual se invoca el laudo, esto es, al demandante de nulidad. Ahora bien, la falta de especificación puede hacer pensar a un lector primerizo que aquello que «se invoca» no es el laudo, sino la nulidad del laudo, pues es de lo que se habla en el enunciado del artículo 44 y la letra a) es la oración inmediatamente posterior⁵³. Es irracional que sea el demandado, acreedor del laudo, quien soporte la carga de probar algo que le va a perjudicar, claro está, pero la falta de precisión de la Ley venezolana puede surtir dudas⁵⁴.

Entrando de lleno en el contenido de este motivo de anulación, en España, el artículo 41.1.a) de la LA se refiere a la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. Cabría cuestionarse a qué se debe la separación entre que el convenio arbitral «no existe» y que «no es válido». Podría tratarse de la distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa o anulabilidad. Sin embargo, aplicando el criterio de Delgado y Parra⁵⁵, inexistencia e invalidez no son conceptos diferentes: «la “inexistencia” no es una categoría dogmática distinta de la de nulidad, sino un simple instrumento dialéctico, útil en algún caso para forzar los límites, verdaderos o supuestos, de una regulación dada sobre la nulidad».

Ante este panorama, y como plasma Lacruz Mantecón⁵⁶, será correcto que tanto la inexistencia como la invalidez abarquen las dos categorías usuales de nulidad de los contratos: la absoluta y la relativa (anulabilidad). La primera se referirá a que el convenio arbitral carezca de alguno de los elementos esenciales del contrato (artículo 1261 del CC español: consentimiento, objeto y causa) y la segunda aludirá a la falta de capacidad para contratar (artículo 1263) o a la existencia de vicios del consentimiento (artículo 1265: error, violencia, intimidación o dolo).

Por lo general, la validez del convenio arbitral se hace depender de que en él se refleje una voluntad clara e inequívoca de las partes de someterse a arbitraje para resolver sus disputas (so pena de nulidad absoluta). Así lo ha reiterado la jurisprudencia española (por todas, sentencia 25/2023, de 19 de junio, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid).

⁵³ Hágase una lectura seguida: «La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar: a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre [...]».

⁵⁴ Se puede resumir toda esta cuestión en un simple descuido de los redactores de la Ley, pues en las letras b) y e) sí se explicita «la parte contra la cual se invoca el laudo».

⁵⁵ Delgado Echeverría, Jesús y María Ángeles Parra Lucán. *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson, 2005, pág. 44.

⁵⁶ Lacruz Mantecón, Miguel. “Artículo 41. Motivos”. En ob. cit.: *Comentarios breves a la Ley de arbitraje*, págs. 211-213.

El artículo 44.a) de la LAC venezolana, por su parte, no aduce términos tan generales como la inexistencia o la invalidez del convenio arbitral, sino que circunscribe la causal de anulación a que alguna de las partes estuviese «afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje»⁵⁷. Esto genera dos interrogantes: por un lado, si no prevé el Derecho venezolano otras situaciones de invalidez de los contratos y, por el otro, si, de preverlas, simplemente no se ha querido en la LAC posicionarlas como motivos de nulidad del laudo.

Respecto a la primera, el CC venezolano sí regula otras causas de invalidez de los contratos. De una parte, figura en el artículo 1141 un precepto homólogo al artículo 1261 del CC español, ilustrando las «condiciones requeridas para la existencia del contrato» (consentimiento, objeto y causa), cuya falta conlleva la nulidad absoluta. Y, de otra, el 1142 especifica que un contrato puede ser anulado no solo por la incapacidad legal de alguna parte, sino también por vicios del consentimiento (artículo 1146: error, violencia o dolo), moviéndose en el terreno de la anulabilidad o nulidad relativa, al igual que en España.

Asimismo, la jurisprudencia venezolana sujeta también la validez del acuerdo de arbitraje a la demostración de una voluntad clara e inequívoca de sumisión al mecanismo arbitral (entre otras, sentencia 1541/2008, de 17 de octubre, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Respecto a la segunda interrogante, parece que, en efecto, el legislador venezolano ha optado por no incluir esas otras causas de invalidez en el artículo 44.a) de la LAC.

De acuerdo con Rodner⁵⁸, «[l]a ley venezolana deja la determinación de la validez del acuerdo arbitral exclusivamente al tribunal arbitral». Efectivamente, el artículo 7 de la LAC regula el famoso principio *Kompetenz-Kompetenz*, conforme al cual los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia y, en su virtud, «incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje»⁵⁹.

La LA española inserta la misma previsión en su artículo 22.1, pero aun así no deja de recoger la invalidez del convenio arbitral como causa de anulación del laudo. Con ello, parece prevenir los casos en los que los árbitros yerren aceptando su competencia cuando en realidad el convenio arbitral carece de validez, situación a la que la LAC venezolana no da respuesta en sede de nulidad del laudo (o sí, pero solo respecto a la falta de capacidad).

⁵⁷ El artículo 34.2.a).i) de la LMA se refiere a la incapacidad, pero también a que «dicho acuerdo no es válido» como motivo de anulación.

⁵⁸ Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", pág. 861.

⁵⁹ La validez del contrato de arbitraje y la competencia de los árbitros son elementos íntimamente relacionados, pues la segunda es completamente dependiente de la primera. De hecho, otras legislaciones nacionales disponen como causa de anulación, no que el convenio arbitral sea inválido, sino que el Tribunal arbitral haya aceptado o declinado erróneamente su competencia [v. gr., artículo 190.2.d) de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza], lo cual cubre la valoración de aquella validez o invalidez.

De igual modo, pese a que así lo dicte la LMA [artículo 34.2.a.i)], no aparenta del todo correcto diferenciar entre la falta de capacidad de alguna parte y la invalidez del convenio. En realidad, esta invalidez comprende también aquella falta de capacidad.

En cuanto a la regulación de la capacidad, debe diferenciarse entre arbitraje nacional o interno y arbitraje internacional. En el primer caso, la capacidad de las partes se determinará por la Ley doméstica (CC español y CC venezolano). En el segundo, en España se sigue el artículo 9.6 de la LA⁶⁰ y en Venezuela hay que remitirse a la legislación determinada por la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998⁶¹.

En cualquier caso, vale la pena anotar que, como escribe Born⁶², la incapacidad se refiere únicamente al convenio arbitral, con independencia de la capacidad para perfeccionar el contrato subyacente. Como ordena el principio de separabilidad del convenio arbitral, la invalidez del contrato principal no causa la invalidez de aquel convenio.

Y, como última cuestión, cabe preguntarse si la invalidez del laudo por este motivo determina también la invalidez del propio convenio arbitral.

En España, de acuerdo con González-Montes Sánchez⁶³, la parte debe haberla denunciado oportunamente frente a los árbitros (y estos, lógicamente, no deben haberla acogido). De lo contrario, habría renunciado tácitamente a la impugnación del convenio, a tenor del artículo 6 de la LA⁶⁴, y el órgano judicial no podrá sentenciar la anulación (ni del convenio ni del laudo).

En Venezuela, la LAC no prevé la renuncia tácita de las facultades de impugnación, como sí lo hace la LA española en su artículo 6 (y la LMA en su artículo 4). De esta manera, debe interpretarse que la declaración judicial de que alguna de las partes estaba afectada por una incapacidad al momento de acordar el arbitraje constituye también la anulación de ese acuerdo⁶⁵.

⁶⁰ «[E]l convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español». Se adopta una postura flexible, conforme a la cual basta que se cumplan los cánones de validez de cualquiera de esas tres Leyes: la elegida por las partes para regir el convenio arbitral, la *lex causae* o la española (*lex arbitri*).

⁶¹ La Ley del domicilio en el caso de las personas físicas (artículo 16) y la del lugar de constitución en el de las personas jurídicas (artículo 20).

⁶² Ob. cit.: *International Commercial Arbitration*, pág. 3486.

⁶³ Ob. cit.: *El control judicial del arbitraje*, págs. 53-56.

⁶⁴ «Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley».

⁶⁵ Como ilustración, la sentencia de 10 de junio de 2015 del Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas declaró conjuntamente la nulidad del laudo arbitral y la ineficacia del compromiso arbitral tras prosperar el motivo del artículo 44.a) de la LAC.

3.2. Vulneración del derecho de la parte a ser notificada o a hacer valer sus derechos: artículos 41.1.b) LA y 44.b) LAC

Es este el primer motivo de anulación que se puede considerar puramente procesal, refiriéndose a la vulneración de reglas básicas del procedimiento arbitral.

Conforme a la letra de la LA española, debe ser el demandante quien alegue y pruebe esta causa de anulación. No obstante, también se recoge, en su artículo 41.2 (y a diferencia de la LMA y de la LAC venezolana), la posibilidad de que el motivo se aprecie de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal. Se trata de una regulación bastante novedosa, cuya adición se debió a que podía resultar difícil para el demandante tener que demostrar la falta de notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales⁶⁶.

A tal efecto, señala Gómez Jene⁶⁷ que, tratándose de hechos negativos, no se debería exigir al demandante la prueba de su inexistencia: al establecerse el examen de oficio del Tribunal, «es lógico pensar que será finalmente la parte que se oponga a la anulación la que tenga que demostrar que la notificación fue correctamente liberada» (y, por consiguiente, que no hubo indefensión).

La LAC, por su parte, no indica quién lo tiene que demostrar o probar. En seguimiento de la LMA, y dado que no puede extraerse del tenor legal la posibilidad del control *ex officio*, se entiende que tiene que ser el demandante, como parte afectada.

En cuanto al contenido de la causa de anulación, en la LA española se tienen de referencia, por un lado, los criterios del artículo 5 para evaluar si la parte fue debidamente notificada, y, por el otro, los principios del artículo 24 (igualdad, audiencia y contradicción) para valorar si ha podido hacer valer sus derechos.

En España, la anulación por este motivo depende no solo de que el demandante alegue y pruebe una infracción de carácter procedimental, sino también de que la misma haya causado una indefensión material. En este sentido, proclama la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que «no toda irregularidad procedimental puede dar lugar a la nulidad el procedimiento arbitral seguido sino únicamente aquellas que por su gravedad han afectado a los principios de igualdad, audiencia o contradicción, incidiendo en efectiva indefensión» (sentencia 6/2024, de 12 de febrero).

⁶⁶ Enmienda n.º 111 al Proyecto de Ley de Arbitraje, presentada el 28 de octubre de 2003 por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) (primer firmante: Grupo Parlamentario Socialista). En *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, N.º 173-8, 6 de noviembre de 2003, págs. 64-65. Recuperado de https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_173-08.PDF.

⁶⁷ Gómez Jene, Miguel. "Artículo 41. Motivos". En *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, coordinado por David Arias Lozano. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005, pág. 389.

Mismo criterio se sigue en Venezuela, cuando menos en su doctrina. De acuerdo con Torrealba⁶⁸, «[u]no de los elementos que [...] debe tomar en cuenta el juez que conozca de la nulidad del laudo es si la ausencia de notificación realmente ha causado un vicio trascendental en el procedimiento»⁶⁹.

En lo que respecta a la redacción de los preceptos analizados, la única divergencia es que la LAC habla de «las actuaciones arbitrales que así lo ameriten» y no de «las actuaciones arbitrales» en general (como sí la LA y la LMA). De este modo, el Juez venezolano tendría que evaluar si la actuación arbitral cuya falta de notificación se alega ameritaba tal notificación (p. ej., sobre una audiencia o la práctica de una prueba), lo cual se relaciona con la causación de un vicio trascendental en el procedimiento para que prospere la anulación del laudo.

En España parece preverse, como en la LMA, que la falta de comunicación de cualquier actuación arbitral, con independencia de su naturaleza, conlleva la apreciación del motivo del artículo 41.1.b) de la LA. Ahora bien, si, como se ha dicho, el Tribunal de anulación debe valorar que la falta de notificación haya sido de tal gravedad como para afectar los principios del artículo 24 de la LA e incurrir en verdadera indefensión, entonces ese Tribunal deberá estudiar si la actuación arbitral en cuestión ameritaba ser notificada. En caso negativo, su falta no entrañaría aquella gravedad ni aquella indefensión que la jurisprudencia exige. Se arriban, pues, a soluciones similares en España y Venezuela.

3.3. Incongruencia extra petita del laudo arbitral: artículos 41.1.c) LA y 44.d) LAC

Esta causa de anulación alude a un exceso por parte del árbitro en su resolución, lo que genera una problemática en torno a la incongruencia del laudo.

Comenzando por la LA española, esta recoge aquella causa limitándose a establecer que el árbitro haya resuelto en su laudo sobre «cuestiones no sometidas a su decisión». Se diferencia de la regulación venezolana y de la LMA en que no especifica dónde hay que valorar si el árbitro tenía determinada materia sometida «a su decisión».

⁶⁸ Torrealba, José Gregorio. "Comentario al artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana". En ob. cit.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana* (Tomo II), pág. 1434.

⁶⁹ Así, uno de los temas más recurrentes al hablar de la falta de notificación de la designación de un árbitro es el referente a su posible recusación. Como indica Torrealba (*ibidem*, pág. 1435), «si la parte no fue notificada, pero tuvo la oportunidad de conocer la identidad del árbitro y recusarlo en caso de considerar que tenía motivos para hacerlo, no debería declararse la nulidad del laudo». No basta con una mera irregularidad procedimental, sino que la parte afectada por dicha irregularidad debe haberse visto realmente perjudicada, de forma que si tuvo conocimiento del acto arbitral no notificado y no hizo valer sus derechos en el momento oportuno, no puede apreciarse indefensión alguna.

En el mismo sentido, según la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, «no se produce indefensión cuando la omisión o frustración de los actos de comunicación procesal tienen su causa en la falta de diligencia del afectado en la defensa de sus derechos e intereses, bien porque se ha colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva, bien cuando resulte probado que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado» (sentencia 493/2022, de 22 de junio).

Es por ello que la apreciación de este motivo requiere observar no solamente el convenio arbitral, sino también el objeto del procedimiento arbitral, es decir, la *litis* compuesta por las partes en el proceso. Hace ver González-Montes Sánchez⁷⁰:

[L]a demanda, contestación y, en su caso, la contestación reconvenzional si es que procede, delimitarán [junto con el convenio arbitral] el objeto del proceso arbitral aunque no únicamente ya que éste puede sufrir ampliaciones, variaciones⁷¹ que no suponga una modificación sustancial del mismo pero que a la postre sirvan para delimitar aún más su objeto.

Así lo apunta también Born⁷²: «un Tribunal se extralimita en sus funciones al pronunciarse sobre una cuestión no planteada por las partes en el arbitraje aunque la cuestión o controversia que aborde esté dentro del ámbito de aplicación del convenio arbitral». Aun cuando el árbitro se pronuncie sobre cuestiones recogidas en el convenio arbitral, si tales cuestiones no forman parte del *thema decidendi* fijado por las partes en el procedimiento, el laudo incurrirá en el presente motivo de anulación.

Por otro lado, la alusión a «cuestiones no sometidas a su decisión» parece englobar tanto la incongruencia *ultra petita* como la *extra petita*. De hecho, señala Barona Vilar⁷³ que «la incongruencia *ultra petitum* se ha considerado como una especie del género común incongruencia por *extra petitum*»: resolver sobre más de lo pedido (*ultra petita*) es también resolver sobre algo distinto de lo pedido (*extra petita*).

Desde la óptica de la LAC venezolana, cabe aducir, en primer lugar, que sí hace referencia al instrumento a la luz del cual habrá que analizar el exceso del laudo: el «acuerdo de arbitraje». Y, a pesar de que parece ello reducirse al convenio arbitral, autores como Torrealba⁷⁴ interpretan que, al igual que en España, esa referencia incluye también el conjunto de actos donde las partes delimitan la *litis* del proceso. Así, según el artículo 6 de la LAC, el acuerdo de arbitraje consta en «cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje»⁷⁵.

En segundo lugar, la LAC, al igual que la LMA (pero a diferencia de la LA), distingue entre dos elementos: «controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje» y «decisiones que exceden del acuerdo mismo». Una interpretación inicial llevaría a pensar que el primer elemento es una extralimitación del árbitro respecto a las materias fijadas en el convenio arbitral, y que el segundo es una extralimitación respecto al *petitum* de las partes, ya dentro del proceso⁷⁶. Otra interpretación sugeriría que se trata sencillamente

⁷⁰ Ob. cit.: *El control judicial del arbitraje*, pág. 68.

⁷¹ Léase el artículo 29.2 de la LA.

⁷² Ob. cit.: *International Commercial Arbitration*, pág. 3580. Traducción propia.

⁷³ Ob. cit.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*, pág. 1395.

⁷⁴ Ob. cit.: «Comentario al artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana», pág. 1438.

⁷⁵ Como también estipula el artículo 7.5 de la LMA, el acuerdo de arbitraje puede ser «un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra».

⁷⁶ Esta es la interpretación que sigue Rodner, refiriéndose a que, en el primer elemento, se plantea una problemática de jurisdicción o competencia del órgano arbitral.

de la diferencia entre la incongruencia *extra petita* y la *ultra petita* (que pueden, como en España, reducirse a la *extra petita*).

Esta última interpretación, aunque más simple, parece la más correcta, por cuanto ambos elementos aluden a una misma figura: el acuerdo de arbitraje (que agrupa tanto al convenio arbitral como al *petitum*). La primera interpretación supondría asumir que no hablan de lo mismo, o que tienen un sentido distinto, lo cual no parece conveniente cuando el legislador venezolano utiliza las palabras «acuerdo mismo»; si bien esa primera interpretación da sentido a la distinción entre «controversia» y «decisiones», debería pesar más el hecho de que ambos elementos se refieran al mismo «acuerdo de arbitraje».

A todo evento, debe decirse que la incongruencia a tomar en cuenta solo podrá ser la *extra petita* (y la *ultra petita*), mas no la omisiva, *ex silentio* o *citra petita*. Esta situación deberá resolverse en el marco del propio procedimiento arbitral mediante la solicitud de complemento del laudo [artículos 39.1.c) de la LA y 32 de la LAC], y no en sede judicial⁷⁷. Como bien argumenta González-Montes Sánchez⁷⁸, el Tribunal de anulación «no podría subsanar esa deficiencia del laudo porque de ser así se estaría hurtando la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a arbitraje».

Cabe comentar, por último, dos breves aspectos de la normativa española.

Por un lado, que contempla, desde la reforma propiciada por la Ley 11/2011, un mecanismo menos «conflictivo» para resolver el exceso del árbitro en el laudo, no regulado ni en la LMA ni en la LAC. De acuerdo con el artículo 39.1.d) de la LA, al igual que con la corrección, aclaración y complemento del laudo, las partes podrán solicitar al árbitro la «rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión».

Y, por el otro, que su artículo 41.3 señala que, en el motivo ahora analizado, «la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros [...], siempre que puedan separarse de las demás». La LMA recoge la misma regla de anulación parcial [artículo 34.2.a).iii)], pero la LAC no⁷⁹.

Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", págs. 871-872.

⁷⁷ Como referencias jurisprudenciales: en España, sentencia 8/2023, de 23 de octubre, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana; y, en Venezuela, sentencia citada en la nota n.º 23 del presente escrito.

⁷⁸ Ob. cit.: *El control judicial del arbitraje*, pág. 71.

⁷⁹ Sin embargo, afirma Rodner que en Venezuela ha de funcionar igual. Partiendo del principio de economía procesal, «no tiene sentido someter de nuevo a un proceso la parte del laudo que no tenía que anularse». Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", pág. 872.

3.4. Irregularidad en la designación de los árbitros o en el procedimiento arbitral: artículos 41.1.d) LA y 44.c) LAC

Al igual que la causa de la letra b), la que ahora se va a estudiar ostenta una naturaleza eminentemente procedimental, con la diferencia de que, en esta, la irregularidad en la designación de los árbitros o en el procedimiento no tiene por qué haber ocasionado una indefensión en la parte afectada⁸⁰. No se trata de un especial menoscabo en los derechos de una parte, sino, en general, de quebrantamientos del procedimiento arbitral convenido por las partes o fijado por la Ley.

En esos términos se regula este motivo de anulación por el artículo 41.1.d) de la LA española: la posible irregularidad procedimental debe evaluarse a la luz del convenio arbitral o, en su defecto, a la de la propia LA.

La prevalencia del acuerdo *inter partes* es congruente con los artículos 15.2 («[l]as partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros [...]») y 25.1 («las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones») de la LA. Ahora bien, no podrá estarse a lo acordado si, como dice el artículo 41.1.d), «fuera contrario a una norma imperativa⁸¹ de esta Ley». Así lo establece también el artículo 34.2.a).iv) de la LMA: «salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse».

En el artículo 44.c) de la LAC venezolana, por su parte, la regulación no es la misma. Que haya habido o no una irregularidad en la composición del órgano arbitral o en el procedimiento dependerá únicamente de «esta Ley». No se hace referencia alguna a lo convenido por las partes. Por lo tanto, solamente procedería la nulidad del laudo si se contraviene la LAC, mas no si se vulnera el acuerdo arbitral.

Empero, de acuerdo con Rodner⁸² y Torrealba⁸³, todo esto hay que interpretarlo conforme a la propia LAC. Tanto el artículo 12, para el arbitraje institucional, como el 15, para el arbitraje *ad hoc*, positivizan la primacía de la voluntad de las partes, al igual que hacen la LMA y la normativa española. Específicamente considera Torrealba:

[L]a causal debe ser interpretada tomando en cuenta la primacía del acuerdo entre las partes, manifestado en las reglas de la institución arbitral a la que se hayan sometido o en aquellas reglas de arbitraje *ad-hoc* que hayan acordado aplicar, pues el cumplimiento del acuerdo de las partes para la designación del tribunal arbitral o para el procedimiento arbitral es un mandato de la Ley de Arbitraje Comercial y constituye la única forma de poder controlar que el procedimiento que haya dado lugar al laudo arbitral se haya adaptado al que hayan pactado las partes.

⁸⁰ Lacruz Mantecón, Miguel. Ob. cit.: "Artículo 40. Acción de anulación del laudo", pág. 218.

⁸¹ Son imperativas, p. ej., las normas sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz* (artículo 22.1), sobre citación y traslado de actuaciones a las partes (artículo 30.2 y 3) o sobre asistencia judicial para la práctica de pruebas (artículo 33).

⁸² Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", págs. 867-868.

⁸³ Ob. cit.: "Comentario al artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", págs. 1436-1437.

De esta forma, tanto en España como en Venezuela el laudo se podrá anular en situaciones como cuando los árbitros decidan en equidad sin haberlo pactado las partes o cuando haya decidido un número de árbitros distinto al convenido por ellas.

En todo caso, cabe subrayar también la diferencia entre «la designación de los árbitros» de la norma española y «la composición del tribunal arbitral» de la venezolana. Aterrizada ya la similitud entre ambas regulaciones, se debe concluir que se trata de expresiones homólogas. No obstante, resulta llamativo que la LA hable de «designación» tanto en la letra b) como en la d), mientras que la LAC (como la LMA) hable de «designación» en la letra b), pero en la c) cambie a «composición».

Siguiendo un criterio riguroso, la realidad es que designación y composición pueden no significar lo mismo. El término «composición» tiende a convivir más con la existencia de un órgano colegiado, mientras que «designación» viene a referirse tanto a un solo árbitro como a varios; siendo así que la normativa venezolana no duda en utilizar la expresión «tribunal arbitral» (incluso en el enunciado del artículo 44)⁸⁴, mientras que la española alude solamente a «los árbitros»⁸⁵.

3.5. No vinculación, anulación o suspensión del laudo arbitral: artículo 44.e) LAC

Como causa de anulación, esta se prevé en la LAC venezolana, pero no en la LMA ni en la LA española.

Es en un ámbito distinto en el que la regulan el Convenio de Nueva York de 1958⁸⁶ («CNY»), en su artículo V.1.e), y la LMA, en su artículo 36.1.a).v): está consagrada, en realidad, no como una causa de anulación del laudo arbitral, sino como una de denegación del reconocimiento y ejecución del mismo en el extranjero. Y, si bien puede apreciarse alguna simetría entre los motivos de anulación y los de denegación del reconocimiento y ejecución, hay que preguntarse si ha acertado el legislador venezolano al insertar, entre los primeros, uno de los segundos.

La primera cuestión a la que alude el artículo 44.e) de la LAC es que el laudo no sea aún vinculante para las partes. A este respecto, cabe señalar que si un laudo no es vinculante para las partes es porque para ellas no existe; y, si no existe, no puede ser anulado⁸⁷. Susceptible de anulación será únicamente un laudo definitivo, con fuerza obligatoria entre las partes.

⁸⁴ Aunque no debe esto interpretarse como un descuido terminológico de la figura del árbitro único. La referencia a «Tribunal» para órganos tanto unipersonales como colegiados es habitual en el sistema jurídico venezolano.

⁸⁵ Explica el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LA: «La ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, que puede causar confusión con los tribunales judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquellos en los que el árbitro es único».

⁸⁶ Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958; en vigor en España desde el 10 de agosto de 1977 y en Venezuela desde el 9 de mayo de 1995.

⁸⁷ Rodner, James O. Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", pág. 875.

Además, la no vinculación de un laudo es una situación transitoria y temporal («aún»), lo cual no casa con la naturaleza de un motivo de anulación: lo que hoy es razón para anular un laudo, mañana lo debe ser también (por supuesto, dentro del plazo para ejercitar la acción y a salvo de modificaciones legislativas).

El segundo tema es el de que el laudo haya sido anulado con anterioridad. Se presenta aquí una pregunta en clave retórica y paradójica: si un laudo ya fue anulado, ¿cómo se puede instar una acción para anularlo una vez más?

Como se ha mencionado, la sentencia que anula un laudo tiene eficacia constitutiva: no es una mera declaración de que el laudo es inválido, sino que es la constitución de la situación jurídica de invalidez; y, además, esa sentencia (como el propio laudo) es firme y abriga efectos de cosa juzgada. No hay, por tanto, fundamento jurídico que sustente la anulación de lo que ya fue anulado, máxime si el Tribunal competente para la anulación será siempre el mismo (o, cuando menos, del mismo lugar).

La tercera y última materia es la suspensión (se entiende, de la ejecución del laudo). Esta, al igual que la no vinculación del laudo, es una circunstancia de carácter provisional; es decir, si la ejecución de un laudo se suspende, ello no es a perpetuidad, sino a la espera de que determinada condición se verifique o determinada situación se resuelva.

Así las cosas, el artículo 44.e) de la LAC produce una gran inquietud: ¿cómo se justifica que un laudo arbitral se anule por no ser aún vinculante, haber sido ya anulado o haber sido suspendido? Carece de racionalidad jurídica pretender, en y por esos supuestos, desvirtuar (o, caso de la anulación, desvirtuar otra vez) la validez y eficacia del laudo.

Se entiende entonces por qué ni la LMA ni la LA española regulan estas circunstancias como causal de nulidad del laudo: tan solo puede tratarse de una causal de denegación del reconocimiento y ejecución^{88 89}.

Por fortuna, es pacífico en la doctrina venezolana⁹⁰ que se trata de un error del legislador y que un laudo no puede ser anulado por la vía del artículo 44.e).

⁸⁸ Llama la atención (y sin ánimos de entrar de lleno en temas ajenos a los que ahora se examinan) que tanto el artículo 44.e) (nulidad) como el 49.e) (denegación de reconocimiento y ejecución) de la LAC mencionen lo siguiente: «de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral». Esta previsión no se encuentra ni en el CNY, ni en la LMA, ni en la LA española. Pareciera dar margen la Ley venezolana a la voluntad de las partes en conceptos jurídicos frecuentemente rígidos como lo son la vinculación, la anulación y la suspensión del laudo.

⁸⁹ Aunque no puede afirmarse que se hayan copiado alevosamente las causas para una y otra materia, pues en la LAC no son idénticas: el artículo 49.e) agrega que la anulación o la suspensión haya sido «por una autoridad competente».

⁹⁰ Entre otros, Mezgravis, Andrés A. "Recursos contra el laudo arbitral comercial". En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N.º 13 (1999), pág. 248.

3.6. Materia no susceptible de arbitraje: artículos 41.1.e) LA y 44.f) LAC

Como el motivo de la letra a), la anulación del laudo por la inarbitrabilidad de la materia se conecta estrechamente, no con el procedimiento, sino con el convenio arbitral.

El artículo 44.f) de la LAC venezolana alude a que el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje «según la Ley», emulando el «según la Ley de este Estado» recogido en el artículo 34.2.b).i) de la LMA. La referencia de la LAC a la «Ley» es a sí misma, siendo ella la que delimita la arbitrabilidad en su artículo 3: son arbitrables «las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir»; a la vez que incluye un listado de controversias que no lo son.

El artículo 41.1.e) de la LA española, por su parte, no se refiere a ninguna «Ley» en su tenor literal. Ello no es porque la LA no demarque la arbitrabilidad, pues, de forma sinónima a la normativa venezolana, lo hace en su artículo 2: son arbitrables «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». No obstante, esa delimitación es menos exhaustiva, por cuanto no indica punto por punto lo que no es arbitrable (algo que sí hacía la anterior Ley de Arbitraje de 1988 en su mismo artículo 2). Al respecto, en el apartado II de la Exposición de Motivos de la LA se afirma lo siguiente:

[S]e reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles.

Por lo tanto, la LA es más flexible e intenta dar lugar a un tratamiento legal y jurisprudencial de lo que debe ser o no susceptible de arbitraje, mientras que la LAC parece más estricta al hacer depender la anulación del laudo de su artículo 3 (aunque, según Hung Vaillant⁹¹, el listado contenido en este precepto no es cerrado).

Asimismo, destacando otra diferencia en la redacción entre las dos regulaciones, la LAC (como la LMA) se refiere a que el objeto de la controversia no sea arbitrable, mientras que la LA lo hace a que el árbitro haya resuelto sobre cuestiones no arbitrables. Aunque son previsiones semejantes, no parecen entrañar exactamente lo mismo. En la redacción venezolana, la materia inarbitrable debe estar en el convenio, en los escritos de demanda, contestación o reconvencción, etc. (donde sea que se defina el «objeto de la controversia»); pero, en la redacción española, la inarbitrabilidad se ve restringida a la decisión arbitral.

⁹¹ Ob. cit.: *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, pág. 227.

En este contexto, si tanto el objeto de la controversia como la decisión arbitral contienen la materia inarbitrable, es claro que aplicará el presente motivo de anulación en ambas regulaciones. Ahora bien, cabe plantearse las siguientes dos hipótesis.

La primera: que el objeto de la controversia sea arbitrable y que el laudo resuelva sobre cuestiones inarbitrables. Habría consecuencias distintas en la LAC y en la LA, al menos siguiendo la literalidad de cada una. En la norma venezolana, solo procedería la anulación por incongruencia *extra petita* (en tanto que el objeto de la controversia sí era arbitrable y tan solo fue el árbitro quien resolvió por fuera de tal objeto). En la española, en cambio, concurriría tanto la incongruencia *extra petita* como la materia no susceptible de arbitraje (pues la decisión del árbitro incurre en los vicios de ambos motivos).

La segunda, a la inversa: que el objeto de la controversia sea inarbitrable y que el laudo resuelva sobre cuestiones arbitrables. También sería distinta la solución. En Venezuela, se estaría tanto ante la incongruencia *extra petita* como ante la inarbitrabilidad de la materia (pues el árbitro se ha desviado y, además, el objeto de la controversia no era arbitrable). Y en España, por su lado, se incurriría solamente en la incongruencia *extra petita* (dado que el árbitro, en puridad, no ha «resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje»).

En lo que concierne a si la anulación del laudo por este motivo determina también la del convenio arbitral, la respuesta será afirmativa. Explica Lacruz Mantecón⁹² que un contrato resulta inválido si su objeto también lo es, por lo que la inarbitrabilidad de la materia determina la nulidad del objeto contractual.

González-Montes Sánchez⁹³ comparte el anterior criterio y opina que, en España, a diferencia de lo que sucedía con la inexistencia o invalidez del convenio arbitral, para el motivo ahora estudiado no debería exigirse la previa denuncia de la parte en el procedimiento arbitral:

[E]l art. 6 LA sobre renuncia tácita a las facultades de impugnación no puede operar, puesto que al tratarse de normas de *ius cogens* que pueden afectar directamente al orden público, debe prevalecer la protección de los valores que defiende el orden público que a los derivados de la doctrina de los actos propios o de las facultades de renuncia a la impugnación del art. 6 LA.⁹⁴

Así pues, a la luz de la LA, tanto el laudo como el convenio deberían poder anularse por esa inarbitrabilidad, bien a instancia del demandante, bien por comprobación *ex officio*, sin que se tenga que haber denunciado en el procedimiento arbitral.

⁹² Ob. cit.: "Artículo 41. Motivos", pág. 213.

⁹³ Ob. cit.: *El control judicial del arbitraje*, págs. 104-105.

⁹⁴ Ya dice Born que, como suele suceder con los temas de orden público, la inarbitrabilidad es consecuencia de una normativa nacional que es imperativa.
Ob. cit.: *International Commercial Arbitration*, pág. 3601.

Por último, cabe aquí reproducir parcialmente los tres últimos párrafos del apartado 3.3 *supra*, referentes a los artículos 39.1.d) y 41.3 de la LA, aplicables también a las cuestiones no susceptibles de arbitraje. La reproducción no es total puesto que, en este caso, la LMA no plasma (tampoco la LAC) la posibilidad de anulación parcial, como sí lo hace en relación con la incongruencia *extra petita*.

3.7. Contrariedad al orden público: artículos 41.1.f) LA y 44.f) LAC

La violación del orden público es el motivo de anulación que mayor complejidad suele causar en su aplicación. Dada su habitual imprecisión conceptual, genera el riesgo de interpretaciones extensivas o analógicas que pueden hacer de él una «cláusula de escape» en la que subsumir cualquier móvil para impugnar el laudo.

En este sentido, el artículo 41.1.f) de la LA española, con un tenor literal bastante genérico, da mucha libertad a la jurisprudencia y a la doctrina para que desarrollen lo que debe entenderse por orden público y cuándo un laudo debe anularse por contravenirlo.

Así, la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional ha resultado clave para su concreción. Según la sentencia 79/2022, de 27 de junio, el orden público al cual se refiere la LA tiene una naturaleza eminentemente procesal, no contemplando la revisión sustantiva de la decisión arbitral:

[L]a valoración del órgano judicial competente sobre una posible contradicción del laudo con el orden público no puede consistir en un nuevo análisis del asunto sometido a arbitraje, sustituyendo el papel del árbitro en la solución de la controversia, sino que debe ceñirse al enjuiciamiento respecto de la legalidad del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la materia y la regularidad procedimental del desarrollo del arbitraje.⁹⁵

Ahora bien, aparte del procesal, existe también el orden público material. Según la ya referida sentencia 17/2021 del Tribunal Constitucional, se trata del «conjunto de principios jurídicos públicos, privados, políticos, morales y económicos, que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada». Y concreta la sentencia 7/2022, de 1 de junio, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco:

⁹⁵ Indica la sentencia 17/2021 del mismo Tribunal que la acción de anulación «solo puede tener como objeto el análisis de los posibles errores procesales en que haya podido incurrir el proceso arbitral, referidos al cumplimiento de las garantías fundamentales, como lo son, por ejemplo, el derecho de defensa, igualdad, bilateralidad, contradicción y prueba, o cuando el laudo carezca de motivación, sea incongruente, infrinja normas legales imperativas o vulnere la intangibilidad de una resolución firme anterior».

Ahora bien, este párrafo, aunque con apariencia de consagración, es omitido por sentencias posteriores como la misma 79/2022. Seguramente, resulta aún controvertido que la carencia de motivación del laudo constituya una vulneración del orden público (de hecho, la sentencia 65/2021 del Tribunal Constitucional afirma que «la motivación de los laudos arbitrales carece de incidencia en el orden público»); lo mismo podría decirse de la infracción de normas imperativas (véase *infra* la cita a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco).

[Es] lo más nuclear de nuestro Estado de Derecho y no cualquier discrepancia, incluso error, en la resolución arbitral. Esto supone que, incluso si el árbitro incurrió en error *in iudicando*, no podrá acogerse la impugnación instada si no es un error que afecta a esos contenidos esenciales, descartándose incluso como motivo de impugnación la contravención de las normas imperativas.

Puede decirse, como regla general, que la infracción de este orden público material no ha sido muy aceptada como causa de anulación en España⁹⁶, si bien, como se deriva de la última cita jurisprudencial, su aplicación podría admitirse excepcionalmente.

El artículo 44.f) de la LAC venezolana, por su parte, no muestra un tenor tan genérico como el de la normativa española. Incorpora una redacción más específica y, además, con un enfoque completamente distinto: no se habla de que la decisión arbitral contravenga principios procesales de orden público, sino que directamente se alude a que una «materia» (cuestión sustantiva) sea contraria al orden público.

Aquí hay que mencionar dos dificultades que genera la lectura del artículo, propiciadas seguramente por el hecho de que recoge conjuntamente el motivo de inarbitrabilidad y el que ahora se analiza.

La primera es que se dice que el Tribunal debe comprobar si «según la Ley» concurre el motivo. Al leer enteramente el artículo, fácilmente podría deducirse que no es solo la inarbitrabilidad, sino también la vulneración del orden público la que ha de evaluarse «según la Ley». La lógica dicta, no obstante, que solo el tema de la inarbitrabilidad debe observarse de acuerdo con la Ley: por un lado, porque es lo que la LMA dispone y, por el otro, porque el concepto de orden público no puede limitarse a lo que la Ley recoja⁹⁷.

Y la segunda es que se habla de la materia sobre la cual «versa», a lo que surge la pregunta: ¿sobre la cual versa qué? De una lectura continua, se podría entender que se refiere a la materia sobre la cual versa «la controversia», pero indica Rengel Núñez⁹⁸ que «se refiere no a la controversia en sí, sino al propio laudo y a la materia tratada en él, que no puede contrariar el orden público»⁹⁹.

⁹⁶ Hinojosa Segovia, Rafael. "El Tribunal Constitucional delimita el concepto de "orden público" en la anulación de los laudos arbitrales". En *El Notario del Siglo XXI*, N.º 93 (2020). Recuperado de <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/10165-el-tribunal-constitucional-delimita-el-concepto-de-orden-publico-en-la-anulacion-de-los-laudos-arbitrales>.

⁹⁷ Si se lee, p. ej., el segundo párrafo del artículo 1157 del CC venezolano (parecido al 1255 del CC español), es claro que Ley y orden público son elementos nuclearmente diferentes. Siguiendo el diagrama de Euler, se trata de círculos secantes: será parte del orden público, mas no todo, el que estará en la Ley.

⁹⁸ Rengel Núñez, Pedro. "Laudo arbitral y orden público". En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, N.º 17 (2021), pág. 399. Recuperado de <https://www.travieso-evans.com/travieso/wp-content/uploads/2023/04/7.-pedro-rengel-laudo-arbitral-y-orden-publico-derecho-y-sociedad-no.17.pdf>.

⁹⁹ Además, de reputarse una controversia como contraria al orden público, ya el artículo 3.a) de la LAC la recoge como materia no susceptible de arbitraje, de modo que la anulación del laudo procedería, pero por inarbitrabilidad de la materia.

«Materia» es, por ende, la materia sobre la cual versa el laudo. Sin embargo, ahonda Rodner¹⁰⁰ al argumentar que es un error que la LAC prevea que lo contrario al orden público sea la «materia» y no directamente el laudo (como sí hacen la LMA y la LA):

Por muy grosera u odiosa que sea una materia, el hecho de que se trate por un tribunal, ya sea arbitral o de otro tipo, no la hace de por sí la controversia contraria al orden público; lo que es contrario al orden público puede ser la decisión del tribunal arbitral.

En este contexto, a diferencia de en el español, en el sistema venezolano el concepto reinante de orden público parece aproximarse al material¹⁰¹. El orden público procesal, entiende Rengel Núñez¹⁰², no tiene cabida aquí:

[E]l orden público referido a la ley aplicable al procedimiento arbitral está más bien vinculado con el tema de las garantías procesales, con el debido proceso, con el derecho a la defensa y con el mandato de los árbitros y el acuerdo arbitral, que están abarcadas en otras causales de nulidad del laudo arbitral, tales como las previstas en las letras b), c) y d) del citado artículo 44.

CONCLUSIONES

En primer lugar, respecto a la distinción entre acción y recurso, no se trata de conceptos equivalentes. La LAC venezolana replica el término usado por la LMA, pero la LA española parece más exacta desde un punto de vista jurídico-sistemático, positivizando una acción y no un recurso. La acción de anulación no es un medio de gravamen, no permite un nuevo juicio de la disputa ni la emisión de una sentencia sobre el fondo, y tampoco deriva de un proceso judicial. Llamarle recurso a la acción de anulación es, en opinión de un servidor, tanto como llamarle Juez al árbitro o sentencia al laudo arbitral.

En segundo, menos trascendental resulta la divergencia entre anulación y nulidad. Tanto en España como en Venezuela, se manejan como términos con un mismo significado, aunque, desde un punto de vista del Derecho civil contractual, podría estimarse que «anulación» o «anulabilidad» son denominaciones más apropiadas que «nulidad».

En tercero, en cuanto al órgano competente, destaca la similitud competencial existente en ambos ordenamientos con el recurso de apelación, similitud desaparecida en España en el año 2011, dada la comentada reasignación de funciones judiciales. Y, en cuanto al plazo de ejercicio, resulta notoria la disimilitud entre los dos meses de la LA, o los tres de la LMA, y los apenas cinco días de la LAC: incluso sumándose a los

¹⁰⁰ Ob. cit.: "La anulación del laudo arbitral", pág. 881.

¹⁰¹ El recorrido jurisprudencial ha sido escaso, pero la ya mencionada sentencia 1541/2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia establece que «la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva».

¹⁰² Ob. cit.: "Laudo arbitral y orden público", pág. 400.

quince días para solicitar aclaratorias, correcciones o complementos, aparenta ser un plazo muy corto para afrontar la complejidad que supone impugnar un laudo.

En cuarto, en lo que concierne al régimen de alegación, prueba y comprobación de los motivos de anulación, puede decirse que la LA es la que mejor redacción presenta, por encima de la LAC (e incluso de la propia LMA), pues establece claramente cuáles causas pueden ser constatadas de oficio (o a instancia del Ministerio Fiscal). En la LAC, aparte de haber tres causas en las que nada se dice respecto a quién las debe demostrar, la posibilidad de la apreciación *ex officio* no es evidente, sino que cabe deducirla del uso del subjuntivo «compruebe» en el último de los motivos.

En quinto, en relación con la primera causa de anulación, la gran diferencia radica en que la LA recoge con amplitud los conceptos de inexistencia e invalidez del convenio arbitral, lo que aglutina todos los tipos de nulidad contractual. La LAC, en cambio, restringe el motivo a la incapacidad de las partes, de manera que los demás supuestos de invalidez contractual se dejan enteramente a la decisión del órgano arbitral. En consecuencia, la norma venezolana no da solución en sede judicial a cuando, concurriendo esas otras causas de invalidez, los árbitros hayan aceptado erróneamente su competencia.

En sexto, la norma española y la venezolana regulan semejantemente el motivo de la vulneración del derecho de la parte a ser notificada o a hacer valer sus derechos. Si bien la venezolana se diferencia al añadir que la falta de notificación tiene que ser de aquellas actuaciones «que lo ameriten», cabe inferir un funcionamiento igual en España, dado que solo puede prosperar este motivo si se inflige una indefensión material; y si las actuaciones cuya falta de notificación se alega no ameritaban ser notificadas, entonces no cabe apreciar indefensión alguna.

En séptimo, ambas normativas contemplan también de manera similar el motivo de la incongruencia *extra petita*, que concurre cuando el árbitro se excede en su resolución respecto a lo que a su decisión estaba sometido, bien en virtud del convenio arbitral, bien en virtud del *petitum* dentro del proceso. Se opina que la distinción que hace la LAC entre «controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje» y «decisiones que exceden del acuerdo mismo», al referirse a lo mismo (el acuerdo), no debe tener más relevancia que la de precisar si se está ante una incongruencia *extra petita* o ante una *ultra petita*, pero ambos elementos son análogos al «cuestiones no sometidas a su decisión» de la LA.

En octavo, con relación al motivo de irregularidad procedimental o en la designación de los árbitros, la disparidad se centra en que la LA fija como estándar de cumplimiento el convenio arbitral y, subsidiariamente, la propia Ley, mientras que para la LAC el único criterio a tomar en cuenta es el de la Ley. No obstante, se llega, siguiendo a la doctrina venezolana, a la misma solución que en España: la prevalencia de la voluntad de las partes se integra en ese criterio que es la Ley.

En noveno, la letra e) contiene el gran error del artículo 44 de la LAC. Lo que más llama la atención a quien lee por primera vez el precepto es la inclusión de un motivo que no está en el artículo 34 de la LMA. Y, felizmente, hay una aquiescencia generalizada de que debe ignorarse, pues no hay fundamento jurídico que permita sostener su aplicación.

En décimo, respecto al motivo de la inarbitrabilidad, se trata de una cuestión íntimamente relacionada con el concepto que cada ordenamiento da a las materias «de libre disposición» o «susceptibles de transacción». La normativa española es más flexible al no recoger ningún elenco de materias no arbitrables, evitando con ello restringir la inarbitrabilidad a situaciones tasadas; de la venezolana no cabe decir lo mismo, salvo que se estime que el listado de su artículo 3 es meramente enunciativo. Sin embargo, sí parece más certera, y consustancial al núcleo de esta causa de anulación, la Ley venezolana al expresar que lo no arbitrable debe ser el «objeto de la controversia»; la española se limita a hablar sobre lo que «los árbitros han resuelto», lo cual no tiene por qué coincidir exactamente con el objeto controvertido.

En undécimo, la anulación del laudo por contravención del orden público es no solo uno de los temas de mayor dificultad interpretativa en el mundo del arbitraje, sino también una de las diferencias más remarcables entre la LA y la LAC. La redacción genérica de la norma española ha dado pie en tiempos recientes a un tratamiento por parte del Tribunal Constitucional, que ha asentado que el orden público que entra en juego es el procesal. La norma venezolana, por contra, limita ese orden público a la «materia sobre la cual versa» el laudo, de forma que su carácter sustantivo es diáfano.

A lo anterior cabe agregar que es un desacierto que el artículo 41.1.f) de la LAC regule conjuntamente el motivo de inarbitrabilidad y el de orden público. Por más que se pudiese establecer alguna semejanza entre una y otra (la indisponibilidad para las partes, la posibilidad de comprobación de oficio, etc.), son causales naturalmente diversas. La forma en la que está redactado el precepto complica su interpretación y aplicación.

Como apunte final, salvo por aspectos como los atinentes al orden público, la acción de anulación de la LA y el recurso de nulidad de la LAC pueden considerarse homólogos. Se aprecia, sin embargo, y en líneas generales, una mayor pulcritud y precisión en la redacción de la normativa española; la de la venezolana tiene mucho margen de mejora, con varios descuidos que han obligado a la jurisprudencia y a la doctrina a intervenir, bien para indagar qué ha querido decir el legislador, bien para evitar interpretaciones erradas.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Arias Lozano, David (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2005.
- Gómez Jene, Miguel. "Artículo 41. Motivos", págs. 387-395.
- Barona Vilar, Silvia (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)*. 1.ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration* (Tomo III). 3.ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021.
- Cordero Heredia, David. *La acción extraordinaria de protección: ¿acción o recurso?* 2018. Recuperado de https://www.inredh.org/archivos/pdf/boletin3_accion_proteccion_davidcordero.pdf.
- Cortés Domínguez, Valentín y Víctor Moreno Catena. *Derecho procesal civil. Parte general*. 12.ª ed. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2023.
- Couture Etcheverry, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3.ª ed. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1958. Recuperado de <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>.
- Cruz Suárez, Andrea y Gabriel Sira Santana. "El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia". En *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N.º 1 (2020), págs. 323-365. Recuperado de <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A15-pp-323-365.pdf>.
- Delgado Echeverría, Jesús y María Ángeles Parra Lucán. *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*. Madrid: Dykinson, 2005.
- Díaz-Bastien López, Ernesto (coord.). *Comentarios breves a la Ley de arbitraje*. Madrid: Editorial Reus, 2007.
- Lacruz Mantecón, Miguel. "Artículo 40. Acción de anulación del laudo", págs. 204-208.
- Lacruz Mantecón, Miguel. "Artículo 41. Motivos", págs. 208-222.
- Elíaz, José Antonio. "El perfil del arbitraje en el ordenamiento jurídico venezolano de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela". En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, N.º 2009 (2009), págs. 267-276.
- Fernández Rozas, José Carlos. "Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española". En *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VIII, N.º 3 (2015), págs. 823-852. Recuperado de <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/836c792e-1dfc-423f-9d6e-4cd4f3dc44a2/content>.

- García Bartolomé, David. "Las acciones de reintegración de la masa y la aprobación judicial del convenio (SJM 8 Madrid, 7.7.2010)". En *Anuario de Derecho Concursal*, N.º 22 (2011), págs. 469-521.
- González-Montes Sánchez, José Luis. *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley, 2008.
- Guilarte Gutiérrez, Vicente (dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- Lete Achirica, Javier. "Artículo 40. Acción de anulación del laudo y Artículo 41. Motivos", págs. 651-664.
- Gutiérrez García de Cortázar, Elena. "La Reforma de la Ley de Arbitraje: Luces y Sombras". En *El Notario del Siglo XXI*, N.º 38 (2011). Recuperado de <https://www.elnotario.es/revista-38/763-la-reforma-de-la-ley-de-arbitraje-luces-y-sombras-0-40930658337595555.html>.
- Hinojosa Segovia, Rafael (coord.). *Comentarios a la Ley de arbitraje*. 2.ª ed. Madrid: Grupo Difusión, 2008.
- Claros Alegría, Pedro. "Título VII. De la anulación y de la revisión del laudo", págs. 235-283.
- Hinojosa Segovia, Rafael. "El Tribunal Constitucional delimita el concepto de "orden público" en la anulación de los laudos arbitrales". En *El Notario del Siglo XXI*, N.º 93 (2020). Recuperado de <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-93/10165-el-tribunal-constitucional-delimita-el-concepto-de-orden-publico-en-la-anulacion-de-los-laudos-arbitrales>.
- Hung Vaillant, Francisco. *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001.
- Jordan, Caterina y Procopio Fernando Sanquírigo Pittevil (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana (Tomo I)*. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022. Recuperado de https://www.cierc.com/_files/ugd/d2f4e0_b3ad860ad2e74d21ae2d3f93a0fb5efa.pdf?index=true.
- Jordan, Caterina y Procopio Fernando Sanquírigo Pittevil (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana (Tomo II)*. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2023. Recuperado de https://www.cierc.com/_files/ugd/d2f4e0_38d0421a9d304d8fab1a74b4e6bb5ab9.pdf?index=true.
- Rengel Núñez, Pedro. "Comentario al artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", págs. 1399-1408.
- Torrealba, José Gregorio. "Comentario al artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana", págs. 1411-1443.

- Jurado Beltrán, David. "La acción de anulación del Laudo arbitral visto desde la abogacía". En *Tribunal Arbitral de Barcelona*, 2023. Recuperado de <https://tab.es/es/la-accion-de-anulacion-del-laudo-arbitral/>.
- Mezgravis, Andrés A. "Recursos contra el laudo arbitral comercial". En *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, N.º 13 (1999), págs. 207-272.
- Mullerat, Ramón. "La anulación del laudo arbitral". En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, N.º 1995 (1995), págs. 113-175.
- Redfern, Alan y Martin Hunter. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4.ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.
- Remón Peñalver, Jesús. "Sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas". En *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3 (2007). Recuperado de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/444_es.pdf.
- Rengel Núñez, Pedro. *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela*. Caracas: Ediciones Travieso Evans, 2021. Recuperado de <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/06/pedro-rengel-nun%CC%83ez-jurisprudencia-sobre-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-venezuela-ediciones-traviesoevans.pdf>.
- Rengel Núñez, Pedro. "La impugnación del laudo arbitral". En *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N.º 1 (2020), págs. 177-209. Recuperado de <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/03/ANAVI-No1-A9-pp-177-209.pdf>.
- Rengel Núñez, Pedro. "Laudo arbitral y orden público". En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteávila*, N.º 17 (2021), págs. 395-412. Recuperado de <https://www.traviesoevans.com/travieso/wp-content/uploads/2023/04/7.pedro-rengel-laudo-arbitral-y-orden-publico-derecho-y-sociedad-no.17.pdf>.
- Rengel Romberg, Aristides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano* (Tomo I). Caracas: Editorial Arte, 1994.
- Ripol, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación. Estudio del artículo 45 LA*. Barcelona (España): Editorial Bosch, 2013.
- Rodner, James O. "La anulación del laudo arbitral". En *Estudios de Derecho Procesal Civil: Libro homenaje a Humberto Cuenca*. Caracas, 2002, págs. 821-881. Recuperado de <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/05/La-anulacion-del-laudo-arbitral.pdf>.
- Rodríguez Cirimele, Alejandro. "Aspectos generales de los recursos en el proceso civil". En *RUCAB*, N.º 12 (1970-1971). Recuperado de http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RUCAB/12/UCAB_1970-1971_12_129-171.pdf.
- Véscovi, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires: Desalma, 1988.

Zambrano, Freddy. *Los recursos ordinarios: apelación de autos y sentencias. Comentarios de los artículos 423 a 450 del COPP*. Caracas: Editorial Atenea, 2014.

Jurisprudencia:

España:

Sentencia 429/2009, de 22 de junio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Sentencia 17/2021, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 65/2021, de 15 de marzo, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 25/2022, de 13 de mayo, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Sentencia 7/2022, de 1 de junio, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Sentencia 493/2022, de 22 de junio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Sentencia 79/2022, de 27 de junio, del Tribunal Constitucional.

Sentencia 25/2023, de 19 de junio, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Sentencia 8/2023, de 23 de octubre, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Sentencia 6/2024, de 12 de febrero, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Venezuela:

Sentencia de 13 de mayo de 2002 del Juzgado Superior Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Sentencia 1121/2007, de 20 de junio, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia 1541/2008, de 17 de octubre, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia 1067/2010, de 3 de noviembre, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia 1784/2011, de 30 de noviembre, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia de 13 de marzo de 2013 del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Sentencia de 10 de junio de 2015 del Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Sentencia de 22 de diciembre de 2016 del Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Sentencia de 20 de junio de 2017 del Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Sentencia de 22 de marzo de 2018 del Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

Sentencia de 21 de noviembre de 2019 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

Normativa y otras fuentes consultadas:

España:

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid N.º 206, de 25 de julio de 1889).

Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado (BOE N.º 358, de 24 de diciembre de 1953).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE N.º 157, de 2 de julio de 1985).

Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (BOE N.º 293, de 7 de diciembre de 1988).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE N.º 7, de 8 de enero de 2000).

Enmiendas al Proyecto de Ley de Arbitraje. En *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, N.º 173-8, 6 de noviembre de 2003. Recuperado de https://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_173-08.PDF.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE N.º 309, de 26 de diciembre de 2003).

Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE N.º 121, de 21 de mayo de 2011).

Venezuela:

Código Civil (Gaceta N.º 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982).

Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N.º 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990).

Expediente Legislativo del Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial. Recuperado de https://drive.google.com/file/d/16_a8mJDFdLVQkXn72F-ekDw0KekReptY/view?usp=sharing.

Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial N.º 36.430 del 7 de abril de 1998).

Ley de Derecho Internacional Privado (Gaceta Oficial N.º 36.511 del 6 de agosto de 1998).

Ley Orgánica del Poder Judicial (Gaceta Oficial N.º 5.232 Extraordinario del 11 de septiembre de 1998).

Internacional y otras legislaciones:

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), con las enmiendas aprobadas en 2006.

Ley Federal de 18 de diciembre de 1987 sobre el Derecho Internacional Privado (Suiza).

Ley 19.971, de 10 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional (Chile).

Ley 1.563 de 2012, de 12 de julio, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones (Colombia).

Ley 27.449, de 4 de julio de 2018, de Arbitraje Comercial Internacional (Argentina).

Ley 19.636, publicada el 26 de julio de 2018, de Arbitraje Comercial Internacional (Uruguay).

El derecho aplicable al procedimiento arbitral en Venezuela

Pedro Rengel Núñez*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 217-232

Resumen: Suele distinguirse entre la ley aplicable al fondo de la controversia y la ley aplicable al procedimiento arbitral. No necesariamente la ley de fondo se aplica al procedimiento arbitral. Para la determinación del derecho aplicable al procedimiento arbitral, los criterios son: la ley de la sede del arbitraje y la ley de autonomía, o principio de libertad de las partes. La LAC sigue el criterio de la ley de autonomía o principio de libertad de las partes; no establece que el procedimiento arbitral se rige por la ley de la sede arbitral. Los límites a la autonomía de las partes para acordar las reglas aplicables al procedimiento arbitral son los derivados de la garantía del debido proceso. En Venezuela no se observa una contaminación indeseable o perniciosa del procedimiento arbitral con reglas procesales del juicio ordinario regulado por el CPC.

Palabras clave: ley aplicable al procedimiento arbitral; ley de la sede del arbitraje; principio de libertad de las partes; límites a la autonomía de las partes; debido proceso.

The law applicable to arbitration procedure in Venezuela

Abstract: *It is frequently distinguished between the law applicable to the merits of the controversy and the law applicable to the arbitration procedure. The law applicable to the substance is not necessarily applicable to the arbitration procedure. To determine the law applicable to arbitration, there are two basic criteria: the law of the seat of arbitration and the autonomy of the will of the parties. The Venezuelan Commercial Arbitration Law follows the latter criteria and does not provide for the application of the law of the seat of arbitration. The limits of party autonomy are those derived from the guarantee of due process. In Venezuela we do not see a dangerous contamination of the arbitration procedure with procedural rules of ordinary lawsuits under CPC.*

Keywords: *law applicable to the arbitration procedure; law of the seat of arbitration; principle of liberty of the parties; limits to the autonomy of the parties; due process.*

Autor invitado

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, Profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Internacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA (2023-2025), Presidente Honorario del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, miembro y expresidente del Comité de Arbitraje de Venamcham, miembro de la lista de conciliadores y árbitros del CEDCA y del CACC, socio de Travieso Evans Arria & Rengel.

El derecho aplicable al procedimiento arbitral en Venezuela

Pedro Rengel Núñez*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 217-232

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. Arbitraje interno y arbitraje internacional. Ley de fondo y ley de procedimiento. 1. Criterios en cuanto al derecho aplicable al procedimiento arbitral. 2. El derecho aplicable al procedimiento arbitral bajo la Ley de Arbitraje Comercial venezolana y los reglamentos de los centros de arbitraje venezolanos. 3. Nuestra doctrina sobre el derecho aplicable al procedimiento arbitral. 4. Límites para acordar las reglas del procedimiento arbitral. 5. Algunas implicaciones derivadas del derecho aplicable al procedimiento arbitral. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN. Arbitraje interno y arbitraje internacional. Ley de fondo y ley de procedimiento

La doctrina arbitral comparada diferencia entre el arbitraje interno o doméstico y el arbitraje internacional. Hay una distinción entre el arbitraje puramente nacional y el arbitraje de carácter internacional, determinado con base en criterios como la naturaleza de la controversia y si ésta afecta intereses del comercio internacional, la nacionalidad o domicilio de las partes, o una combinación de ambos criterios.¹

El arbitraje interno está básicamente concebido para regular conflictos sobrevenidos como consecuencia de relaciones jurídico-privadas en las que todos sus elementos se vinculan a un ordenamiento nacional, mientras que el arbitraje internacional contempla litigios derivados de relaciones jurídico-privadas afectadas por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único Derecho nacional, por lo que se sitúa en unas coordenadas bien distintas, como se deduce del nivel actual de su desarrollo institucional y doctrinal.²

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, Profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Internacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA (2023-2025), Presidente Honorario del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, miembro y expresidente del Comité de Arbitraje de Venamcham, miembro de la lista de conciliadores y árbitros del CEDCA y del CACC, socio de Travieso Evans Arria & Rengel.

¹ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Cuarta Edición, (Editorial Aranzadi, 2006) 73

² José Merino Merchán, José Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*. Cuarta Edición, (Editorial Aranzadi, 2014) 873

También suele la doctrina comparada en materia de arbitraje internacional distinguir entre la ley aplicable al fondo de la controversia y la ley aplicable al procedimiento arbitral. El derecho aplicable al fondo del asunto, el derecho aplicable, el derecho de fondo o la ley aplicable al contrato, son expresiones que se refieren al ordenamiento jurídico específico por el que se rige la interpretación y validez del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, la modalidad de cumplimiento y las consecuencias del incumplimiento contractual.

En un contrato puramente nacional, por lo general el derecho aplicable será el del país en cuestión, mientras que la situación es más compleja cuando se trata de una operación internacional, en cuyo caso es posible que existan dos o más ordenamientos jurídicos nacionales que se puedan considerar como derecho aplicable al contrato.³

En materia de arbitraje internacional es generalmente aceptado por la mayoría de los autores que la ley aplicable al contrato no necesariamente es a la vez el derecho aplicable al procedimiento arbitral. Las partes pueden haber escogido someter el contrato y el procedimiento arbitral a diferentes derechos. Además, si las partes no han escogido una ley de procedimiento, los árbitros no están obligados a aplicar al procedimiento arbitral la ley aplicable al contrato escogida por las partes o por los mismos árbitros. Un argumento persuasivo que se ha sostenido para esto es que las razones que motivaron a las partes (o a los árbitros) a escoger el derecho aplicable no necesariamente son las mismas para el aspecto sustantivo o de fondo del contrato que para el procedimiento arbitral.⁴

Aunque en principio pudiera parecer que existe una lógica conexión entre el derecho aplicable al fondo del asunto y el derecho aplicable al procedimiento arbitral, y que por tanto podría considerarse lógico que la ley escogida por las partes como aplicable al contrato también se considere aplicable al procedimiento arbitral, lo cierto es que son objeto de diferenciación tanto en las decisiones judiciales como en la práctica arbitral corriente, y por supuesto, por la doctrina dominante.⁵

1. Criterios en cuanto al derecho aplicable al procedimiento arbitral

Para la determinación del derecho aplicable al procedimiento arbitral, dos son fundamentalmente las conexiones manejadas por la doctrina, por el derecho positivo de los ordenamientos jurídicos nacionales y las convenciones internacionales: (i) la ley

³ Alan Redfern, Martín Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 172, 173.

⁴ Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Arbitration* (Kluwer Law International, La Haya, 1999) 634-635. Un ejemplo dado por estos autores es el de las partes que quieren adoptar el estilo anglo-americano de procedimiento en relación con el "discovery" y el examen de testigos, pero consideran más apropiada otra ley aplicable al fondo del asunto en vista de la naturaleza del contrato y las circunstancias específicas del caso en cuestión.

⁵ José Merino Merchán, José Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 1522.

del lugar donde se desarrolla el arbitraje y se dicta el laudo y (ii) la ley de autonomía, o principio de libertad de las partes.⁶

En el pasado, siempre que las partes no hubieren indicado la ley de procedimiento aplicable, no era raro que la ley de la sede del arbitraje resultara aplicable. Hoy en día es ampliamente aceptado que la sede del arbitraje, escogida normalmente por razones de conveniencia (por la neutralidad del país en cuestión, donde ninguna de las partes tiene su sede o domicilio), no necesariamente hace que el procedimiento arbitral esté regido por la ley de esa jurisdicción. La escogencia de la sede del arbitraje, del centro del arbitraje o de los mismos árbitros, es frecuentemente hecha por razones no relacionadas con el procedimiento arbitral. Esto es avalado por la mayoría de los autores, quienes sostienen que es lo que aparece además evidente en el desarrollo de las legislaciones nacionales, las convenciones internacionales, las reglas de arbitraje de las instituciones arbitrales y la jurisprudencia arbitral (*arbitral case law*).⁷

En su momento, bajo varias legislaciones y convenciones internacionales como las de Ginebra de 1923 y 1927, en ausencia de la voluntad de las partes en la determinación del derecho aplicable, el derecho del país en el cual se llevaba a cabo el arbitraje tenía vocación primera para regir los aspectos procedimentales. Es decir, la ley de la sede arbitral, *lex loci arbitris* o ley del foro arbitral, tuvo el apoyo de un sector doctrinal, bajo una visión jurisdiccional del arbitraje, y el imperativo del foro se hacía valer en análoga medida que respecto de los tribunales judiciales.

La aplicación de ley de la sede arbitral tendría indudables ventajas, como su facilidad de determinación, conexión con la actividad de los tribunales judiciales en caso de que deban intervenir en el procedimiento arbitral, facilidades para el reconocimiento y ejecución del laudo, etc., pero a la vez tendría sus inconvenientes, entre los cuales se mencionan la accidentalidad y coyunturalidad de la selección del lugar del arbitraje, desconocimiento del papel relevante de la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación de las cuestiones de procedimiento, excesiva influencia del país de la sede sobre arbitrajes internacionales, conflicto con el criterio de deslocalización del arbitraje, característica esencial del arbitraje internacional hoy en día.

Lo cierto es que las modernas legislaciones nacionales generalmente se alejan del marco normativo procesal estatal de la sede del arbitraje. Concretamente las legislaciones de Francia, Holanda, Portugal, Suiza e Italia tienen en común la ausencia de referencia al derecho de la sede arbitral en la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral. Igualmente lo hace la Ley Modelo UNCITRAL. La Convención de Nueva York de 1958 contempla el carácter subsidiario de la ley de la sede del arbitraje cuando permite rechazar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral si el proce-

⁶ José Merino Merchán, José Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 1514.

⁷ Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Arbitration*, 635, 636.

dimiento de arbitraje no estuvo conforme al convenio de las partes, o en su defecto, a la ley del país en que tuvo lugar el arbitraje.⁸

La tendencia a la deslocalización es un hecho en la concepción y el régimen jurídico del arbitraje de hoy, tanto el doméstico como el internacional. En este último, la deslocalización juega su papel para quitar relevancia a la circunstancia del lugar, considerando como artificial dicha determinación a los efectos del derecho aplicable.⁹

Por su parte, la ley de autonomía o principio de libertad de las partes se fundamenta en que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes rige el arbitraje. En el arbitraje, tanto en el independiente o *ad-hoc*, como en el institucional, las normas fijadas por las partes, o las previstas en los reglamentos escogidos por éstas, son las que normalmente rigen el proceso arbitral, y en su defecto, serán los árbitros los que fijen el procedimiento a seguir, en acuerdo con las partes o dentro de sus atribuciones o poderes.

El derecho positivo del arbitraje internacional se decanta en forma contundente por la incorporación del principio de la ley de autonomía en la determinación del derecho aplicable al procedimiento arbitral. Si todo el arbitraje reposa sobre la voluntad decidida de las partes en apartar la jurisdicción estatal normalmente competente, la consecuencia obligada será reconocerles su derecho a determinar la forma en que el litigio deberá conducirse.¹⁰

2. El derecho aplicable al procedimiento arbitral bajo la Ley de Arbitraje Comercial venezolana y los reglamentos de los centros de arbitraje venezolanos

Nuestra Ley de Arbitraje Comercial (LAC), al igual que la Ley Modelo UNCITRAL, en la cual está inspirada, se inscribe en esta materia bajo el criterio antes referido de la ley de autonomía o principio de libertad de las partes. En efecto, la LAC no establece que el procedimiento arbitral será el de la ley de la sede arbitral. Para el arbitraje institucional el artículo 12 de la LAC dispone que todo lo concerniente al procedimiento arbitral se regirá conforme al reglamento del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido. En el caso del arbitraje independiente, el artículo 15 de la LAC dispone que cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento, las reglas de la LAC serán las aplicables.

⁸ José Merino Merchán, José Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 1517 - 1519

⁹ José Merino Merchán, José Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 1519

¹⁰ José Merino Merchán, José Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral* 1516

No cabe duda pues que bajo la LAC, son las partes las que pueden establecer las reglas de procedimiento aplicables a su arbitraje, y sólo en su defecto se aplicarían las reglas de procedimiento de la LAC. Ninguna remisión hace la LAC a otras normas de procedimiento incluidas en el Código de Procedimiento Civil (CPC) o en otras leyes.

Por su parte, el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (RCEDCA) también se apega al criterio de la ley de autonomía o principio de libertad de las partes y no al de la ley de la sede arbitral, al establecer en su artículo 32.1 que el procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por las normas que las partes acuerden, supletoriamente por las normas contenidas en el 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. Ninguna remisión se hace a la LAC, al CPC o a otras leyes.

A su vez, el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (RCACC) se inscribe también dentro del criterio de la ley de autonomía o principio de libertad de las partes en cuanto al procedimiento arbitral, pues en su artículo 8 establece que cuando las partes se someten a arbitraje administrado por el CACC, se someten a la normativa vigente a la fecha de inicio del arbitraje, es decir al reglamento de arbitraje vigente, salvo convenio en contrario, aunque en su artículo 54 remite a la ley de la sede arbitral en todo aquello no regulado por el Reglamento, lo que da cabida a la aplicación supletoria de la LAC cuando la sede del arbitraje sea Venezuela.

También establece en su artículo 56 que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas adjetivas o a sus normas de conflicto de leyes, y a falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas debiendo dejar constancia de ello en la correspondiente acta de misión.

Todo esto es cónsono con lo que dispone la Ley Modelo de Arbitraje *UNCITRAL* en su artículo 19 sobre la determinación del procedimiento: que las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento al que haya de ajustarse el tribunal arbitral en sus actuaciones y a falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.

3. Nuestra doctrina sobre el derecho aplicable al procedimiento arbitral

Nuestro recordado maestro Alberto Baumeister Toledo destaca que, por disposición de la LAC, la facultad de dictar las reglas para regular el proceso arbitral recae en los centros de arbitraje, e indirectamente en las partes que realizan la escogencia del centro, y en el caso del arbitraje independiente, las reglas de procedimiento aplicables serán las que fijen las mismas partes y en su defecto las que supletoriamente se con-

templan en la LAC. Según Baumeister, esa insólita libertad en que se deja a los centros de arbitraje y a las mismas partes para regular el procedimiento arbitral viene limitada, como lo preceptúa la Ley Modelo *UNCITRAL* y lo acepta la doctrina en la materia, por el respeto a las garantías y derechos constitucionales de las partes en el proceso.¹¹

El autor Francisco Hung al referirse al arbitraje independiente observa que se caracteriza por una casi absoluta libertad de las partes con relación a la determinación de las formas y de la mayoría de las reglas que ordenaran el respectivo procedimiento, aunque también señala que la LAC establece un procedimiento sumamente sencillo, caracterizado por la ausencia de formas y que las partes tienen amplia libertad para modificar. Bien afirma Hung que la mayoría de las disposiciones de la LAC acerca del procedimiento son de carácter supletorio y se aplican sólo cuando las partes han omitido pronunciarse acerca de los aspectos necesarios para el desarrollo del procedimiento.

Apunta Hung que en esta materia el límite de la autonomía de la voluntad de las partes lo constituye las normas de orden público, incluidas las normas que garantizan el derecho al debido proceso. Según Hung, la libertad de formas presupone la necesidad de cumplimiento en el procedimiento arbitral de los llamados principios formativos o reguladores del proceso. En este punto Hung cita a Couture, quien enumera tales principios, igualdad, economía, disposición, probidad, publicidad y preclusión, aunque Hung prefiere señalar que en nuestro proceso arbitral destacan los principios de impulso procesal de parte, derecho de defensa e igualdad de las partes, economía procesal, el principio de que las partes están a derecho, moralidad procesal y el principio del contradictorio.¹²

Por su parte Ricardo Henríquez La Roche sostiene que la LAC contiene principios procesales de carácter supletorio de un arbitraje independiente, aunque podrían también ser supletorias del procedimiento de un centro de arbitraje si las partes lo disponen. Según este autor, las normas adjetivas de la LAC son supletorias de las lagunas que pueda haber en un procedimiento arbitral independiente o institucional, de acuerdo a la regla hermenéutica del artículo 4 del Código Civil, dada la manifiesta analogía entre el arbitraje comercial basado y el no basado en el procedimiento legal de esta ley especial, aunque tal analogía no autoriza aplicar la LAC si el Reglamento de arbitraje o las estipulaciones procesales particulares de un acuerdo individual no la declara norma supletoria general.

¹¹ Alberto Baumeister Toledo, Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Aplicable en los casos de Arbitrajes regidos por la Ley de Arbitraje Comercial, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999) 79, 82

¹² Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001) 188, 190, 191

Resalta Henriquez La Roche que el RCACC vigente para la fecha de su obra, considera supletorias las normas de la LAC. Bajo el Reglamento vigente dicha supletoriedad viene dada por la disposición antes comentada de que la ley de la sede arbitral es supletoria de lo regulado por el Reglamento.¹³

Particular relevancia reviste lo que señala contundentemente Luis Alfredo Araque, que lo primero que debe mencionarse acerca del procedimiento arbitral, que se deriva, no sólo del acuerdo de arbitraje sino también del contrato que las partes celebran con los árbitros y eventualmente, de ser el caso, con el centro de arbitraje seleccionado por ellas, es que no se rige por las reglas procesales de los Códigos de Procedimiento Civil u otras normas adjetivas aplicables a la jurisdicción ordinaria.

La razón de ser del arbitraje es lograr resolver la disputa sin someterse a los largos y complicados procesos ordinarios, y las partes tienen pleno derecho a hacerlo por cuanto el arbitraje siempre versará sobre derechos disponibles, de modo que si les es posible pactar sobre el fondo nada se opone a que también pacten sobre lo adjetivo, es decir, sobre el método de resolver la controversia. Cita Araque el artículo 12 de la LAC, que remite al reglamento del centro de arbitraje elegido para todo lo concerniente al procedimiento arbitral, y que esos reglamentos suelen facultar a los árbitros para llenar cualquier vacío que pudiese presentarse.¹⁴

4. Límites para acordar las reglas del procedimiento arbitral

Es importante destacar que los límites a la autonomía de las partes para acordar las reglas aplicables al procedimiento arbitral no son otros que aquellos que derivan de la garantía del debido proceso y los principios que lo integran, consagrados en el artículo 49 de la Constitución, que son comunes a todos los procedimientos incluyendo el procedimiento arbitral, a saber:

(i) el derecho a la defensa: la defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado del proceso; toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa, siendo nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso;

(ii) el derecho a ser oído: toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad;

¹³ Ricardo Henriquez La Roche, *El Arbitraje Comercial en Venezuela* (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2.000) 189, 191

¹⁴ Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial*, (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011) 99-102

(iii) principio *non bis in ídem*: ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

Es indiscutible que estos principios fundamentales del Derecho Constitucional Procesal, que rigen en todos los procedimientos y procesos, ineludiblemente rigen también en los procedimientos arbitrales llevados ante tribunales arbitrales en ejercicio de la jurisdicción arbitral prevista en la Constitución.

Resulta más que obvio que en el procedimiento arbitral no cabe hacer excepción alguna. El derecho arbitral, que sin duda tiene un indiscutible contenido procesal, no pretende estar exceptuado, todo lo contrario, contiene y está estructurado bajo estos principios fundamentales del Derecho Constitucional Procesal.¹⁵

Cabe traer a colación la Ley de Arbitraje española, que destaca en su exposición de motivos el principio de autonomía de la voluntad de las partes, estableciendo como únicos límites al mismo y a la actuación de los árbitros el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, que se erigen en valores fundamentales del arbitraje como proceso que es, de manera que, garantizado el respeto a estas normas básicas, las reglas que sobre el procedimiento arbitral establece la Ley son dispositivas y resultan aplicables sólo si las partes nada han acordado directamente o por su aceptación de un arbitraje institucional o de un reglamento arbitral.

Expresa también dicha exposición de motivos que el procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución, sin que entren en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. Esa flexibilidad se da también en el desarrollo ulterior del procedimiento. La fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros, siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad.¹⁶

Parece claro que en el arbitraje institucional la escogencia del reglamento de un centro de arbitraje restringe la autonomía de las partes para alterar las reglas contenidas en el reglamento escogido, que no podría hacerse sin la aceptación de la institución arbitral. Un ejemplo que se ha mencionado en el caso de un arbitraje CCI es la regla de que los laudos están sujetos al escrutinio previo de la Corte de Arbitraje de la CCI conforme a su reglamento. Es probable que la CCI rechace que las partes pretendan excluir la aplicación de esta regla.¹⁷

¹⁵ Pedro Rengel Núñez, Arbitraje y Garantías Constitucionales Procesales, en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 2*, (Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas 2022) 162, 163

¹⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Boletín Oficial del Estado núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, Referencia: BOE-A-2003-23646

¹⁷ Michael Pryles, Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure, en *Journal of International Arbitration*, vol. 24 No. 3 (Wolters Kluwer 2007)

5. Algunas implicaciones derivadas del derecho aplicable al procedimiento arbitral

De todo lo anteriormente expuesto resulta claro que en Venezuela el derecho aplicable al procedimiento arbitral es en primer lugar el escogido por las partes, en el caso del arbitraje institucional, las reglas previstas en el reglamento de arbitraje al cual las partes se han sometido, en segundo lugar las reglas que los árbitros consideren apropiadas en caso de desacuerdo entre las partes, y en tercer lugar, de manera supletoria las normas de la LAC si las partes así lo disponen, o por remisión a la LAC por el RCACC en caso de haberse escogido este, y también en el caso del arbitraje independiente.

También resulta claro que en Venezuela al procedimiento arbitral no resultan aplicables las normas adjetivas o de procedimiento del CPC o de otras leyes, aunque sin duda sería válido aplicarlas si las partes o los árbitros las considerasen apropiadas en alguna situación concreta. Obviamente al arbitramento previsto en el CPC le son aplicables sus normas, lo cual no es objeto del presente trabajo.

Distinto es que en el procedimiento arbitral resulten aplicables normas sustantivas previstas en el Código Civil, el CPC o en otras leyes, como derecho aplicable al fondo de la controversia, tales como las normas referentes a los medios de prueba y a la carga, valoración y apreciación de la prueba, interpretación de contratos, entre otras.

Hay que decir que el CPC resultaría aplicable cuando el Poder Judicial entra en colaboración con el arbitraje conforme a lo previsto en el artículo 28 de la LAC, vale decir, cuando se requiere la asistencia de los tribunales ordinarios para la evacuación de pruebas promovidas en el procedimiento arbitral y para la ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral. También resulta aplicable en materia del recurso de nulidad del laudo arbitral por remisión expresa de la LAC en su artículo 47.

De igual forma, en materia de recusación de los árbitros, la LAC remite al CPC, pues en su artículo 35 establece que los árbitros son recusables bajo las causales de recusación del CPC, cuyo artículo 82 contempla 22 causales de recusación de los funcionarios judiciales, que resultan aplicables a los árbitros. Por su parte los Reglamentos de los centros de arbitraje se refieren más genérica y ampliamente a motivos que generen dudas respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro (RCEDCA), o a su falta de independencia o cualquier otro motivo (RCACC), sin perjuicio de que, por aplicación de la LAC, resulten aplicables las causales específicas del CPC¹⁸.

¹⁸ Pedro Rengel Núñez, Sobre la Recusación de los Arbitros, en *Revista MARC*, (Venamcham, 2da edición, 2022, Caracas) 15, 16

De resto, el CPC no tiene aplicación en el procedimiento arbitral. Consideremos algunos supuestos. En general puede decirse que todo lo relativo a las citaciones o notificaciones en el arbitraje se rige por lo previsto en los reglamentos de arbitraje o por las reglas acordadas por las partes o previstas en la LAC. En el procedimiento arbitral no existe la figura de la confesión ficta ni las cuestiones previas previstas en el CPC.

La demanda arbitral y la contestación se rigen por las disposiciones de los respectivos reglamentos de arbitraje o las reglas determinadas por las partes o por los árbitros, que difieren de las disposiciones al respecto contempladas en el CPC. En efecto, en el procedimiento arbitral bajo los reglamentos de arbitraje venezolanos y los extranjeros más usados en el arbitraje internacional, y conforme a la doctrina nacional y comparada, la litis no se traba con la solicitud o demanda de arbitraje y su contestación como en el procedimiento civil, sino en un momento posterior, con la firma del acta de misión o acta de términos de referencia.

El RCACC y el RCEDCA no contienen limitaciones como la contemplada en el CPC, de que el demandante podrá reformar la demanda por una sola vez antes que el demandado haya dado contestación a la demanda, sino más bien permiten formular nuevas demandas, pretensiones y peticiones hasta la firma del acta de misión o acta de términos de referencia, lo que significa que es posible una reforma o modificación, sea parcial o total de la demanda original. Incluso después del acta de misión o acta de términos de referencia, es posible presentar nuevas peticiones y defensas, con autorización del tribunal arbitral, atendiendo a las circunstancias del caso¹⁹.

La instrucción de la causa y la promoción y evacuación de pruebas también se rigen por las disposiciones de los respectivos reglamentos de arbitraje o las reglas determinadas por las partes o por los árbitros, en ocasiones inspirados en reglas de *soft law* internacionales o domésticas sobre pruebas.

Particularmente la prueba de testigos y de experticia se llevan a cabo de manera diferente a como lo contempla el CPC, que no resulta aplicable en el procedimiento arbitral. Típicamente las partes, fundamentalmente en el Acta de Misión o Acta de Términos de Referencia, acuerdan que en caso de promoverse testigos o experticias, se consignen las declaraciones por escrito de los testigos y los informes periciales de los expertos promovidos por cada parte, sin perjuicio de que puedan ser objeto de interrogatorio por las partes y por el tribunal arbitral. Esta práctica es la que generalmente se usa en el arbitraje internacional, por influencia del *common law*. La encontramos prevista en instrumentos de *soft law* como las Reglas de la IBA sobre práctica de pruebas en el arbitraje internacional y las Reglas de la AVA para la actividad probatoria en el arbitraje.

¹⁹ Al respecto, consultar Pedro Rengel Núñez, Procedimiento Arbitral y Traba de la Litis, en Revista *Preámbulo* (Universidad Monteávila - CIERC No. 1, 2023, Caracas) 138

Si hablamos del poder cautelar de los árbitros para dictar medidas cautelares, tenemos que dicho poder cautelar no deriva del CPC sino que está consagrado en el artículo 26 de la LAC, con regulaciones específicas en los reglamentos de arbitraje del CEDCA y del CACC.

Nuestra doctrina es pacífica en el criterio de que, aun cuando los árbitros gozan de amplia discreción, no de arbitrariedad, para decretar medidas cautelares sin que estén sujetos a alguna norma legal, lo más conveniente, equitativo y racional es que examinen los requisitos de procedencia de las medidas cautelares contemplados en el artículo 585 del CPC, esto es, la presunción de buen derecho y el *periculum in mora*, o riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.²⁰

En todo caso, pensamos que no estamos en presencia de la aplicación del CPC como tal en materia arbitral cautelar, sino de los principios procesales considerados esenciales y propios de la naturaleza de la cautelaridad, contenidos en el artículo 585 del CPC.

Y qué decir de la conducción de los casos de arbitraje a través de medios electrónicos, presentación de escritos y comunicaciones vía correo electrónico, reuniones y audiencias vía remota bajo diversas plataformas tecnológicas, como lo permiten los centros de arbitraje venezolanos bajo sus reglamentos. En esto la diferencia respecto a los procedimientos judiciales ordinarios bajo el CPC es considerable.

No queremos dejar de hacer referencia a la figura de la experticia complementaria al fallo, prevista en el artículo 249 del CPC y su uso en el procedimiento arbitral. Con cierta frecuencia las partes en el arbitraje solicitan a los árbitros que se determinen daños y perjuicios, cálculo de intereses, indexación u otros asuntos similares mediante experticia complementaria al laudo. No es infrecuente que los árbitros también echen mano de esta figura y ordenen experticias complementarias en sus laudos arbitrales, aunque por ejemplo, el RCEDCA contempla expresamente que el tribunal arbitral procurará evitarlas, pero a la vez dejándolas a la discreción de los árbitros.

Nuestra doctrina también admite que los árbitros pueden ordenar experticias complementarias al laudo, aunque el autor Hernando Díaz-Candia parece inclinarse porque se practique en el tribunal judicial de ejecución del laudo. Por su parte los autores Carlos Eduardo Acedo y Adolfo Hobaica sostienen que la experticia complementaria es un complemento del laudo arbitral y que debe practicarse en sede arbitral.²¹ El RCEDCA así lo contempla expresamente en su artículo 46.6.

²⁰ Andrés Mezgravis, Las Medidas Cautelares en el Sistema Arbitral Venezolano, en *Revista Derecho y Sociedad* (Universidad Monteávila, Nro.) 34, 35

²¹ Ver: Adolfo Hobaica, La Experticia Complementaria del Laudo y su práctica en el Arbitraje Comercial Doméstico, en *Anuario AVA* No. 2, 2021 (Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas)

Por nuestra parte pensamos que en Venezuela el uso de la experticia complementaria del laudo arbitral no se da porque sea de aplicación obligatoria el artículo 249 del CPC como tal, sino porque las partes y los árbitros pueden considerar conveniente aplicar el principio o concepto contenido en dicha norma procesal doméstica, que no es otro que cuando se condene a pagar frutos, intereses o daños y el juzgador no los pudiere estimar según las pruebas de autos, dispondrán que la estimación se realice mediante experticia complementaria.

En el arbitraje internacional no se suele usar esta figura de experticia complementaria del laudo. Lo que ocurre es que las partes demuestran y determinan en el procedimiento arbitral todas sus pretensiones y reclamos y sus respectivas actualizaciones y ajustes antes de que se produzca el laudo final.

El autor español José Carlos Fernández Rozas considera una situación patológica la eventual contaminación del procedimiento arbitral con instituciones procedentes del procedimiento común y aboga por la conveniencia de preservar el arbitraje de ciertas prácticas o disfunciones importadas de los procedimientos judiciales, que amenazan con diluir su especificidad como sistema de resolución de conflictos, haciéndole perder algunas de sus ventajas y razón de ser.

Fernández Rozas afirma que no es infrecuente que el árbitro se auxilie en el trámite de las audiencias con la Ley de Enjuiciamiento Civil española, situación que no es privativa de España, como lo muestran los ejemplos de la influencia de las instituciones procesales estatales en el panorama comparado. Sostiene este autor que los árbitros y abogados españoles se han ido adaptando paulatinamente a las peculiaridades del arbitraje, aunque aún quedan vestigios de esta situación, sobre todo en el arbitraje interno, que está mucho más rezagado que el arbitraje comercial internacional.

Habla este autor del conflicto entre culturas jurídicas procesales, entre los sistemas jurídicos llamados continentales y los llamados de *common law* o anglosajones, por ejemplo en materia de pruebas como el *Discovery* o el *cross-examination*, consustanciales al derecho a la defensa en jurisdicciones como E.E.U.U, donde cada parte debe aportar todos los documentos que obren en su poder, a diferencia de las jurisdicciones de derecho civil o continental, donde sólo se ordena requerir a la parte que aporte documentos específicos una vez establecida su existencia, contenido básico y posesión por la otra parte.²²

En nuestra opinión, en el arbitraje comercial doméstico en Venezuela no se observa una contaminación indeseable o perniciosa del procedimiento arbitral con reglas procesales del juicio ordinario regulado por el CPC pues los arbitrajes se rigen mayormente por los reglamentos de arbitraje escogidos por las partes y en su defecto por la LAC.

²² José Carlos Fernández Rozas, La contaminación del arbitraje por los conceptos e institutos de las leyes procesales estatales, en *Anuario de Justicia Alternativa*, Nro 3, (JM Bosch, España, 2015) 54, 46, 47

CONCLUSIONES

Visto lo anterior pueden esbozarse algunas conclusiones:

1. Suele distinguirse entre la ley aplicable al fondo de la controversia y la ley aplicable al procedimiento arbitral. No necesariamente la ley de fondo se aplica al procedimiento arbitral. Las partes pueden haber escogido someter el contrato y el procedimiento arbitral a diferentes derechos. Además, si las partes no han escogido una ley de procedimiento, los árbitros no están obligados a aplicar al procedimiento arbitral la ley aplicable al contrato escogida por las partes o por los mismos árbitros.
2. Para la determinación del derecho aplicable al procedimiento arbitral, los criterios manejados por la doctrina, los ordenamientos jurídicos nacionales y las convenciones internacionales son: (i) la ley del lugar donde se desarrolla el arbitraje y se dicta el laudo y (ii) la ley de autonomía, o principio de libertad de las partes.
3. La LAC, al igual que la Ley Modelo UNCITRAL, se inscribe bajo el criterio de la ley de autonomía o principio de libertad de las partes. La LAC no establece que el procedimiento arbitral será el de la ley de la sede arbitral. Para el arbitraje institucional la LAC dispone que el procedimiento arbitral se regirá conforme al reglamento del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido. En el caso del arbitraje independiente, la LAC dispone que cuando las partes no establezcan sus propias reglas de procedimiento, las reglas de la LAC serán las aplicables.
4. Bajo la LAC, son las partes las que pueden establecer las reglas de procedimiento aplicables a su arbitraje, y sólo en su defecto se aplicarían las reglas de procedimiento de la LAC. Ninguna remisión hace la LAC a otras normas de procedimiento incluidas en el Código de Procedimiento Civil (CPC) o en otras leyes.
5. El RCEDCA y el RCACC también se apegan al criterio de la ley de autonomía o principio de libertad de las partes y no al de la ley de la sede arbitral. El RCEDCA no hace remisión a la LAC, al CPC o a otras leyes. El RCACC remite a la ley de la sede arbitral en todo aquello no regulado por el Reglamento, lo que da cabida a la aplicación supletoria de la LAC cuando la sede del arbitraje sea Venezuela.
6. Los límites a la autonomía de las partes para acordar las reglas aplicables al procedimiento arbitral son aquellos derivados de la garantía del debido proceso y los principios que lo integran, consagrados en el artículo 49 de la Constitución: fundamentalmente el derecho a la defensa y el derecho a ser oído.
7. En Venezuela el derecho aplicable al procedimiento arbitral es en primer lugar el escogido por las partes, en el caso del arbitraje institucional, las reglas previstas en el reglamento de arbitraje al cual las partes se han sometido, en segundo lugar las reglas que los árbitros consideren apropiadas en caso de desacuerdo entre

las partes, y en tercer lugar, de manera supletoria las normas de la LAC si las partes así lo disponen, o por remisión a la LAC en caso de haberse escogido el RCACC, y también en el caso del arbitraje independiente.

8. Por remisión de la LAC, el CPC resulta aplicable en materia de causales de recusación de árbitros, también cuando se requiere la asistencia de los tribunales ordinarios para la evacuación de pruebas promovidas en el procedimiento arbitral y para la ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral y también en materia del recurso de nulidad del laudo arbitral.
9. En Venezuela, si bien al procedimiento arbitral no resultan aplicables las normas adjetivas o de procedimiento del CPC o de otras leyes, sería válido aplicarlas si las partes o los árbitros las considerasen apropiadas en alguna situación concreta.
10. Aunque el poder cautelar de los árbitros para dictar medidas cautelares no deriva del CPC sino de la LAC, con regulaciones específicas en los reglamentos de arbitraje del CEDCA y del CACC, lo más conveniente, equitativo y racional es tomar en cuenta los requisitos de procedencia de las medidas cautelares: presunción de buen derecho y *periculum in mora*, contemplados en el CPC, por ser principios procesales propios de la naturaleza de la cautelaridad.
11. En Venezuela el uso de la experticia complementaria del laudo arbitral no se da por aplicación del artículo 249 del CPC como tal, sino porque las partes y los árbitros pueden considerar conveniente aplicar el principio o concepto contenido en esa norma procesal: cuando se condene a pagar frutos, intereses o daños y el juzgador no los pudiere estimar según las pruebas de autos, dispondrá que la estimación se realice mediante experticia complementaria.
12. En nuestra opinión, en el arbitraje comercial doméstico en Venezuela no se observa una contaminación indeseable o perniciosa del procedimiento arbitral con reglas procesales del juicio ordinario regulado por el CPC.

Desafíos judiciales del arbitraje

Rafael J. Chavero Gazdik*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 233-254

Resumen: Este trabajo examina las injerencias del Poder Judicial en el arbitraje, destacando los riesgos que estas intervenciones representan para su adecuado funcionamiento. En particular, se analiza la supuesta limitación del arbitraje para conocer de violaciones constitucionales, las actuaciones judiciales relacionadas con la posibilidad de renunciar al arbitraje, así como la proliferación de recursos tanto contra los laudos arbitrales como contra las decisiones que resuelven los recursos de nulidad.

Palabras clave: Poder judicial; desafíos contemporáneos del arbitraje; principio de mínima intervención judicial en el arbitraje.

Judicial Challenges of Arbitration

Abstract: *This paper examines the interferences of the Courts in arbitration, highlighting the risks that these interventions pose to its proper functioning. In particular, it analyzes the supposed limitation of arbitration to address constitutional violations, the judicial actions related to the possibility of waiving arbitration, as well as the proliferation of recourses both against arbitral awards and against the decisions that resolve setting aside applications.*

Keywords: *Courts; contemporary challenges of arbitration; principle of minimal court intervention in arbitration.*

Autor invitado

* Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo UCV/UCAB.

Desafíos judiciales del arbitraje

Rafael J. Chavero Gazdik*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 233-254

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La supuesta limitación del arbitraje para conocer de violaciones constitucionales. 2. Actuaciones judiciales ante la posibilidad de la renuncia al arbitraje. 3. La multiplicidad de recursos contra los laudos arbitrales, desconociendo el criterio legalmente establecido y el núcleo esencial del arbitraje. 4. La multiplicidad de recursos frente a la decisión del recurso de nulidad contra los laudos arbitrales. 5. Algunas conclusiones y sugerencias de lege ferenda. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Las presentes líneas tienen la intención de mostrar algunos obstáculos y amenazas que enfrenta la institución del arbitraje, básicamente relacionados con la exagerada intervención de los tribunales ordinarios y Salas del Tribunal Supremo de Justicia en las controversias donde se ha pactado un compromiso arbitral; así como algunas estrategias de litigio que comprometen el derecho fundamental al arbitraje y, más concretamente, el derecho a un proceso arbitral sin dilaciones indebidas.

Con este tipo de estrategias y actuaciones judiciales se pone en riesgo la autonomía y hasta utilidad misma de este importante mecanismo de resolución de conflictos. Por tanto, resulta indispensable identificar y corregir estas manipulaciones del sistema de justicia, el cual incluye la justicia arbitral.

Así, para que realmente la institución arbitral pueda cumplir con sus fines esenciales, resulta imprescindible que se respete el compromiso asumido por las partes al momento de suscribir el acuerdo, pues luego de presentado algún conflicto entre éstas, es frecuente que se trate de utilizar todos los remedios posibles para satisfacer los intereses particulares, incluyendo el desconocimiento mismo del compromiso firmado y la renuncia de hacer valer sus pretensiones ante los jueces, tal y como expresamente lo dispone el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial.

Nos resulta claro que no ha sido sencillo compatibilizar el principio de independencia del arbitraje con la intervención judicial; sobre todo cuando el Poder Judicial es quien tiene la última palabra sobre la validez del laudo arbitral, al conocer del recurso de

* Profesor de Derecho Constitucional y Administrativo UCV/UCAB.

nulidad previsto en los artículos 43 y siguientes de la Ley de Arbitraje Comercial. Pero es indispensable salirle al paso a los excesos de la intervención judicial y así evitar que el foro le vaya perdiendo confianza a la institución del arbitraje.

En este sentido, y a los fines de precisar uno de los aspectos centrales de nuestra posición, debemos establecer, de antemano, que el arbitraje es un sistema alternativo a la jurisdicción ordinaria del Estado, cuando al menos dos partes han decidido libre y voluntariamente resolver sus diferencias fuera del Poder Judicial. Obviamente, esta decisión conlleva ventajas y desventajas, las cuales las partes libremente conocen y asumen.

Insistimos en que se trata de un sistema alternativo y no un mecanismo subsidiario o excepcional de justicia, lo que implica que su utilización debe excluir opciones y fórmulas que le resulten incompatibles, pues de lo contrario, se impide su cabal funcionamiento. Si nuestro ordenamiento jurídico permite escoger el arbitraje como alternativa para resolver pleitos, debe entonces garantizarse su pleno y eficaz funcionamiento. No se trata de mezclar sistemas, pues más bien la complementariedad o combinación limita y hasta destruye el mecanismo alternativo.

Esto lo reconoce recientemente la Sala Constitucional, en decisión de fecha 12 de diciembre de 2024, caso: *TCA Service*, donde tuvo la oportunidad de reiterar la importancia del arbitraje en nuestro sistema de justicia, señalando expresamente que:

Seguendo el hilo argumentativo, dicho fallo esclareció reiteradamente que el arbitraje ha sido concebido por esta Sala como un integrante del sistema de justicia, **no en una relación de subordinación**, como así gravitó la Sala de Casación Civil de este máximo tribunal, 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 corresponden de conocer, siempre y cuando, ese sea el medio escogido por las partes para dirimir sus conflictos intersubjetivos 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. Sent. n.º 702 de fecha 18 de octubre de 2018, caso: "Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas") (Subrayado añadido).

También hay que recordar que el arbitraje tiene reconocimiento constitucional, al punto que ha sido considerado por la Sala Constitucional como un derecho fundamental. Obviamente, al considerarse que es un derecho debe garantizarse entonces el respeto de su esencia o su núcleo fundamental. Así, en la conocida decisión del 3 de noviembre de 2010, caso: *Astivenca*, se dispuso lo siguiente:

Así, el arbitraje no se limita o se realiza con el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258), sino se materializa en **"la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz"** -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, lo cual se traduce en que la procedencia y validez del arbitraje, se verifica en la medida en que éste responda a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto -vgr. Procedencia del arbitraje, validez del

laudo arbitral, entre otras-, por lo que el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- y **se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo y sin dilaciones indebidas.** (Subrayado añadido)

Por ello, vale la pena tratar de identificar ese núcleo esencial del derecho al arbitraje, el cual debería marcar esa zona mínima de protección frente a cualquier actuación que pretenda afectar su funcionamiento. Y en este sentido, podemos señalar que el respeto de la *autonomía e independencia* de este mecanismo de resolución de justicia es una de estas partes vitales del derecho que requiere de una inmunidad especial.

Si a través del arbitraje no se logra que sean los propios árbitros los que conozcan del cuestionamiento de la validez de las cláusulas, o que sean los árbitros los que resuelvan el fondo de la controversia; entonces estaremos afectando su esencia misma, restándole prácticamente toda su utilidad. El Poder Judicial no debe intervenir en el fondo del asunto debatido en arbitraje, pues de lo contrario no tiene sentido que este mecanismo de resolución de disputas sea sólo una instancia previa.

No puede perderse de vista que, en buena medida, las principales razones que tienen los operadores jurídicos para establecer un compromiso arbitral, son la necesidad de buscar decisores especializados y reducir el tiempo del litigio. Con ello, además, el Estado se beneficia mediante el descongestionamiento y abaratamiento de su aparato judicial. Son estos intereses particulares y estatales los que deben protegerse a cabalidad para respetar el núcleo esencial de la institución arbitral.

Pues bien, las amenazas judiciales recientes a que nos referiremos en estas líneas atentan contra esos objetivos del arbitraje, afectando ese contenido intangible. Concretamente, nos vamos a referir al i) desconocimiento judicial de los compromisos suscritos, en virtud la supuesta imposibilidad de conocer de violaciones constitucionales; ii) el desconocimiento del principio de *competencia-competencia*; y iii) la multiplicidad recursiva frente al laudo, con miras a desconocer el fondo de lo decidido en la justicia arbitral.

1. La supuesta limitación del arbitraje para conocer de violaciones constitucionales

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la *Ley de Arbitraje Comercial*, existen, en principio dos tipos de arbitraje: los de *derecho* y los de *equidad*. Pues bien, cuando se somete un pleito a la jurisdicción arbitral, conforme al derecho, ello implicará la obligación para los árbitros de conocer y aplicar todo el derecho, lo que sin lugar a dudas, incluye las normas constitucionales.

En efecto, los árbitros no pueden decidir las controversias que se someten a su consideración, haciendo abstracción de las normas constitucionales, pues les toca apli-

car y decidir conforme a derecho, lo que implica considerar las normas, valores, principios y derechos fundamentales. Toda controversia, judicial o arbitral, debe por tanto ser resuelta considerando y aplicando las normas consagradas en el Texto Fundamental. De modo que, si en una disputa arbitral se determina la existencia de una violación de derechos constitucionales, los árbitros están en la obligación de aplicarlos y anular cualquier acto, hecho u omisión que se considere inconstitucional, disponiendo lo necesario para su restablecimiento. Lo contrario, implicaría que en el arbitraje no se aplica todo el derecho, sino parte de éste. Resultaría un sinsentido y por tanto una posición injustificada, que los pleitos deban decidirse aplicando sólo una parte de las normas aplicables. Es obvio que las disposiciones constitucionales deben considerarse en cualquier actividad jurisdiccional.

Por tanto, si a raíz de un contrato o negocio jurídico o con motivo de alguna situación extracontractual, se alega la violación del derecho al debido proceso o a la libertad de expresión, los tribunales arbitrales están en la obligación de considerar el contenido y alcance de estos derechos fundamentales y decidir la controversia con base en la interpretación constitucional adecuada. Es parte de la obligación que tienen de decidir conforme a derecho.

Sin embargo, existe una tendencia en los tribunales de instancia de justificar el desconocimiento de los compromisos arbitrales, cuando el demandante alega la violación de un derecho constitucional. En estos casos, los tribunales han ignorado cláusulas arbitrales y el principio de competencia-competencia, admitiendo el ejercicio de acciones de amparo constitucional, supuestamente por ser la única vía o remedio para conocer de estas pretensiones.

En efecto, en varias decisiones que se han referido al rechazo de ingreso a los clubes sociales, los tribunales de instancia han hecho caso omiso a los compromisos arbitrales autónomos e independientes suscritos por las partes en conflicto, alegando que al denunciarse la violación de, por ejemplo, el derecho a la defensa o a la propiedad, los árbitros carecerían de competencia para conocer del asunto.

Existe al menos una decena de casos donde los tribunales de primera y segunda instancia desconocen, es decir, omiten, la existencia de los compromisos arbitrales suscritos por el postulante y la asociación civil respectiva, cuando luego de culminado el proceso de admisión se demandan supuestas violaciones de derechos constitucionales del solicitante rechazado.

Así, por tan solo referirnos al último caso que conocemos, la decisión dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 31 de octubre de 2024, caso: *Magdalini Petrou*, se consideró que:

Ahora bien, quien suscribe estima importante aclarar, que aun cuando medie un contrato o compromiso en el cual se prevea al arbitraje u otra forma de justicia alternativa para la resolución de un caso en concreto, esto en modo alguno implica la imposibilidad de ejercicio de

la acción de amparo constitucional, ello ante denuncias de violación de derechos y garantías constitucionales, que en el presente caso están referidas en los términos indicados por los accionantes en el escrito libelar...

Decisión que luego fue confirmada por el Juzgado Superior Séptimo Civil y Mercantil de esa misma Circunscripción Judicial, mediante sentencia de fecha 12 de diciembre de 2024, señalando que:

Por lo antepuesto, dado que, en el presente juicio, la parte presuntamente agraviada ha denunciado la violación de sus derechos y garantías constitucionales por vías de hecho que le imputa a la Junta Directiva de la asociación civil accionada, resulta diáfano para esta superioridad que, no puede considerarse que el *compromiso arbitral* derogue la competencia de los órganos del Poder Judicial para conocer de las acciones de amparo; siendo estas, el medio idóneo por excelencia para tutelar los derechos y garantías fundamentales. En consecuencia, esta superioridad estima IMPROCEDENTE la falta de jurisdicción alegada por la parte accionada y Así se Decide¹.

Como puede observarse, en ambas decisiones, el factor determinante para desconocer el compromiso arbitral suscrito, fue el hecho de que la parte afectada consideró que se le habían violado sus derechos constitucionales, y frente a esa situación acudió a los tribunales ordinarios a interponer una acción de amparo constitucional, desconociendo el compromiso de arbitraje suscrito antes del inicio del respectivo proceso de admisión.

Esta posición jurisprudencial implica, entre otras cosas, que los árbitros no pueden conocer de violaciones de derechos constitucionales, es decir, que bastaría con que cualquiera de las partes en conflicto realice un solo alegato de violación constitucional para obviar la existencia del compromiso arbitral previamente suscrito.

Se trata de un errado criterio para la determinación de la arbitrabilidad, el cual implicaría el desconocimiento absoluto del derecho al arbitraje, pues sujeta la validez de los compromisos arbitrales a los alegatos de las partes en conflicto. Más aún, si tomamos en cuenta que ante cualquier pretensión jurídica siempre es posible construir la violación de un derecho constitucional, incluso sin mayor capacidad de ingenio. Así, por ejemplo, si con la simple denuncia de la violación del derecho al debido proceso, se pudiese acudir directamente a un tribunal ordinario, a pesar de la existencia de un compromiso arbitral, entonces se estaría desconociendo el reconocimiento del derecho a arbitraje que ha destacado la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

¹ Como hemos dicho, se trata de una triste posición repetida por la jurisprudencia de instancia. Así, en el mismo sentido puede verse las decisiones dictadas por el Juzgado Séptimo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de Caracas, en fecha 11 de agosto de 2021, en el caso: Carlos Dugarte; la del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de Caracas, en fecha 24 de marzo de 2023, en el caso: Benito Robles Herrera; y la del Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas, en fecha 16 de marzo de 2022, caso: Márquez Piñerúa.

Las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje son todas aquellas que también puede conocer el juez ordinario, por tanto son irrelevantes los argumentos de las partes o los vicios que se denuncien. Así, la Sala Constitucional ha señalado que: "... si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes"².

Incluso, la Sala Constitucional ha admitido expresamente el ejercicio del control constitucional por parte de los tribunales arbitrales, al formar parte del sistema de justicia. Concretamente, en el fallo de fecha 18 de octubre de 2018, caso: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, se precisó la posibilidad, y hasta obligación, de que los tribunales arbitrales puedan (y deban) desaplicar las normas legales contrarias a la Constitución, con lo cual claramente se acepta el control constitucional por parte de los tribunales arbitrales, toda vez que, lógicamente, al tener que decidir "conforme a derecho" deben aplicar y conocer de todo el ordenamiento jurídico, lo que incluye las normas constitucionales. Textualmente precisó la Sala:

A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos -entre los que se encuentra el arbitraje- al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, **excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial** (Vid. Sentencia N° 1541/2008).

Como puede observarse, esta Sala Constitucional se aviene a la tesis de que la actividad que despliegan los árbitros es auténtica función jurisdiccional, de allí que no sólo los tribunales ordinarios y las distintas Salas que conforman este Tribunal Supremo de Justicia, sino **también los tribunales arbitrales estén en la obligación de ejercer el 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**. (Subrayado añadido).

Adicionalmente, la misma Sala Constitucional ha destacado, en sentencia del 20 de mayo de 2010, caso: Gustavo Yélamo, que el arbitraje y el recurso de nulidad previsto en la Ley de Arbitraje Comercial son mecanismos idóneos para la defensa de los derechos y garantías constitucionales, superando claramente el criterio sostenido en el fallo apelado. Concretamente expresó la Sala:

Así, esta Sala advierte de la retícula normativa vigente, así como los criterios jurisprudenciales vinculantes sostenidos reiteradamente, que si bien un laudo arbitral puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales -Vid. Sentencia de esta Sala N° 174/06-, su admisibilidad pende no sólo del contenido del artículo 6 eiusdem -y en particular de la causal contenida en el 6.5 eiusdem-, **ya que el juez competente que conozca de tales acciones,**

² Sentencia N° 1541 del 17 de octubre de 2008.

debe al momento de asumir la competencia y decidir sobre la admisibilidad del mismo, tomar en consideración que esta Sala ha señalado que el arbitraje y el resto de los medios alternativos de resolución de conflictos en tanto envuelven el ejercicio de actividad jurisdiccional, se materializan en “la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-, **lo cual se traduce en que la procedencia y validez de los medios alternativos de resolución de conflictos y, en particular del arbitraje, se verifica en la medida en que éstos respondan a los principios y límites que formal y materialmente el ordenamiento jurídico ha establecido al respecto**, por lo que el recurso de nulidad se erige en ese contexto como el medio jurisdiccional idóneo que garantiza el control de los laudos arbitrales.

En tal sentido, desde el punto de vista sustantivo, el contenido y extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad, denuncias como las formuladas por el presunto agraviado, **vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público** -Cfr. En tal sentido, lo reconoce el artículo 5, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (G.O. N° 4.832 Extraordinario del 29 de diciembre de 1994)- ya que **“los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia, no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial”** o que “en caso que la decisión del correspondiente órgano [arbitral] contrarie el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión” -Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.541/08-. (Subrayado añadido).

Como vemos, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha venido desechando los criterios restrictivos y obsoletos que pretendían imponerle limitaciones objetivas al arbitraje, al asimilar la noción de “orden público” con la no arbitrabilidad. Por tanto, para esa Sala, un tribunal arbitral puede conocer y decidir las mismas controversias que son conocidas y decididas por los tribunales ordinarios. Y ello es por demás lógico, pues en definitiva a los árbitros de derecho les toca aplicar el ordenamiento jurídico, lo que incluye la Constitución y los criterios vinculantes de la misma Sala Constitucional.

Pero además, la posición asumida por los tribunales de instancia a que hemos hecho referencia supra, implica un frontal desconocimiento del principio competencia-competencia, establecido en los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial. Este principio implica que corresponde al tribunal arbitral decidir acerca de su propia competencia o jurisdicción, incluso respecto a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. Por tanto, los tribunales judiciales deben abstenerse de resolver cuestiones de jurisdicción cuando existe un compromiso arbitral escrito o evidente³.

³ Al respecto puede verse Hernando Díaz-Candia, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje (Teoría general del arbitraje)* (Caracas: Legis, 2011), 115 y ss.

Así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, en la mencionada sentencia Astivenca del 3 de noviembre de 2010, en la que expresó lo siguiente:

En definitiva, sobre la base de las consideraciones expuestas respecto al principio de competencia-competencia y a las relaciones de coordinación y subsidiariedad de los órganos del Poder Judicial frente al sistema de arbitraje, los órganos del Poder judicial **sólo pueden realizar un examen o verificación "prima facie", formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral, que debe limitarse a la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y se excluye cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito**, en los términos expuestos ut supra, y así expresamente se declara.

Y continúa el mismo fallo señalando que la comprobación de la cláusula arbitral por parte de los órganos judiciales no puede:

...comportar la realización de un examen judicial de fondo y detallado del pacto arbitral, sino una verificación 'prima facie', formal, preliminar o sumaria de los requisitos de validez, eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral; por lo que los órganos del Poder Judicial al no advertir una manifiesta nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, **deberán remitir al arbitraje las disputas sometidas a su conocimiento**. (Subrayado añadido).

Esta decisión vinculante de la Sala Constitucional ha sido reconocida también por la Sala Político-Administrativa, para de esta forma reconocer la aplicación, hoy indiscutible, del principio *competencia-competencia*. Concretamente, en el fallo de fecha 12 de mayo de 2011, caso: *Centro Portugués*, esa Sala señaló:

Ahora bien, el citado fallo de la Sala Constitucional estableció que la verificación sumaria de la cláusula arbitral debe limitarse a "i) la constatación del carácter escrito del acuerdo de arbitraje y (ii) que se excluya cualquier análisis relacionado con los vicios del consentimiento que se deriven de la cláusula por escrito." (negritas del fallo citado), por lo que corresponde constatar si en el presente caso existe un acuerdo escrito para someter las controversias que se presenten entre la asociación civil Centro Portugués y sus asociados al arbitraje, lo cual se desprende de lo dispuesto en el artículo 9º de sus estatutos, que prevé en el literal K: (*Omissis*)

De este modo, ante la existencia de un pacto escrito de someter a arbitraje todas las controversias de carácter no disciplinario entre la asociación Civil Centro Portugués y sus asociados, constatándose con meridiana claridad que las partes decidieron, 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 pueda colegirse de la referida cláusula una manifestación genérica, imprecisa o incompleta, por lo que debe el juez que conoce de la demanda declarar la falta de jurisdicción y que corresponde conocer del asunto al órgano arbitral correspondiente, tal como lo decidió esta Sala en las sentencias N° 1.627 y 266 del 11 de noviembre de 2009 y 23 de febrero de 2011, respectivamente.

El rol del juez frente al sometimiento de un asunto a su conocimiento, donde existe un compromiso arbitral, debe ser, entonces, el de verificar si el acuerdo consta efectivamente por escrito. Por tanto, cualquier pronunciamiento sobre la arbitrabilidad

del asunto, o sobre validez o aplicabilidad del compromiso debe corresponderle, exclusivamente, al tribunal arbitral. Así lo ratifica otra reciente decisión de la Sala Político-Administrativa, de fecha 31 de octubre de 2024, caso: Corina Rojas, en un caso relacionado con una controversia arrendaticia. Allí se señaló lo siguiente:

Conforme a la norma transcrita, cuando en una cláusula contractual o en un acto independiente esté incluido un acuerdo de Arbitraje, éste 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. (Vid., sentencia de esta Sala número 00300 del 4 de noviembre de 2021, caso: Alcides Manuel Escalona Medina, Gerardo José Tombazzi Chávez y Atahualpa José Daza Vargas contra la sociedad mercantil Invest Capitals, C.A.). (...)

En aplicación del criterio parcialmente transcrito, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha dispuesto que "(...) **el examen que realice el Poder Judicial a los efectos de determinar la validez, eficacia y aplicabilidad de las cláusulas arbitrales, debe limitarse a la constatación de la existencia por escrito del acuerdo de Arbitraje sin analizar la configuración de los vicios del consentimiento que puedan afectar a dicho acuerdo**". (Vid., sentencia de esta Sala número 908 del 26 de julio de 2012, caso: Antonio Fernandes de Sousa y Joao Nicolau Goncalves Fernandes contra la sociedad mercantil Constructora y Promotora Las Cúpulas, C.A.). (Subrayado añadido)

Por tanto, la jurisprudencia de instancia que desconoce o ignora los compromisos arbitrales, por la simple denuncia de violación de derechos constitucionales, vulnera también el principio de competencia-competencia, previsto en los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial, al evitar que sea el propio tribunal arbitral el que decida sobre la validez o existencia del compromiso arbitral.

En definitiva, se trata de una posición que deja al arbitraje herido de gravedad, pues si éste va depender de los alegatos de las partes en conflicto, es muy oscuro el futuro que le depara a esta institución. Y a pesar de que existen suficientes precedentes de la Sala Constitucional que desconocen esa posición jurisprudencial, resulta que los tribunales ordinarios los ignoran sin mayor problema, sometiéndolos entonces a los operadores jurídicos a largos conflictos judiciales, a pesar de haber pactado un compromiso arbitral.

2. Actuaciones judiciales ante la posibilidad de la renuncia al arbitraje

Otra de las posiciones jurisprudenciales que ponen en riesgo la funcionalidad y efectividad del arbitraje, tiene que ver con la supuesta necesidad de esperar la posición del demandado, para confirmar la validez del compromiso arbitral y la no renuncia al arbitraje. Mientras ello sucede, los tribunales de instancia pueden tomar decisiones preventivas que luego son difíciles de revertir.

Se trata de un criterio de la Sala de Casación Civil, a través del cual ha revocado decisiones de instancia que, conforme al principio competencia-competencia, han declarado la falta de jurisdicción del Poder Judicial, ante la existencia de una cláusula

de arbitraje. La Sala entiende que ello no puede hacerse antes de la contestación de la demanda, pues es necesario verificar la posible renuncia al arbitraje del demandado.

En efecto, en la decisión de fecha 25 de mayo de 2023, caso: Miguel Arnaez, la Sala de Casación Civil señaló lo siguiente:

En efecto, 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**, tal cual lo hicieron en el caso de autos la juzgadora de conocimiento, Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito y del segundo grado de cognición, Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, ambos de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, en sus fallos de fechas 18 de julio de 2022 y 4 de noviembre de 2022, respectivamente, pues **es necesario darle cabida procesal al emplazamiento de los demandados y verificar la existencia de la conducta procesal de las partes en disputa, vale decir, que las mismas estén orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intensión de someterse al arbitraje**. Conductas estas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, con lo cual, es necesario, que 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 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 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 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, perteneciente a los mecanismos de las cuestiones previas (Véase, entre otras, sentencias N° 1209 y 832, de fechas 20 de junio de 2001 y 12 de junio de 2002, casos: Hoteles Doral, C.A., e Inversiones San Cipriano, C.A., respectivamente, emanadas del régimen excepcional de sustanciación establecido por la Sala Político-Administrativa de este alto Tribunal).

En el caso sub lite, la recurrida **al haber declarado la inadmisibilidad de la acción propuesta por la existencia de una cláusula contractual compromisoria, violentó el debido proceso de rango constitucional y cercenó a la parte accionante su derecho de acceso al proceso, al crear frustraciones imaginarias que impidieron la debida sustanciación adjetiva**.

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 opongán, en primera oportunidad, la cuestión previa de falta de jurisdicción**, sustanciándose, tal cual lo establecen los artículos 346. 1°; 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.

En consecuencia de lo cual, al haber declarado la recurrida la inadmisibilidad de la acción propuesta, violentó el debido proceso y el derecho de defensa, tal cual lo establecen los artículos 313.1°, 7°, 12° y 15° del Código de procedimiento Civil, debiendo esta Sala Casar el fallo interlocutorio con fuerza de definitiva de la recurrida, Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy, de fecha 4 de noviembre de 2022 y de conformidad con el artículo 320 eiusdem, declarada con lugar la violación del derecho de defensa, se repone la presente causa al estado en que de verificarse el resto de los presupuestos establecidos en el artículo 341 ibídem, se ordene la admisión de la demanda y se emplace a los co-accionados para que procedan a oponer cuestiones previas o a contestar perentoriamente la demanda y así se establece. (Subrayado añadido).

Como vemos, con este criterio de la Sala de Casación Civil, no es posible declarar la falta de jurisdicción, y por ende la inadmisibilidad, de una demanda civil, intentada ante la jurisdicción ordinaria, a pesar que exista un compromiso arbitral expreso e inequívoco, pues según esta posición, debe esperarse que el demandado expresamente ratifique su deseo de someterse al arbitraje, alegando la cuestión previa de la falta de jurisdicción.

Lo más grave de este criterio es que mientras ocurre la contestación de la demanda o la presentación de la cuestión previa de falta de jurisdicción, el tribunal ordinario que conozca de la pretensión, puede, como en efecto suele suceder, decretar importantes y gravosas medidas cautelares contra el demandado, con la posibilidad de colocarlo en una situación desventajosa; lo que posteriormente será muy difícil de revertir, incluso una vez iniciado el proceso arbitral, si fuese el caso.

En efecto, un escenario frecuente en este tipo de situaciones consiste en demandar judicialmente, a pesar de la existencia de un compromiso arbitral; obtener unas importantes medidas cautelares y, luego, frente al argumento del demandado de la falta de jurisdicción, remitir el expediente a la Sala Político-Administrativa para dirimir la regulación de jurisdicción, conforme a lo dispuesto en los artículos 62 y siguientes del *Código de Procedimiento Civil*. Pero mientras tanto, las medidas cautelares se mantienen vigentes durante todo el tiempo de espera por la decisión sobre la falta de jurisdicción.

Se trata de una estrategia judicial bastante común y frecuente, con lo cual, en la práctica, el mecanismo del arbitraje resulta insuficiente para dirimir la controversia surgida en forma efectiva y sin graves traumas de litigios innecesarios, en virtud del desconocimiento del principio competencia-competencia.

Y es que en nuestro criterio, esta posición de la Sala de Casación Civil viola abiertamente la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional que hemos citado supra, referida al principio competencia-competencia. Nos referimos a los casos: Astivenca y Corina Rojas, donde ha insistido en la presunción de validez de la cláusula arbitral, presunción que debe imperar para ambas partes. Es decir, el juez ordinario, frente a la verificación de la existencia de un compromiso arbitral, debe entender que esa fue la voluntad de ambas partes y, por ende, declinar la jurisdicción en el tribunal arbitral.

No puede suspenderse o supeditarse la validez del compromiso arbitral hasta que ambas partes la ratifiquen judicialmente. Ello genera costos innecesarios y el peligro de duplicidad de jurisdicciones. Si bien, han existido casos donde la parte demandada judicialmente renuncia al arbitraje y ello da lugar a la continuación del juicio en las instancias judiciales, ello no puede implicar que deba siempre esperarse por la ratificación del compromiso arbitral. Ello puede derivar en un fraude procesal que es importante evitar.

Quizás una posición menos drástica podría ser la de admitir la demanda judicial y ordenar una especie de citación especial del demandado, únicamente con el objeto de permitirle ratificar o ignorar el compromiso arbitral, condenándose en costas al demandante en el caso de ratificarse. Pero siempre y cuando le esté vedado al juez decretar medidas cautelares, mientras esto sucede. Resulta injustificable que se dicten decisiones judiciales preventivas en conflictos donde existen compromisos arbitrales inequívocos.

Por último, no podemos dejar de advertir que la urgencia que puede requerir una medida cautelar no es excusa para acudir a la jurisdicción ordinaria en los casos donde exista un compromiso arbitral. Pues tanto en los arbitrajes institucionales como en los independientes existe la posibilidad de solicitar y obtener con suficiente premura y efectividad, las medidas cautelares que sean necesarias y procedentes para evitar que la decisión definitiva llegue demasiado tarde.

3. La multiplicidad de recursos contra los laudos arbitrales, desconociendo el criterio legalmente establecido y el núcleo esencial del arbitraje

Como hemos advertido, forma parte del núcleo esencial del derecho al arbitraje el respeto a la autonomía e independencia del criterio de los árbitros sobre el fondo de la controversia. Por tanto, debe estarle vedado a los tribunales ordinarios y Salas del Tribunal Supremo de Justicia la revisión del mérito del laudo correspondiente.

La intervención judicial en el arbitraje se encuentra limitada a la revisión de unas causales taxativas de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, con lo cual el mérito del conflicto es un espacio reservado a los árbitros. Si el legislador hubiese querido establecer una segunda instancia, tenía entonces que haberse apartado del modelo UNCITRAL y permitir una revisión judicial completa, tal y como sucede con las apelaciones ordinarias en los procesos judiciales.

Al respecto, Rodner ha señalado que:

La revisión que hace el tribunal superior cuando se intenta un recurso de nulidad, es una revisión de que no se han violado las causales de nulidad expresamente establecidas en el artículo 44 de la LA. El tribunal superior, al realizar esta revisión, aun cuando se haya incurrido en una de las causales de nulidad, **no tiene jurisdicción para revisar el contenido del laudo y su decisión se debe limitar exclusivamente a declarar la extinción (nulidad) del laudo**⁴.

⁴ James-Otis Rodner, "La Anulación del Laudo Arbitral", en: *Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca* (Caracas: TSJ, 2002), 821-881, <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/05/La-anulacion-del-laudo-arbitral.pdf>

El análisis de las causales de nulidad previstas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial revela claramente que la impugnación del laudo arbitral no puede referirse al fondo, sino a situaciones que tienen más bien que ver con la validez del compromiso arbitral, la indefensión en el proceso arbitral, o la verificación de la arbitrabilidad del asunto. Es decir, conforme a la opción escogida por la legislación nacional, el juez que va a conocer de la nulidad del laudo, no podría ni debería entrar a conocer sobre el fondo de la controversia, sino únicamente a verificar si se encuentran presentes algunas de las causales de nulidad previstas en la citada norma.

Esta había sido la posición inicial de la Sala Constitucional, en la conocida decisión del 30 de noviembre de 2011, recaída en el caso: Van Raalte, donde se destacó que:

...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 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.** (Subrayado añadido).

Lamentablemente, esta posición de la Sala Constitucional se ha modificado, mediante decisiones posteriores que han permitido el ejercicio de remedios constitucionales contra los laudos arbitrales, exacerbando en forma desproporcionada la constitucionalización del derecho y los poderes extraordinarios de la Sala Constitucional. Con ello, básicamente se permite interferir en el fondo de las controversias arbitrales, mediante la excusa de la tutela de derechos constitucionales. Y ello, como hemos visto antes, implica desconocer el hecho de que los árbitros también deben conocer y aplicar las normas constitucionales en sus decisiones, pues forma parte del ordenamiento jurídico⁵.

Así, en la decisión de fecha 14 de mayo de 2021, caso: Desarrollos Mercayag, se declaró procedente una acción de amparo constitucional, intentada contra un laudo arbitral que había sido dictado en el año 2015. Textualmente se declaró que:

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. (Subrayado añadido).

⁵ Para una revisión de las decisiones relacionadas con arbitraje puede verse la excelente recopilación de Pedro Rengel, *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela* (Caracas: Ediciones Travieso Evans, 2021).

En el mismo sentido, en la decisión de fecha 1 de noviembre de 2022, caso: Carrofert, la misma Sala Constitucional consideró lo siguiente:

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.**

Cónsono con lo supra expuesto, es importante destacar que 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.

El argumento utilizado no resulta muy convincente, pues la Sala estima que cuando los árbitros ejercen una función jurisdiccional (*juris dictio*, esto es, decir el derecho) se someten a la supremacía constitucional. Y ello justifica la posibilidad de que la Sala Constitucional revise cualquier laudo por errada o falta de aplicación de una norma constitucional, sin que ello pueda considerarse como una intervención del Poder Judicial. En otras palabras, para hacer valer la supremacía constitucional se requiere, en criterio de la Sala Constitucional, que ésta pueda conocer y revisar los laudos arbitrales, cuando es lo cierto que la supremacía constitucional es un principio aplicable en todos los procesos judiciales y arbitrales, correspondiéndole al juez o árbitro competente aplicar y dar preferencia a las normas constitucionales. Es decir, este principio no es exclusivo de la Sala Constitucional.

De igual forma, en la decisión de fecha 30 de abril de 2021, caso: Alimentos Polar, la misma Sala Constitucional señaló que:

...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. (Subrayado añadido).

Es decir, esta decisión abre la puerta a que también contra un laudo definitivo pueda ejercerse el recurso extraordinario de revisión constitucional, previsto en el numeral 10º del artículo 336 de la Constitución; incluso sin necesidad de que se haya agotado la vía ordinaria prevista en la Ley de Arbitraje Comercial, esto es, el recurso de nulidad. Esto trae, entre otras graves consecuencias: i) la posibilidad de que un laudo arbitral pueda ser cuestionado ante la Sala Constitucional, en cualquier momento, pues

no existe ninguna norma que establezca lapso de caducidad para el ejercicio de este remedio judicial extraordinario; y ii) la posibilidad de que la Sala Constitucional revise un laudo arbitral de oficio, es decir, sin que las propias partes lo hayan solicitado⁶.

Adicionalmente, la Sala Constitucional también ha considerado obligatoria la revisión del laudo arbitral que haya dispuesto la desaplicación de una norma jurídica, vía control difuso de constitucionalidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 25.12, 33 y 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, tal y como quedó establecido en la decisión de fecha 18 de octubre de 2018, caso: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Con ello se reitera la intervención judicial en el arbitraje, con la excusa de la supremacía constitucional.

Pero por si ello fuera poco, la jurisprudencia de la misma Sala Constitucional ha llegado a conocer de solicitudes de avocamiento frente a procesos que se encuentran en curso ante el tribunal arbitral, conforme a lo previsto en los artículos 25.16, 25.16, 31.1 y 106 al 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Y esta es quizás la mayor y más injustificada interferencia judicial en la jurisdicción arbitral, la cual pone en riesgo la utilidad y conveniencia de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos⁷.

Así, en la decisión de fecha 20 de febrero de 2020, caso: Alimentos Polar, la Sala Constitucional admitió una solicitud de avocamiento frente a un caso que se encontraba tramitándose ante un tribunal arbitral. Ello dio lugar a la remisión de todo el expediente, a los fines de que la Sala decidiese sobre la procedencia o no del avocamiento. Si bien en este mismo caso, la Sala Constitucional luego negó la procedencia del avocamiento (sentencia del 30 de abril de 2021), no quedó cerrada, al menos en nuestro criterio, la posibilidad de que puedan intentarse en el futuro solicitudes de avocamiento, cuando en criterio de la misma Sala, se presenten graves desórdenes procesales en el proceso arbitral⁸.

En suma, la Sala Constitucional ha admitido la posibilidad de ejercer varios remedios procesales, distintos al recurso de nulidad previsto en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, frente a decisiones, interlocutorias y definitivas de procesos arbitrales. Y a través de estos mecanismos judiciales se entra a conocer del fondo de la controversia, atentándose claramente contra la voluntad del legislador y contra la esencia misma del derecho al arbitraje.

⁶ Véase al respecto la decisión dictada por la Sala Constitucional en fecha 7 de octubre de 2005, caso: *Juan Bencomo*.

⁷ Sobre la figura del avocamiento judicial puede verse nuestro trabajo, Rafael Chavero Gazdik, *La Jurisdicción Constitucional en Venezuela* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana - Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, 2024).

⁸ Tampoco en la decisión de fecha 12 de diciembre de 2024, caso: *TCA Service*, se niega, con la rotundidad que ello amerita, la posibilidad de presentar solicitudes de avocamiento frente a la tramitación de un proceso arbitral.

No podemos desconocer que existen otros ordenamientos jurídicos donde se admite la posibilidad de que la intervención judicial se refiera al fondo de la controversia, al menos en determinadas situaciones. Así, por ejemplo, en la *English Arbitration Act*, se permiten las apelaciones ante las cortes de justicia sobre cuestiones relacionadas con el mérito o fondo del laudo. Igualmente, en los Estados Unidos, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de anular (no modificar) laudos arbitrales que incurran en errores manifiestos de derecho (*manifest disregard of law*)⁹.

Ahora bien, en esos ordenamientos jurídicos las partes conocen con antelación el alcance de los compromisos arbitrales y las consecuencias que de ello se deriva, con lo cual no puede hablarse de una independencia absoluta del sistema arbitral. Pero además, en estos sistemas existen unos criterios y estándares jurisprudenciales sólidos y uniformes que permiten dilucidar con relativa certeza la existencia de errores graves de fondo que pueden dar lugar a la nulidad de un laudo, por vía judicial.

Pero en el caso venezolano la legislación es muy clara. Y con base a ésta no es admisible la revisión judicial sobre el fondo de la controversia. Cuando los operadores jurídicos acuerdan un pacto arbitral aceptan resolver sus pleitos conforme a lo previsto en nuestra legislación e incluso reconocen, al menos, implícitamente, que los árbitros pueden equivocarse y a pesar de ello, no podrán recurrir a instancias distintas o superiores, salvo para anular el laudo por los motivos expresamente previsto en la ley.

El arbitraje puede implicar una decisión adversa para una de las partes (incluso para ambas), y eso hay que aceptarlo. Ello implica una autolimitación a revisiones posteriores sobre el mérito de lo decidido. Sin embargo, nuestra jurisprudencia constitucional se ha encargado de abrir enormes brechas, sin establecer estándares concretos, que permiten la revisión del mérito de las controversias que se plantean en arbitraje, bajo la excusa del control constitucional o la supremacía constitucional.

Con ello, en nuestro criterio, se está convirtiendo al arbitraje en una primera instancia, y por cierto costosa en algunos casos, donde una vez decidido el asunto se abre una batalla judicial, a través de remedios judiciales de control constitucional, mediante los cuales se puede anular y hasta modificar las decisiones de los tribunales arbitrales.

Por tanto, en definitiva, si un laudo es revisable por razones de constitucionalidad, entonces el Poder Judicial está llamado a tener la última palabra sobre el fondo de las controversias arbitrables, lo que desconoce lo previsto en la ley especial que rige la materia de arbitraje, así como la esencia misma de esta institución.

⁹ Véase, Devrim Celik, "Judicial review under the UK and US Arbitration Acts: Is arbitration a better substitute for litigation?", en: *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards* (London: Law Business Research, 2019).

Bajo esta situación, ¿Tiene entonces sentido la inversión económica que hacen las partes para resolver un asunto mediante arbitraje? ¿Logran así las partes sus objetivos principales de resolver sus conflictos en forma expedita y con árbitros especializados en determinadas materias? ¿Se logra el fin estatal de descongestionar y reducir los costos en el Poder Judicial?

Esto requiere, en nuestro criterio, de una urgente revisión de la normativa vigente, con miras a actualizar y sincerar los mecanismos de impugnación de los laudos arbitrales.

4. La multiplicidad de recursos frente a la decisión del recurso de nulidad contra los laudos arbitrales

Por último, debemos referirnos al hecho de que nuestra jurisprudencia constitucional reciente también ha admitido la posibilidad de ulteriores revisiones de las sentencias que resuelven los recursos de nulidad de laudos arbitrales.

En un principio, y bajo el criterio de la sentencia de la Sala Constitucional del 30 de noviembre de 2011, recaída en el caso: Van Raalte, se consideró que frente a la decisión del recurso de nulidad del laudo no resulta admisible el recurso de casación, previsto en el Código de Procedimiento Civil, el cual está destinado a depurar la correcta aplicación del derecho.

Sin embargo, luego de haber prohibido la posibilidad de recurrir en casación ante la Sala de Casación Civil, la Sala Constitucional en ese mismo fallo y en otros posteriores¹⁰, ha considerado que frente a las sentencias de los juzgados superiores que conozcan de los recursos de nulidad de laudos arbitrales resultan admisibles los remedios constitucionales de amparo constitucional y revisión extraordinaria de sentencias definitivas. Esta posición es defendida por un sector importante de la doctrina patria¹¹.

En nuestro criterio, no tiene sentido que se impida el control de la legalidad de la decisión judicial sobre el recurso de nulidad del laudo (recurso de casación), pero se permita libremente el control de la constitucionalidad de esas decisiones, mediante amparos o recursos de revisión. ¿Cómo justificar esta diferencia? ¿Simplemente por qué una Sala es más importante que otra? ¿O es que acaso el principio de *supremacía constitucional* implica que la Sala Constitucional puede conocer de cualquier asunto, así no tenga competencia legalmente establecida? Somos de la opinión que el legislador puede perfectamente limitar la recurribilidad de los laudos arbitrales a una única instancia.

¹⁰ Decisión de fecha 30 de abril de 2021, caso: *Alimentos Polar*.

¹¹ Véase Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020), 427.

Bajo el sistema establecido en la *Ley de Arbitraje Comercial* no tiene sentido que la sentencia del recurso de nulidad pueda ser objeto de recursos ulteriores, así se basen en el control de la *Constitución*, pues ya los árbitros conocieron y decidieron con base a todo el derecho. Y de aceptarse la posibilidad de revisar esos fallos judiciales, no debería permitirse que la Sala Constitucional entre a conocer de la controversia original ventilada en el arbitraje; sino que el control constitucional se limite a verificar si el juez que conoció de la nulidad del laudo vulneró alguna disposición judicial.

Pero es lo cierto que bajo los criterios jurisprudenciales que maneja la Sala Constitucional, pareciera que no puede existir ninguna decisión judicial que se escape de su control, pues en definitiva, ésta ha pasado a asumir un importante y exagerado cúmulo de competencias que no le fueron atribuidas por ley, mediante la excusa de ser el último intérprete de la *Constitución*¹². Precisamente por ello, nos encontramos ante una realidad que pregona la constitucionalización absoluta del derecho y de los litigios en general.

De allí que, bajo la posición jurisprudencial de la Sala Constitucional, las decisiones de los tribunales superiores que conocen de los recursos de nulidad contra laudos arbitrales, de conformidad con lo previsto en los artículos 43 y siguientes de la *Ley de Arbitraje Comercial*, pueden ser objeto de acciones de amparo constitucional o recursos extraordinarios de revisión. Habrá que aceptar, entonces, que la última palabra de las controversias sujetas a arbitraje la tiene la Sala Constitucional.

5. Algunas conclusiones y sugerencias de lege ferenda

La intención de estas breves líneas ha sido la de identificar algunas injustificadas injerencias del Poder Judicial en el ámbito natural y esencial del arbitraje, lo que constituye un grave riesgo para su efectiva operatividad.

Así, en primer lugar, hemos visto como la jurisprudencia de instancia suele desconocer la existencia de compromisos arbitrales, al considerar que los tribunales arbitrales no pueden conocer de argumentos constitucionales. Ello constituye un grave error que puede prácticamente eliminar este mecanismo de resolución de disputas, al hacerlo depender de los argumentos que presenten las partes en las futuras controversias. Así, al alegarse una violación de un derecho constitucional, pareciera eliminarse el compromiso suscrito por las partes.

¹² Para un análisis de nuestro sistema de justicia constitucional, puede verse, Rafael Chavero Gazdik, *La Jurisdicción Constitucional en Venezuela*, ob. cit.

Por otra parte, hemos afirmado que la protección del núcleo esencial del derecho al arbitraje implica el respeto a la autonomía e independencia de la decisión sobre el fondo del asunto, por parte del tribunal arbitral. Lo contrario implica considerar al arbitraje como una primera o preliminar instancia, con lo cual todo termina resolviéndose en los tribunales o salas del Poder Judicial.

Sin embargo, hemos visto como la jurisprudencia de la Sala Constitucional entiende que bajo el argumento de la supremacía constitucional ésta puede conocer de recursos intentados directamente contra los laudos arbitrales directamente, o contra las sentencias que resuelvan los recursos de nulidad que se ejerzan frente a las decisiones de los árbitros.

Ello implica que los conflictos sometidos a arbitraje no terminan con los laudos o los recursos de nulidad que se ejerzan frente a ellos, pues hay que considerar que la Sala Constitucional podrá asumir el conocimiento del asunto, e incluso del mérito de la controversia, mediante distintos remedios procesales.

A nuestro juicio esto genera una distorsión inaceptable en el sistema previsto en la ley especial que rige la materia arbitral, eliminándose las ventajas que trae a nuestro sistema de justicia (decisores especializados; reducción del tiempo del litigio; descongestionamiento del aparato judicial; entre otras).

Por ello, consideramos que se requiere de medidas urgentes para evitar la judicialización exagerada del arbitraje. Y la más importante debe ser la reforma y actualización de la Ley de Arbitraje Comercial, pues fue promulgada antes de la vigencia de la actual Constitución y de la creación de la Sala Constitucional. Y entre las consideraciones que deben abordarse en esta reforma, encontramos:

- La necesidad de revisar el sistema recursivo frente a los laudos arbitrales. Debe replantearse la competencia de los juzgados superiores civiles para conocer de los recursos de nulidad. Si lo que se quiere es tener una sola instancia judicial para verificar la existencia de algún motivo de anulación, debe entonces pensarse en la posibilidad que sea la Sala de Casación Civil; un panel de jueces integrados por magistrados de distintas Salas o la propia Sala Constitucional.
- Debe abordarse la posibilidad de que las partes puedan escoger sus propios mecanismos de impugnación en los respectivos compromisos arbitrales, como podría ser un panel arbitral de apelación o, incluso, la posibilidad de eliminar la revisión judicial (incluyendo la constitucional), salvo determinados supuestos taxativos.
- Si en definitiva se va a aceptar la revisión judicial de los laudos, es importante entonces abordar con sinceridad y claridad las causales de nulidad, a los fines de precisar si éstas pueden referirse al fondo del asunto y en qué supuestos. Habría que analizar si es conveniente incorporar conceptos como “el error grave o inexcusable de derecho”, asumiendo el riesgo de una mayor judicialización.

- Es importante buscar mecanismos más eficientes para superar los obstáculos que se han presentado frente al desconocimiento judicial del principio competencia-competencia. La ley debe ser más clara y contundente para evitar el desconocimiento de los compromisos arbitrales.

Son estos algunos de los puntos que deben revisarse para afrontar el grave riesgo que corre esta importante institución frente al exceso de intervención judicial. Pero mantener el *status quo* va en detrimento de la seguridad jurídica que se requiere para el eficiente funcionamiento del arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

Badell Madrid, Rafael, *Derecho Procesal Constitucional*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.

Celik, Devrim, "Judicial review under the UK and US Arbitration Acts: Is arbitration a better substitute for litigation?", en: *The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards*. London: Law Business Research, 2019.

Chavero, Rafael, *La Jurisdicción Constitucional en Venezuela*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana - Academia de Ciencias Políticas y Jurídicas, 2024.

Díaz-Candia, Hernando, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje (Teoría general del arbitraje)*. Caracas: Legis, 2011.

Rengel Nuñez, Pedro, *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela*. Caracas: Ediciones Travieso Evans, 2021.

Rodner, James-Otis "La Anulación del Laudo Arbitral", en: *Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca*. Caracas: TSJ, 2002. <https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2021/05/La-anulacion-del-laudo-arbitral.pdf>

Importancia del Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional para el Desarrollo de la Doctrina en Materia Arbitral

Victor Hugo Guerra H.*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 255-265

Resumen: En este breve artículo, hago una reseña de la labor que cumplen algunas organizaciones internacionales para el desarrollo del conocimiento en materia de negocios, y del arbitraje internacional, como medio de solución alternativa de conflictos. Incluyo la descripción del Grupo de Trabajo de Cumplimiento, que funciona en el Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional, Grupo que viene realizando, desde el 2021, una ardua labor para la construcción de capacidades y la divulgación del conocimiento, en la comunidad profesional que se dedica al derecho de los negocios, mercantil y de arbitraje, con un enfoque particular hacia la atención de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs).

Palabras clave: Arbitraje. Negocios. Cumplimiento. Doctrina internacional.

Importance of the ICC Institute of World Business Law for the Development of Doctrine in Arbitration Matters

Abstract: In this brief article, I review the work carried out by some international organizations for the development of knowledge in business matters, and international arbitration, as a means of alternative dispute resolution. I include the description of the Compliance Working Group, which operates within the Institute of World Business Law of the International Chamber of Commerce, a Group that has been developing, since 2021, an arduous task of building capacity and disseminating knowledge, in the professional community dedicated to business, commercial and arbitration law, with a particular focus on serving small and medium-sized enterprises (SMEs).

Keywords: Arbitration. Business. Compliance. International doctrine.

Autor invitado

* Of Counsel de la Firma Internacional Cremades & Calvo-Sotelo. Ex-Director Legal de Philip Morris International 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 (VenAm-Cham). Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Miembro de la Junta Directiva del Instituto de Negocios de la ICC, y Global Head de su Compliance Task Force. 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 <https://www.linkedin.com/in/victorhguerrah/vh.guerra@cremadescalvosotelo.com> / <https://www.cremadescalvosotelo.com/>

Importancia del Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional para el Desarrollo de la Doctrina en Materia Arbitral

Victor Hugo Guerra H.*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 255-265

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. ¿Qué es el Instituto de Derecho Mercantil Global? 2. El “*compliance*” o cumplimiento. ¿Qué es y cuál es la función del Grupo de Trabajo de Cumplimiento? 3. Breve referencia a las fuentes auxiliares del Derecho. Decisiones judiciales y la doctrina internacional y su relación con la labor del Instituto. 4. Palabras finales. BIBLIOGRAFÍA.

“...La diversidad es una fortaleza clave de la Corte de la CCI y es esencial para la legitimidad del arbitraje internacional. Con la Corte de la CCI más diversa de su historia, con 195 miembros de 120 países y mujeres en su mayoría, debemos asegurarnos de beneficiarnos de la gama completa de experiencias y perspectivas. Esto requiere hacer todo lo posible para crear un espacio seguro e inclusivo que permita a todos ser ellos mismos en la Corte y en la comunidad de arbitraje internacional en general, de modo que reflejemos a la comunidad empresarial global...”

Claudia Salomon¹

INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas expondré algunos aspectos que considero relevantes en relación con el papel que cumplen las organizaciones internacionales de diversa índole para el desarrollo colectivo de la humanidad, y la conservación de la Paz en el planeta.

* Of Counsel de la Firma Internacional Cremades & Calvo-Sotelo. Ex-Director Legal de Philip Morris International 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, y Global Head de su Compliance Task Force. 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 <https://www.linkedin.com/in/victorhguerrah/> / vh.guerra@cremadescalvosotelo.com / <https://www.cremadescalvosotelo.com/>

¹ Entrevista a Claudia Salomon en: “In Conversation with Claudia Salomon, President ICC, International Court of Arbitration” realizada por Bhumika Indulia, Diciembre 21, 2022. Enlace <https://www.sconline.com/blog/post/2022/12/21/in-conversation-with-claudia-salomon-president-of-the-icc-international-court-of-arbitration/>

En este sentido, presentaré la labor que realiza el Instituto de Derecho Mercantil Global o, en inglés *Institute of World Business Law*, de la Cámara de Comercio Internacional o, en inglés la *International Chamber of Commerce*, en lo sucesivo el "Instituto" y la "ICC", ambos con sede en París, Francia.

Les voy a presentar, específicamente, la labor que realizamos desde el Grupo de Trabajo de Cumplimiento, o el *Compliance Task Force*, el cual tengo el honor de presidir desde enero del 2024.

Cerraré esta nota con una reflexión sobre la importancia que tiene la doctrina internacional, como fuente del Derecho, y con mi acostumbrado balance y perspectivas.

Agradezco una vez más la generosa invitación de mi colega Wilfredo Monsalve García a participar en esta nueva edición Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, a cargo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA)².

1. ¿Qué es el Instituto de Derecho Mercantil Global?

Tal y como lo ha indicado Claudia Salomon en sus diversas conferencias y entrevistas, hoy la ICC, con más de un siglo de existencia, se presenta como una organización más diversa e inclusiva³.

Si bien aún hay un largo camino que recorrer, sin duda el acercamiento de los sistemas del derecho civil y anglosajón -desde distintas jurisdicciones-, y la participación cada vez mayor de profesionales originarios de las regiones del sur del planeta -América Latina, África y Países Árabes-, van haciendo cada vez mas global la misión, objetivos e iniciativas de la ICC y de sus distintos órganos, como el Instituto.

El Instituto es una de las instituciones especializadas de la ICC que, junto con la Corte que presta los servicios de solución de controversias, se ocupa de la formación y el intercambio de conocimientos y experiencia en cuestión de arbitraje, de derecho mercantil internacional, y más recientemente de temas de "*compliance*" o cumplimiento/conformidad⁴.

Las funciones principales del Instituto son:

- I. Fomentar el estudio de temas y cuestiones jurídicas relativas a los negocios internacionales.

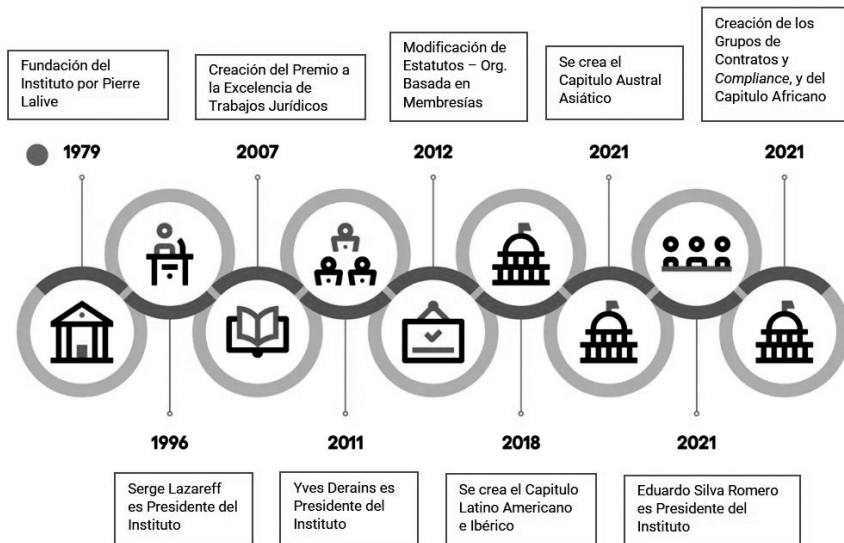
² Recomiendo estar atentos a las publicaciones de esta importante Asociación profesional en <https://avarbitraje.com/>

³ La ICC se fundó en París, Francia en 1919 para prestar servicios a los negocios mundiales, mediante la promoción del comercio y la inversión, el mercado abierto de bienes y servicios, y el flujo libre del capital. Por su parte la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC se creó en 1923. Enlace <https://iccwbo.org/>

⁴ Véase la página oficial del Instituto en <https://iccwbo.org/dispute-resolution/professional-development/icc-institute-of-world-business-law/>

- II. Fomentar un conocimiento más amplio de la legislación y las prácticas de los negocios internacionales.
- III. Fortalecer los vínculos entre los profesionales de negocios internacionales, académicos e investigadores.
- IV. Ofrecer a abogados, representantes empresariales y estudiantes de derecho un medio para profundizar su conocimiento de las técnicas jurídicas del comercio internacional y permitirles aplicarlas en la práctica.

A continuación, presento un gráfico que describe los principales hitos del Instituto:



Vale la pena resaltar que el Instituto trabaja durante todo el año para organizar una amplia gama de capacitaciones y eventos, presenciales, en línea y en formato híbrido, la mayoría de los cuales están abiertos, de forma gratuita a quienes no son miembros del Instituto.

En este sentido, y además de los llamados “*One-Day-Trainings*” o entrenamientos de un día, en temas técnicos especialmente orientados hacia el arbitraje, el Instituto desarrolla sus actividades académicas a través de tres grupos de trabajo o “*task forces*”. Estos grupos son: i. contratos internacionales; ii. arbitraje; y iii. “*compliance*” o cumplimiento. Este último, lo explicaré en mayor detalle en la siguiente sección.

Finalmente, es importante tener en cuenta la conferencia anual del Instituto, que la oportunidad para que los expertos legales deliberen sobre un tema de actualidad y contribuyan a la reflexión sobre nuevas prácticas en el arbitraje internacional. Esta conferencia anual reúne a profesionales de todo el mundo, personas de los negocios, abogados y académicos internacionales para deliberar sobre un tema específico.

Los temas centrales de las conferencias anuales, y desde el año 2000, han incluido aspectos relacionados con la protección de los negocios globales e inversiones; la prevención de la corrupción y el lavado de activos; los aspectos específicos de los procedimientos en el arbitraje internacional y la prevención de disputas en los casos internacionales. Así, por ejemplo, el tema del 2024 fue sobre la “*Res Judicata, preclusión de la demanda, preclusión de la cuestión y división de la demanda*”; y, en el 2023 giró en torno a la “*Buena fe en el arbitraje internacional: ¿un camaleón versátil?*”.

2. El “*compliance*” o cumplimiento. ¿Qué es y cuál es la función del Grupo de Trabajo de Cumplimiento?

Quisiera primero comenzar explicando algunos aspectos relacionados con el “*compliance*” o cumplimiento. Así, una definición común de cumplimiento es el acto o proceso de cumplir con una solicitud, demanda, propuesta o régimen, voluntariamente o mediante coerción.

Una definición más técnica la brindan las Reglas de la ICC para Combatir la Corrupción, y se refiere a “...cumplir con las leyes, regulaciones, directrices y estándares relevantes para una industria o sector en particular. Implica adherirse a las reglas prescritas y cumplir con las obligaciones para asegurar una conducta legal y ética en las operaciones comerciales. Además, es crucial asegurar que las organizaciones operen con integridad y responsabilidad”.⁵

En general el “*compliance*” o cumplimiento puede abarcar diversos aspectos, tales como: i. Cumplimiento Normativo; ii. Cumplimiento Financiero; iii. Cumplimiento de Privacidad de Datos; iv. Cumplimiento Ambiental; y v. Cumplimiento Interno. Adicionalmente, el cumplimiento abarca, no sólo las leyes y regulaciones aplicables, sino también los códigos, políticas y prácticas internas, como, por ejemplo, documentos generalmente llamados “Código de Conducta” o “Guía para el Éxito Empresarial”.

El diseño y la implementación de un programa de cumplimiento anticorrupción es de por sí demandante, y puede ser particularmente difícil para las pequeñas y medianas empresas (PYMES). En muchas jurisdicciones, las leyes y regulaciones nacionales brindan definiciones vagas o no describen los requisitos formales para el cumplimiento anticorrupción. Como resultado, las PYMES a menudo se encuentran navegando en un panorama complejo con orientación limitada.

Por ello, para el Grupo de Trabajo de Cumplimiento o, el *Compliance Task Force*, del Instituto las PYMES han sido un principal punto de interés en nuestra misión de divulgación del conocimiento y construcción de capacidades.

⁵ Véase ICC Rules on Combating Corruption 2023 Edition. Disponibles en: ICC Rules on Combating Corruption - ICC - International Chamber of Commerce (iccwbo.org).

Pero ¿qué es y cuál es la función del Grupo de Trabajo de Cumplimiento?

El Instituto creó en el 2021, un Grupo de Trabajo sobre Cumplimiento para examinar las numerosas cuestiones relacionadas con el cumplimiento normativo. El *Compliance Task Force* es un equipo de trabajo especializado que se formó para abordar las tareas, desafíos y problemas específicos en temas de cumplimiento.

Nuestro Grupo está integrado por miembros del Instituto, con diversas habilidades y experiencias, siendo nuestro principal objetivo, alineados con la misión del Instituto y de la ICC, proveer conocimiento y construir capacidades en los temas de cumplimiento de forma clara, integral y eficiente.

Los temas de cumplimiento son de interés para todas las empresas que intentan abrirse camino en un mundo normativo complejo, diverso y dinámico. Nuestro Grupo de Trabajo se estableció entonces para desarrollar las capacidades y promover el comercio internacional mediante la identificación de problemas de cumplimiento normativo, en particular para las PYMEs, y ofrecer soluciones desde una perspectiva jurídica especializada.

Así, desde el 2023, nuestro Laboratorio sobre Cumplimiento Normativo, ha brindado conocimientos básicos, pero comprensivos y completos, a las PYMEs sobre cumplimiento normativo, con el propósito de ayudarlas a administrar mejor los riesgos de incumplimiento.

La labor de nuestro Grupo de Trabajo es transversal a cualquier tipo de industrias, y abordamos los temas del cumplimiento desde una visión 360, que contribuye a reforzar, y en algunos casos a crear, una cultura sostenible sobre estos temas. Nuestro objetivo es que además de brindar conferencias y entrenamientos en línea y *webinars*, produzcamos material escrito que pueda ser consultado gratuitamente por cualquier interesado, empresarios, abogados, académicos, etc. En este sentido, resalto dos documentos desarrollados por nuestro Grupo: i. la *"Sanctions: Basic Guide for SMEs"* (Oct. 2022)⁶; y ii. las *"Conclusions of the ICC Institute SME Labs. Basics on Compliance"* (Nov. 2024), y disponible en línea en Diciembre 2024.⁷

⁶ Véase <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/sanctions-basic-guide-for-smes/>

⁷ Véase *ICC Institute activities - ICC - International Chamber of Commerce* Este documento, incluye entre otros aspectos, Una introducción al Compliance para PYMEs; un grupo de preguntas relevantes, tales como ¿qué significa y abarca exactamente el término "función de cumplimiento"? , ¿qué es un "programa de cumplimiento"? , ¿el tamaño de la empresa es relevante para crear una función y un programa de cumplimiento?, ¿cuáles son los elementos esenciales, los recursos y los costos relacionados con el desarrollo de una función y/o un programa de cumplimiento? ¿qué tipos de fuentes/directrices/regulaciones y otros recursos existen para ayudar a las empresas que están interesadas en desarrollar una función y/o programa de cumplimiento eficiente? ¿Cuáles son algunas conclusiones para las PYME al desarrollar sus funciones y/o programas de cumplimiento? Y, también ejemplos de cláusulas modelo y un buen anexo de referencias en línea y gratuitas.

Por último, quiero resaltar que, a partir del 2025 en la página oficial del Instituto, estarán disponibles y de manera gratuita, todas las grabaciones de los *webinars* que venimos desarrollando desde el 2023. Ello para que todos los interesados que no pudieron participar en su momento, y, para los que ya participaron, puedan verlas y volver a revisar la información y conceptos presentados durante cada una de estas sesiones.

3. Breve referencia a las fuentes auxiliares del Derecho. Decisiones judiciales y la doctrina internacional y su relación con la labor del Instituto

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38 establece las fuentes, tradicionalmente del Derecho Internacional Público, de la siguiente manera:

- I. Tratados internacionales: Los acuerdos escritos entre Estados que crean normas vinculantes.
- II. Costumbre internacional: Prácticas generales aceptadas como derecho.
- III. Principios generales del derecho: Principios jurídicos reconocidos por las naciones civilizadas.
- IV. La jurisprudencia de la Corte: Las decisiones previas de la Corte Internacional de Justicia, que pueden ser usadas como precedentes.
- V. Y, la doctrina: Los trabajos de los más altamente cualificados en materia de derecho internacional, como los juristas, académicos y expertos en la materia.

Los autores han indicado que las decisiones judiciales y la doctrina constituyen medios auxiliares para la determinación de las reglas de Derecho. Constituyen bajo los términos del artículo 38, fuentes auxiliares, no formales, del Derecho y en tal sentido, contribuyen a la constatación de este.⁸

En el caso específico de las decisiones judiciales habría que agregar lo dispuesto en el artículo 59 del Estatuto, el cual señala: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido."

Según este artículo, algunos han señalado que los jueces no pueden crear Derecho sino sólo aplicarlo. En mi opinión, el juez no es un autómatá programado solamente para aplicar la norma jurídica y, en consecuencia, limitarse a constatar las reglas de Derecho. Hoy, tanto en los sistemas anglosajones, como en los civiles, apreciamos la clara creación de Derecho por parte de los jueces. Los anglosajones desde sus mismos inicios, a través del llamado *common law*, y en los civiles sobre todo a través de la actividad judicial realizada por las Cortes Constitucionales y Consejos de Estado.

⁸ Víctor Hugo Guerra H.: Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado. Artículos 8 del Código de Procedimiento Civil y 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2000, pp. 104 y ss.

El juez cuando decide emite juicios de valor con contenido jurídico, que en mayor o menor medida le permiten crear Derecho. Y, a estas afirmaciones no escapan los Magistrados de la Corte Internacional de Justicia.

Además, y, no obstante, el hecho de que no son consideradas fuentes directas las decisiones judiciales de la Corte tiene una influencia considerable a la hora de buscar las reglas de Derecho, y ello se debe, en parte, al alto grado de profesionalidad y formación jurídica de los Magistrados que la componen.⁹

Cabe también resaltar que en el plano de las decisiones judiciales la Corte Internacional de Justicia procura mantener una cierta uniformidad, respetando, en la medida de lo posible, sus propios precedentes en casos similares. Ello, a pesar de no existir una regla que le ordene hacerlo. Esta conducta de los Magistrados de la Corte ha creado seguridad jurídica, desde su propia creación en 1945, y siendo la continuadora, a partir de 1946, de la labor que desempeñó la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el período entre guerras mundiales.

Por su parte, la doctrina de los publicistas adquiere un valor que quizás ella no tiene en otras disciplinas jurídicas. Tal vez por la naturaleza y dinamismo del Derecho Internacional, y la propia fragilidad del sistema jurídico internacional, en cuanto a la distinción entre la *lex lata* y la *lex ferenda*.¹⁰

Sin embargo, la doctrina internacional es, al menos en nuestros tiempos, y en mi opinión, una fuente material del Derecho y, a diferencia de las decisiones judiciales, no es una fuente de creación de soluciones jurídicas al estilo de una norma legal.

Lo que no hay que perder de vista es que los procesos de codificación en nuestros días son más intensos, dinámicos y complejos que en el pasado. Ello hace que el valor que, en un momento determinado, tenía cierto tipo de fuentes se vea relegado, para dar paso a otros tipos de fuentes de Derecho, que van a responder mejor y de manera más efectiva a las necesidades y el conflicto entre partes.

Pensemos, por ejemplo, el auge que ha tomado la *lex mercatoria* en los procesos arbitrales; o, los ejemplos de *soft law* representados por las resoluciones de los organismos internacionales, e incluso en temas más concretos, la normativa estándar aprobada por la ISO.¹¹

La doctrina internacional es entonces un valioso instrumento, conformado por estudios de alta tecnicidad jurídica, que contribuyen en la labor de la interpretación de las reglas de Derecho que realiza el operador jurídico a la hora de resolver una controversia,

⁹ Michael Akehurst: *A modern introduction to international law*. Routledge, Londres, Nueva York, 1992, pp. 36.

¹⁰ Weil Prosper: *Cours général de droit international public*, en *Recueil de Cours*, 1992 VI, T. 237, pp. 140 y 141.

¹¹ Victor Hugo Guerra: *El uso del Soft Law y la Lex Mercatoria en el Derecho Marítimo del Siglo XXI* En: Libro Homenaje a Tulio Alvarez. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, Venezuela, 2022.

bien sea en jurisdicción ordinaria o a través de los medios alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje internacional.

En mi opinión, el trabajo que realiza el Instituto de Derecho Mercantil Global de la Cámara de Comercio Internacional, y que se presenta de forma escrita, a través de los diversos documentos que genera el Instituto, constituyen ejemplos claros de esa doctrina internacional, a la que se refiere, de manera genérica, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estos documentos del Instituto son la consecuencia de análisis, estudios, reuniones y aprobaciones de muy alto nivel, realizadas por expertos en las diversas materias, que gozan además de la publicidad que permite colocarles gratuitamente en la red.¹²

4. Palabras finales

La doctrina internacional tiene gran importancia como una fuente material del Derecho que contribuye a complementar otras fuentes de Derecho Internacional como los tratados y la costumbre. Cumple además un papel orientador, pues proporciona a los operadores jurídicos, como a la Corte Internacional de Justicia, pero también a los árbitros en los procesos de arbitraje internacional, perspectivas sobre la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, particularmente las internacionales.

La doctrina internacional contribuye a la evolución y el refinamiento del Derecho, en nuestro caso del Derecho Internacional, a través de la reflexión académica, la investigación y producción jurídica de los temas de actualidad cuya complejidad requiere de la labor de expertos.

Para la Cámara de Comercio Internacional este papel doctrinal lo cumple en gran medida el Instituto de Derecho Mercantil Global. El Instituto desempeña una extraordinaria labor de divulgación del conocimiento y la construcción de capacidades, que como hemos dicho antes, abarca distintos tópicos generales como el "*compliance*", los contratos internacionales y el arbitraje en especial.

Espero que este breve artículo sirva a los lectores para conocer y vincularse más a las diversas opciones que ofrece el Instituto, y a conocer sus productos y trabajo, en favor de la comunidad empresarial, jurídica y de la academia en general.

¹² Otros ejemplos de doctrina internacional pueden ubicarse en los productos/resultados de la labor que desarrollan las asociaciones que agrupa la sociedad y sello del *Max Planck Institutes and Experts*. Ver <https://www.mpg.de/institutes>

BIBLIOGRAFÍA

AKEHURST Michael: A modern introduction to international law. Routledge, Londres, Nueva York, 1992.

Asociación Venezolana de Arbitraje AVA <https://avarbitraje.com/>

Conclusions of the ICC Institute SME Labs. Basics on Compliance (Nov. 2024) <https://iccwbo.org/dispute-resolution/professional-development/icc-institute-of-world-business-law/icc-institute-activities/#block-accordion-1>

Entrevista a Claudia Salomon en: "In Conversation with Claudia Salomon, President ICC, International Court of Arbitration" realizada por Bhumika Indulia, Diciembre 21, 2022. Enlace <https://www.sconline.com/blog/post/2022/12/21/in-conversation-with-claudia-salomon-president-of-the-icc-international-court-of-arbitration/>

GUERRA H. Víctor Hugo: Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado. Artículos 8 del Código de Procedimiento Civil y 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2000.

_____: El uso del Soft Law y la Lex Mercatoria en el Derecho Marítimo del Siglo XXI En: Libro Homenaje a Tulio Alvarez. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, Venezuela, 2022.

International Chamber of Commerce <https://iccwbo.org/>

Instituto de Derecho Mercantil Global <https://iccwbo.org/dispute-resolution/professional-development/icc-institute-of-world-business-law/>

ICC Rules on Combating Corruption 2023 Edition <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-rules-on-combating-corruption/>

Max Planck Institutes and Experts <https://www.mpg.de/institutes>

PROSPER Weil: Cours général de droit international public, en Recueil de Cours, 1992 VI, T. 237.

Sanctions: Basic Guide for SMEs <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/sanctions-basic-guide-for-smes/>

ARTÍCULOS
Autores participantes
de la convocatoria

Oposición de tercero al laudo cautelar en arbitraje comercial

Fernando Baralt*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 269-303

Resumen: Es indudable que el tribunal arbitral, para el desarrollo de su función natural de asegurar paz social mediante la composición de litigios y la solución de controversias, debe estar provisto de poder cautelar. La decisión cautelar del tribunal arbitral tiene naturaleza de laudo parcial, respecto del cual el tercero agraviado, en atención al principio de oponibilidad del acuerdo arbitral y al carácter *iusfundamental* de la oposición, tiene el derecho de impugnarlo a través del recurso de primer grado de oposición ante el tribunal arbitral, provocando un examen nuevo de la legalidad y justicia de la decisión cautelar, o bien fundado en la propiedad o la posesión como bases de su legitimación a la causa y presupuestos de procedibilidad del remedio procesal.

Palabras clave: relatividad del acuerdo arbitral, laudo cautelar, oposición de tercero.

Third-Party Objection to Provisional Awards in Commercial Arbitration

Abstract: *There is no doubt that the arbitration court, in order to carry out its natural function of ensuring social peace through the resolution of disputes, must be provided with precautionary power. The precautionary decision of the arbitral tribunal has the nature of a partial award, with respect to which the aggrieved third party, in accordance with the principle of enforceability of the arbitration agreement and the fundamental character of the opposition, has the right to challenge it through the first-degree appeal of opposition before the arbitral tribunal, causing a new examination of the legality and justice of the precautionary decision, either based on property or possession as bases of its legitimation to the cause and assumptions of the advisability of the procedural remedy.*

Keywords: *relativity of the arbitration agreement, precautionary award, third party opposition.*

Recibido: 17/9/2024

Aprobado: 29/11/2024

* Profesor de Derecho Civil (Contratos), Derecho Procesal Civil I, Tutela de los Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

Oposición de tercero al laudo cautelar en arbitraje comercial

Fernando Baralt*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 269-303

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Relatividad y oponibilidad del acuerdo arbitral e intervención de tercero en el proceso arbitral. 2. Fenomenalidad de la decisión cautelar del tribunal arbitral. 3. ¿Cuáles son las vías de impugnación admisibles contra el laudo cautelar? 4. Derecho de oposición a la providencia cautelar en el derecho procesal. 5. Oposición de tercero al laudo cautelar. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La hipótesis de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje no supone la negación de su origen convencional que constituye, de hecho, una de sus propiedades esenciales, indispensable a fin de encontrar un sentido de entendimiento sistemático para este particular fenómeno de la experiencia jurídica.

El sustrato contractual del arbitraje plantea, cuando menos teóricamente, cuestionamientos referidos a la posibilidad del tribunal arbitral de providenciar y ejecutar medidas de naturaleza cautelar, sobre todo respecto de su efectividad sobre la esfera de derechos e intereses del tercero que eventualmente pueda verse afectado por la ejecución del laudo cautelar, ya que una de las características sustanciales de todo contrato es la limitación de sus efectos vinculantes entre partes.

La relatividad del acuerdo arbitral en este respecto presenta una lectura anfibia. Así como el tercero en principio no está obligado por el acuerdo arbitral y, por tanto, no se encuentra sujeto a las decisiones del tribunal arbitral, las partes del contrato arbitral tampoco estarían obligadas a aceptar la intervención del tercero en el proceso arbitral.

Sin embargo, lo cierto es que en abstracto es posible imaginar múltiples escenarios en los cuales la ejecución de una medida cautelar dictada en un proceso arbitral pueda afectar de forma mediata o inmediata la esfera de derechos e intereses de un tercero, situación que se traduciría procesalmente en un agravio generador de interés para intervenir en procura de la defensa personal.

* Profesor de Derecho Civil (Contratos), Derecho Procesal Civil I, Tutela de los Derechos Humanos y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela.

El panorama que se dibuja trae consigo serias interrogantes no sólo de índole contractual, sino también procesal y de derechos humanos que, si se enmarcan en un orden legal donde el arbitraje forme parte del sistema de justicia o bien se acepte de forma general que participa con la justicia estatal en el desarrollo de la función jurisdiccional, puede plantear adicionalmente la necesidad de abordar el tema también tomando en consideración quién se encuentra en la mejor posición para resolver sobre la oposición de quien no es parte en el proceso arbitral: ¿el árbitro que providenció la cautela o el juez ordinario que la ejecutará?

El tema que se propone va más allá del problema, de por sí complicado, referido a la extensión del acuerdo de arbitraje al tercero afectado por el laudo cautelar o a la posibilidad del tercero de oponer su intervención a las partes y al tribunal en el proceso arbitral, pues requiere de un estudio particular del fenómeno cautelar en el contexto del arbitraje comercial, que se desarrollará a través de una investigación de tipo documental y corte monográfico, a nivel descriptivo, la cual buscará realizar ciertas precisiones de forma general o abstracta, para luego abordar los diferentes tópicos con énfasis en el ordenamiento legal venezolano.

1. Relatividad y oponibilidad del acuerdo arbitral e intervención de tercero en el proceso arbitral

El arbitraje supone, en primer orden, un fenómeno de naturaleza contractual. Caer en cuenta de ello, aunque parezca una verdad de Perogrullo, resulta importante al tiempo de dar un sentido de entendimiento a determinadas situaciones relativas a sus implicaciones procesales, como la intervención de tercero en el proceso arbitral, una expresión que a los fines de esta investigación se emplea para aglutinar por intermedio suyo los dos escenarios hipotéticamente posibles de participación de un tercero en el arbitraje, ora porque el acuerdo arbitral le sea extensible directamente como parte no signataria, ora porque tenga un interés legítimo y actual en el litigio aún cuando los efectos del contrato de arbitraje no le sean prolongables inmediatamente.

Partiendo de la naturaleza contractual del fenómeno arbitral se puede afirmar que el acuerdo de arbitraje está ordenado por el principio de relatividad de los contratos, recogido en Venezuela en los artículos 1.159 y 1.166 de la Ley de Reforma Parcial del Código Civil (en adelante "Código Civil")¹, según los cuales, respectivamente, «[l]os contratos tienen fuerza de Ley entre las partes», de suerte que «no tienen efecto sino entre las partes contratantes[,] no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la Ley».

Desde luego, la relatividad es una propiedad que se puede deducir y predicar de forma general del carácter "personal" de las obligaciones (*res inter alios acta*). En sede

¹ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.990 Extraordinario, de 26 de julio de 1982.

de contratos, de manera particular, se podría agregar que encuentra justificación en la necesidad de voluntades recepticias para el perfeccionamiento del negocio bilateral.

En ese orden de ideas Mélich-Orsini señala que «si la fuerza obligatoria del contrato, [...] tiene su fundamento en la autonomía privada de todo sujeto para regular sus propios intereses, resulta obvio que tal obligatoriedad afecte tan sólo [a] las propias "partes" entre las cuales se ha producido el consentimiento»².

Si ello es así, argumento *a contrario sensu* y como regla general, los sujetos que no participen en la formación del contrato ni intervengan de manera alguna en el decurso de su existencia posterior, no tendrían motivos para quedar obligados por su través.

En cuanto a las implicaciones procesales de la relatividad del acuerdo de arbitraje, el maestro Henríquez La Roche sostiene que:

Desde esta perspectiva se comprende que el proceso arbitral es consecuencia directa del acuerdo de arbitraje; es soportado por la manifestación de voluntad que es el elemento basilar de todo contrato; el tercero no puede ingresar a la litis acordada por otros ni éstos pretender involucrarlo en la misma, según se deduce del artículo 1.166 del Código Civil, antes visto. En el primer caso había una injerencia ajena en el arbitraje inter-partes; en el segundo, un desconocimiento de las partes litigantes al derecho del tercero a ser juzgado por sus jueces naturales [...].

[...] El tercero no tiene la obligación (*rectius*: la carga procesal) de comparecer por ante un tribunal privado (intervención forzosa) ni las partes de aceptarlo (intervención voluntaria). No puede obligarse a un sujeto a litigar ante un tribunal constituido por quienes no son sus *jueces naturales*, una jurisdicción privada no escogida por el tercero. *Mutatis mutandis*, no pueden ser obligadas las partes a litigar un asunto *diverso* al comprometido en un tribunal privado, cuya misión jurisdiccional ha sido especificada por ellas en el acuerdo arbitral. Quedarían también las partes impedidas de acudir a los jueces de la jurisdicción pública, que son los que naturalmente les correspondería conocer, respecto a ese asunto diverso suscitado por el tercero, aunque sea conexo con la causa arbitral. La conexidad de la causa del tercero con la causa arbitral no es razón justificada para desconocer la relatividad y privacidad del arbitraje³.

En el marco del proceso arbitral, la relatividad del contrato de arbitraje está referida al problema de la competencia *ratione personae* del tribunal arbitral, respecto del cual Dimolitsa sostiene que últimamente

[...] el centro del debate lo ocupa la existencia y el alcance del consentimiento [...] para que una persona que no firmó el convenio arbitral sea atraída o aceptada como parte del mismo en virtud de las distintas reglas de Derecho que el árbitro puede aplicar⁴.

² José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5ta. Edición, 2da. Reimpresión (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2014): p. 658.

³ Ricardo Henríquez La Roche, *El arbitraje comercial en Venezuela* (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000): pp. 251-253.

⁴ Antonias Dimolitsa, «La "extensión" de la cláusula compromisoria a los no signatarios», traducido por Magdalena Bulit Goñi, en *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, dirigido por Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo, 111-132 (Bogotá: Universidad del Rosario, 2013): pp. 55-56.

En relación a la extensión del contrato de arbitraje a un tercero, Dimolitsa sostiene que «nada está fijado, no existe —y no puede existir— una regla transnacional en la materia»⁵, toda vez que «[l]a realidad de los hechos impone soluciones diferenciadas y el recurso a conceptos jurídicos distintos, al tiempo que el análisis y las opiniones sobre un mismo hecho pueden ser diametralmente dispares»⁶.

No obstante, al igual que Henríquez La Roche⁷, Dimolitsa entiende que «[l]a naturaleza convencional de la cláusula compromisoria se traduce en su efecto relativo, a saber, que ella no hace sino vincular a las partes que expresaron tal voluntad»⁸, y que, por tanto, «la noción procesal de intervención es, en principio, extraña al arbitraje: un tercero no debería verse obligado a participar en un arbitraje (intervención forzada), ni imponer su participación a las partes iniciales del arbitraje (intervención voluntaria)»⁹.

En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia vernácula, *inter alia*, en la sentencia 192/2008, de 28 de febrero, recaída en el caso *Bernardo Weininger y otros en demanda de nulidad por inconstitucionalidad de una disposición de ley*, donde el Tribunal Supremo de Justicia por órgano de su Sala Constitucional tuvo ocasión de señalar lo que sigue:

Recuérdese 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, como lo exige el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, que antes se invocó.

Ahora bien, aunque existen reglas sobre la extensión a terceros del acuerdo arbitral que parecen no tomar en consideración la voluntad de obligarse del no signatario sino, por ejemplo, la materia de que trate el conflicto, como el caso de la «jurisprudencia estadounidense que aplica la versión “*intertwined*” del estoppel»¹⁰, la mayoría de las teorías formuladas en lo tocante a este asunto, como la de los contratos enlazados o la del grupo de sociedades, donde se analiza, *inter alia*, el comportamiento de los no signatarios en la celebración y ejecución del contrato, toman como idea vertebradora para la prolongación de los efectos directos del acuerdo de arbitraje la existencia de un consentimiento¹¹ que sea susceptible de ser conocido mediante signos externos, sin exigir que se manifieste necesariamente de forma expresa.

⁵ Ídem.

⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁷ Cfr. Ricardo Henríquez La Roche, *El arbitraje comercial en Venezuela*.

⁸ Antonias Dimolitsa, *op. cit.*, p. 56.

⁹ *Ibidem*, p. 57.

¹⁰ *Ibidem*, p. 60.

¹¹ Respecto de la expresión *consentimiento* conviene tener en cuenta que, dependiendo del contexto en que se utilice, puede asumir un significado diverso. Al respecto, enseña Mélich-Orsini que en una primera acepción que llama *restringida*, «la

De hecho, varias de las teorías desarrolladas en ese respecto están ordenadas precisamente a establecer mediante una presunción *hominis* los hechos de conocimiento y aceptación del acuerdo arbitral por sujetos no signatarios, para justificar la extensión a un tercero del compromiso arbitral en la idea de una voluntad tácita del no signatario de estar vinculado por el contrato¹².

En lo atinente a la forma que debe asumir la voluntad declarada¹³, sin embargo, será necesario precisar que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con enmiendas de 2006 (en adelante “Ley Modelo CNUDMI”), que refleja el consenso mundial sobre la práctica del arbitraje internacional aceptado por los Estados con independencia de su pertenencia a un sistema económico o legal determinados, dispone en el cardinal 2 de la opción 1 de su artículo 7 que «[e]l acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito».

En el ámbito del hemisferio americano, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante “Convención de Panamá”) también exige la escritura como una formalidad del acuerdo arbitral al señalar en su artículo 1 que «constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex».

No es de extrañar, entonces, que el encabezamiento del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial¹⁴ en Venezuela establezca que «[e]l acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje».

palabra consentimiento significaría lo que, con mayor propiedad, llamaríamos nosotros “asentimiento” y consiste en una única declaración de voluntad, con contenido adhesivo respecto de la otra voluntad, pero sin que se produzca la integración de ambas voluntades» (José Luis Mélich-Orsini, *op. cit.*, p. 102); mientras que en un sentido que denomina *técnico*, el consentimiento sería un «hecho esencialmente bilateral (etimológicamente, consentimiento viene de *cum* y *sentire*: *sentire cum alio*)». [...] En este sentido, el consentimiento es un elemento complejo, que presupone la concurrencia de varios requisitos, a saber: [...] a) Supone en primer lugar la presencia, cuando menos, de *dos distintas declaraciones de voluntad* que emanen de opuestos centros de intereses [...] b) Cada declaración no sólo debe ser emitida válidamente [...], sino además *comunicada* a la otra parte [...] c) Es necesario además que las dos declaraciones de voluntad se combinen, se integren recíprocamente» (Ibidem, pp. 102-103). En un sentido similar se pronuncia el profesor Bernad Mainar, para quien «[d]os visiones se pueden presentar [...]: una subjetiva, relacionada con el proceso de formación del contrato, referida a la toma interna de la decisión con plena conciencia de los requisitos y las consecuencias jurídicas del acto que se va a llevar a cabo; y otra objetiva, que alude al momento final en que las dos declaraciones de voluntad, plenas en el ámbito subjetivo, concurren y se encuentran en el plano del Derecho» (Rafael Bernad Mainar, *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*, t. III (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012): pp. 79-80). En este escenario se emplea la expresión consentimiento en su sentido restringido o subjetivo, para significar la decisión o anuencia interna del sujeto de obligarse.

¹² Cfr. Antonias Dimolitsa, *op. cit.*

¹³ En torno a la voluntad declarada, parece oportuno precisar que «puede presentarse de dos formas: ya expresa, por una manifestación directa de la voluntad —lenguaje escrito, hablado o gestual, medios técnicos y tecnológicos—; ya tácita, deducida indubitadamente de una conducta o comportamiento determinados, en defecto de manifestación expresa alguna, aunque dicho acto persiga un fin diferente, si bien dejando ver inequívoca y claramente cuál es la voluntad de la persona implicada [...], en aquellos contratos, por supuesto, que no requieran de una formalidad especial, dado que en estos, quedaría excluida la manifestación tácita de voluntad» (Rafael Bernad Mainar, *op. cit.*, p. 82).

¹⁴ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430, de 7 de abril de 1998.

La exigencia de que la voluntad deba constar por escrito parece descartar, cuando menos en principio, la posibilidad de extender al tercero los efectos directos del acuerdo de arbitraje a pesar que su comportamiento entrañe de forma inequívoca la voluntad (tácita) de obligarse por el contrato sujeto a arbitraje.

En ese respecto, no obstante, la opción 1 del artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI aclara en sus cardinales 3, 4, 5 y 6, respectivamente, que el acuerdo se entenderá que es escrito «cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio», como una «comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta», incluso «cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra», o bien mediante la simple «referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria [...], siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

En el mismo orden de ideas, la doctrina doméstica puntualiza que la alusión a cualquier documento o conjunto de documentos recogida en el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial «debe entenderse en un sentido amplio abarcando así los llamados “documentos electrónicos” entendidos como el convenio celebrado mediante el intercambio de un texto generado a través de una computadora y que debe equipararse al documento escrito»¹⁵, y que el requisito de constancia de voluntad de las partes de someterse a arbitraje, por consiguiente, puede cumplirse perfectamente mediante «[u]n intercambio de correos electrónicos donde se evidencie la voluntad clara e inequívoca de las partes de someterse a arbitraje como medio exclusivo y excluyente para dirimir sus controversias»¹⁶.

Si a ello se agrega que el artículo 6 *eiusdem* admite la posibilidad de celebrar un acuerdo de arbitraje por referencia, sin especificar «si las partes deben hacer una declaración o no, respecto a si conocen el contenido del acuerdo arbitral que están incorporando por referencia»¹⁷, parece razonable afirmar que el requisito de constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje puede cumplirse en escenarios diversos a la suscripción expresa del acuerdo de arbitraje.

En todo caso, no es el propósito de esta investigación analizar las diferentes teorías que se han desarrollado en Derecho comparado para justificar la extensión del acuerdo arbitral a los no signatarios. Le basta, para los fines que se ha propuesto,

¹⁵ Militza A. Santana Pérez, «Artículo 6», en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. Tomo I*, coord. por Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo Pittevil (Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022): pp. 507-508.

¹⁶ *Ibidem*, p. 509.

¹⁷ *Ibidem*, p. 505.

puntualizar que ellas se han centrado en extender los efectos directos del acuerdo de arbitraje al tercero, llegando a estimarlo como una parte no signataria del contrato, dejando de lado el problema de sus efectos mediatos.

Con independencia de la teoría que se utilice para justificarlo, la posibilidad de establecer que el tercero ha prestado su consentimiento en el acuerdo arbitral supondría la necesidad de entenderlo como “parte del contrato” y, por consiguiente, como “parte del litigio”, en razón de lo cual el no signatario no podría sustraerse del proceso arbitral bajo la excepción de la relatividad del contrato.

Ciertamente, el establecimiento de la voluntad declarada del tercero en el acuerdo de arbitraje haría ineludible concluir que los efectos del contrato recaerían directamente en su esfera de derechos e intereses jurídicos y, en ese orden de ideas, que sea razonable calificar los casos donde ello fuese posible como verdaderos supuestos de intervención forzosa de terceros en el proceso arbitral, pues la hipótesis de consentimiento del tercero en el acuerdo de arbitraje impediría en abstracto la posibilidad de las partes signatarias y del tercero de eludir su intervención en sede arbitral, si se acepta que la voluntad recíproca de obligarse por el acuerdo de arbitraje, sea cual fuese su forma de manifestación, implica la inatendibilidad judicial de la controversia para los sujetos que la hayan declarado.

A ello se debe agregar que los escenarios que suponen consentimiento en el acuerdo de arbitraje no son los únicos casos posibles en los que un tercero pueda verse afectado por el proceso arbitral. Sucede que los contratos irradian también efectos externos o exógenos que pueden incidir sobre la esfera de intereses jurídicos de los sujetos que no participaron en su celebración. En efecto,

[...] si las palabras producir “efectos”, “dañar” y “aprovechar” se toman en su sentido usual no es cierto que el contrato produzca efecto solo para quienes han prestado su consentimiento personalmente o por medio de un representante y que, salvo los causahabientes a título universal, los demás sujetos no puedan recibir daño o provecho de los mismos. [...] Hay, en verdad, unos efectos directos o internos del contrato y unos efectos indirectos o externos del mismo, en cuanto que el contrato es un hecho de la vida social susceptible de tener reflejos en los derechos y situaciones jurídicas de los otros integrantes del cuerpo social, aun si no pueda predicarse que él los haya hecho deudores ni acreedores¹⁸.

En relación a esos efectos externos o indirectos, Mélich-Orsini enseña que el principio ordenador no es el de relatividad de los contratos, sino el de “oportunidad”, que

[...] alude a la cualidad reconocida a un elemento del orden jurídico (un hecho, un negocio jurídico, un derecho y, en general, una situación jurídica) en virtud de la cual tal elemento se refleja indirectamente fuera de su círculo de actividad directo, imponiendo a personas distintas de las que actúan el efecto directo, el deber de tener en cuenta o de abstenerse de atentar contra lo que resulta de la existencia de dicho elemento¹⁹.

¹⁸ José Mélich-Orsini, *op. cit.*, pp. 663-664.

¹⁹ *Ibidem*, p. 666.

Por supuesto, la oponibilidad no acarrea de forma alguna la posibilidad de proyectar los efectos internos del contrato en la esfera de derechos e intereses del tercero, sino

[...] la sola necesidad de admitir y respetar la situación jurídica que él ha generado entre las partes, [de manera que] el contrato es oponible por las partes a los terceros, es oponible por los terceros a las partes y es oponible finalmente por los terceros frente a otros terceros²⁰.

Si ello es cierto y se acepta que la oponibilidad supone una suerte de camino multidireccional que puede ser alegado potencialmente por el tercero frente a las partes, en sede de arbitraje y cuando menos en abstracto, sería dable afirmar que el tercero que no ha prestado su voluntad en la formación del acuerdo de arbitraje ni se ha adherido a él de alguna otra forma en un momento posterior, siempre que demuestre un interés legítimo para actuar, podrá intervenir voluntariamente en el proceso arbitral, incluso contra la voluntad y el querer de las partes signatarias y no signatarias, máxime si se parte de la hipótesis según la cual la labor del árbitro comparte la naturaleza de la función jurisdiccional y que, en consecuencia, el tribunal arbitral en el desarrollo de su actividad, además de tutelar los intereses privados de las partes del acuerdo arbitral, debe coadyuvar en el logro del fin impersonal de la jurisdicción de realizar el valor justicia.

En ese orden de ideas y de acuerdo con el principio de no contradicción, no sería razonable sostener la tesis de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y al mismo tiempo negar la posibilidad del tercero de intervenir voluntariamente en el proceso arbitral. La labor del árbitro no puede ser jurisdiccional frente a las partes y no jurisdiccional frente al tercero, en el mismo sentido de la expresión jurisdicción y simultáneamente.

Si se acepta que la jurisdicción no está limitada a la simple composición de litigios ni a la solución de controversias, sino a la tutela de los derechos e intereses jurídicos «mediante la justa aplicación del derecho (objetivado o no) o de la equidad (cuando ello fuere permitido) al caso concreto, cuando tal satisfacción no pueda ser alcanzada por los justiciables, lícitamente, a través de ningún otro mecanismo»²¹, no podrá afirmarse que la ejerzan solamente «por lo que respecta a la delimitación de los derechos y deberes de las partes»²² que acuerdan confiar la decisión del conflicto a los árbitros.

Luego, si el tribunal arbitral frente al tercero que alega tener interés está llamado a ejercer jurisdicción, y se entiende que la jurisdicción es una actividad ordenada a tutelar de forma efectiva los derechos de los justiciables, aunque el justiciable que solicite tutela no haya sido parte del proceso, sería necesario concluir que el tercero podrá intervenir voluntariamente incluso contra la voluntad y el querer de las partes del acuerdo arbitral.

Se dijo que el tercero puede hacer oponible el contrato de arbitraje a las partes.

²⁰ Ídem.

²¹ Marcos Solís Saldivia, *La potestad jurisdiccional: Una aproximación a la teoría general de la jurisdicción* (Caracas: Vadell Hermanos, 2010): p. 99.

²² Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011): p. 39.

Sin embargo, en puridad de verdad, son los árbitros quienes tienen la posibilidad de afectar la esfera de derechos e intereses del tercero mediante el ejercicio de la función jurisdiccional en el marco del proceso arbitral, verbigracia, a través del decreto y ejecución de cautelas sobre bienes acerca de los cuales un tercero tenga interés.

Sucede que los árbitros son, a su vez, terceros del acuerdo arbitral. Por supuesto, para que el arbitraje tenga lugar es necesario que los árbitros declaren expresamente su voluntad, pero esa voluntad está encaminada al perfeccionamiento de un contrato con las partes del acuerdo de arbitraje distinto al acuerdo de arbitraje propiamente dicho.

En lo tocante a esa situación, es menester precisar que la oponibilidad del contrato puede alegarse también por un tercero frente a otro tercero (verbigracia, por el tercero del acuerdo de arbitraje frente a los árbitros) y, en definitiva, que la oponibilidad que interesa al tercero respecto del proceso arbitral no está referida únicamente al acuerdo de arbitraje, sino también a los contratos (conexos) celebrados entre las partes, el tribunal arbitral y el centro de arbitraje en los casos de arbitraje institucional.

En ese orden de ideas, resulta importante tener en consideración que el acuerdo arbitral debe distinguirse «de otras relaciones contractuales que también están presentes en lo que [se llama], de manera general, el arbitraje comercial, y entenderlo como un conjunto de relaciones y contratos vinculados entre ellos pero con objetos diferentes»²³.

Si ello es así, sería dable afirmar que el tercero que no pueda entenderse como parte no signataria del acuerdo de arbitraje tendría la posibilidad de justificar su intervención voluntaria en el proceso arbitral, al margen de la tesis de la naturaleza jurisdiccional de la actividad del tribunal arbitral y desde una perspectiva estrictamente contractual, en los efectos indirectos del contrato celebrado entre las partes del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral y el centro de arbitraje en los casos de arbitraje institucional, respecto del cual los árbitros serían parte.

Desde luego, esa afirmación se realiza estrictamente en abstracto y no aborda la problemática práctica que supondría la intervención voluntaria del tercero en el arbitraje. Este asunto ha sido tratado tangencialmente por el profesor Rengel que, en relación a los estadios del procedimiento en los que sería admisible la intervención de tercero, sostiene que

[...] la incorporación al arbitraje de partes adicionales, sean signatarias o no del acuerdo arbitral, no es posible después de haberse designado los árbitros, pues es esencial al arbitraje que todas las partes estén involucradas en la conformación del tribunal arbitral. En efecto, en el arbitraje no hay una corte o tribunal preestablecido al cual se somete la disputa, sino que una de sus características principales es la selección de los árbitros por las partes. El derecho de las partes a elegir sus propios jueces es de la esencia de la justicia arbitral²⁴.

²³ *Ibíd.*, p. 37.

²⁴ Pedro Rengel Núñez, «Procedimiento arbitral y traba de la litis», *Preámbulo 1* (2023): p. 137.

Sin embargo, Rojas señala que la mayoría de los reglamentos de los centros internacionales de arbitraje aceptan por vía de excepción

[...] la posibilidad de incorporar a una parte no firmante con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral, supuesto en el cual esta parte deberá necesariamente manifestar su conformidad con el tribunal arbitral nombrado para ser incorporado y así evitar los problemas en sede de nulidad y en sede de reconocimiento y ejecución²⁵.

A pesar de ello, y siempre que hayan tenido ocasión de participar en el proceso arbitral desde el inicio, parece más razonable permitir a la parte signataria que no fue llamada, así como a la no signataria, por regla y no como excepción, incorporarse al proceso arbitral previa manifestación de su conformidad con el tribunal arbitral, en el entendido de que las consecuencias del proceso arbitral recaerán eventualmente en cabezas suyas, por serles extensible directamente el acuerdo arbitral, de manera que negarles la posibilidad de personarse en el arbitraje después del nombramiento de los árbitros implicaría colocarlas en un evidente estado de indefensión, por encontrarse la controversia sustraída del ámbito de atendibilidad judicial, lo que a su vez comportaría inficionar de nulidad la decisión arbitral.

Sin embargo, esa solución no resulta satisfactoria cuando la parte signataria o no signataria del acuerdo de arbitraje no haya tenido oportunidad de participar desde el inicio en el proceso arbitral por dolo o negligencia de otra de las partes, o bien cuando su intervención es forzada por alguna de las partes que la llama al proceso arbitral por entender que el acuerdo de arbitraje le es extensible directamente y que el litigio debe resolverse de manera uniforme respecto suyo.

En esos escenarios, si lo que se quiere es asegurar que las partes puedan participar en la selección de los árbitros, por ser ese un derecho esencial a la justicia arbitral, se podría manejar la posibilidad, no exenta de inconvenientes teóricos y prácticos que escapen de los límites de esta investigación, de permitir a la parte signataria o no signataria incorporarse o ser incorporado al proceso arbitral en el estado en que se encuentre y darle la opción de solicitar al tribunal arbitral la nulidad de las actuaciones y la reposición del procedimiento al estadio de nombrar a los integrantes del tribunal arbitral, siempre que esté dispuesta a asumir las consecuencias económicas que la reposición implique, a menos que su falta de integración en la controversia se deba a la negligencia o dolo de alguna de las partes, casos en los cuales sería más razonable pensar que los gastos deban asumirse por la parte que dio lugar al defecto en la integración del litisconsorcio.

En todo caso, esos supuestos están referidos a la condición de parte signataria o no del acuerdo arbitral, no respecto del tercero que se ve agraviado por la decisión del tribunal arbitral a pesar de que el acuerdo de arbitraje no le sea extensible directamente.

²⁵ Jesús Augusto Rojas Hernández, «La Importancia de los Centros de Arbitraje en la Incorporación de Partes No Signatarias a Procedimientos Arbitrales», *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* (2023): p. 16.

El tercero propiamente dicho, al no ser parte de la controversia, no tiene interés sustancial en la selección de los integrantes del tribunal arbitral, pero ello no supone, de suyo, que carezca de interés y legitimación para intervenir en el proceso arbitral cuando se encuentre afectado por una decisión del tribunal arbitral.

2. Fenomenalidad de la decisión cautelar del tribunal arbitral

Antes de estudiar los mecanismos con los que cuenta el tercero para intervenir en el proceso arbitral con el ánimo de impugnar una providencia cautelar, parece conveniente realizar ciertas precisiones en torno a la posibilidad de concebir como laudo la decisión de naturaleza preventiva y provisional del tribunal arbitral, en la medida que el asunto colocado sobre la mesa no se reduce a un problema de *nomen iuris*, sino que, por el contrario, se encuentra directamente relacionado con las vías de anulación disponibles de la providencia cautelar arbitral.

El profesor Rengel, acerca del problema de calificar la decisión de un tribunal arbitral como laudo, sostiene que será más importante atender a su naturaleza y contenido que a la designación que se le haya dado. En ese orden de ideas, señala que:

La doctrina moderna se decanta por concebir la noción de laudo arbitral como aquella decisión producto de los diferentes tipos de poderes jurisdiccionales (*adjudicative powers*) de los árbitros para decidir la controversia. Bajo este modelo multidimensional, tales poderes jurisdiccionales de los árbitros no se agotan en la decisión final del fondo o mérito de la disputa entre las partes, denominado laudo contencioso (*contentious award*), sino que abarcan también decisiones sobre la jurisdicción o competencia del tribunal arbitral, el laudo de jurisdicción (*jurisdictional award*), decisiones o medidas cautelares provisionales de emergencia (*emergency precautionary measures*) y decisiones que plasman el acuerdo de las partes que resuelve la controversia (*consent award*)²⁶.

Según Rengel, el esfuerzo por definir el laudo ha sido realizado, sobre todo, por la doctrina y jurisprudencia especializadas en la materia, como quiera que, por lo general, ni los pactos internacionales ni las legislaciones domésticas, salvo contadas excepciones, como las de Nueva Zelanda y Singapur, contemplan una definición de laudo arbitral. En efecto,

La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, ratificada por la mayoría de los países del mundo, no tiene una definición expresa de laudo arbitral. Virtualmente todas las legislaciones arbitrales nacionales, incluyendo la *Federal Arbitration Act* de los Estados Unidos de América, el *English Arbitration Act* del Reino Unido, la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado y el Código de Procedimiento Civil francés, que regulan el arbitraje en esos países, omiten definir el laudo arbitral²⁷.

²⁶ Pedro Rengel Núñez, «La noción de laudo arbitral», *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* 3 (2022): p. 243.

²⁷ *Ibidem*, p. 235.

Lo mismo ocurre con la Ley Modelo CNUDMI, pues «tampoco proporciona una definición de laudo arbitral, aunque para su elaboración se propuso una, que no fue finalmente adoptada»²⁸, con la Convención de Panamá, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2021 (en adelante “Reglamento CNUDMI”) y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (en adelante “Reglamento CIAC”), aun cuando sea menester señalar que estos últimos instrumentos en sus artículos 34 (1) y 39 (1), respectivamente, disponen que el tribunal arbitral está facultado para dictar laudos separados sobre distintas materias y en diferentes etapas del procedimiento.

En Venezuela la Ley de Arbitraje Comercial tampoco proporciona una definición de laudo, hecho que resulta por demás lógico si se estima que estuvo inspirada en la Ley Modelo CNUDMI, razón por la cual «[s]e limita a establecer que el procedimiento arbitral culminará con un laudo dictado por escrito y firmado por el o los árbitros miembros del tribunal arbitral, señalando la fecha en que haya sido dictado y el lugar del arbitraje»²⁹.

En cuanto a los reglamentos de los principales centros de arbitraje en Venezuela, el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (en adelante “Reglamento CEDCA”) sigue la misma tendencia comparada de no definir el laudo, limitándose a regular sus aspectos formales y de carácter procedimental, aun cuando reconoce, *inter alia*, en sus artículos 40 (5) y 44, respectivamente, la posibilidad de dictar laudos parciales y por consenso.

Al margen de esa corriente, el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (en adelante “Reglamento CACC”) sí procura brindar una definición de laudo arbitral. En efecto, está ubicada en su artículo 2 (20), donde se define como «la decisión parcial, interlocutoria o final dictada por el tribunal arbitral, mediante la cual se resuelve de manera definitiva la controversia. De igual forma, se considerará parte del laudo, cualquier aclaratoria, corrección o complemento del mismo».

En términos similares el artículo 1 (15) del Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Maracaibo (en adelante “Reglamento CAMCM”), expresa que el laudo es la

[...] decisión que toma el tribunal arbitral sobre el mérito del procedimiento arbitral, la misma tiene carácter final y definitivo. Formará parte del mismo el laudo parcial o interlocutorio dictado durante el Procedimiento Arbitral. Igualmente forma parte del Laudo cualquier aclaratoria, corrección o complemento del mismo.

En lo atinente a los conceptos que plantean esos dos documentos, se puede afirmar que ambas definiciones procuran brindar una noción de laudo tomando en consideración su naturaleza y contenido, más allá de meros accidentes formales o de carácter procedimental, aunque sea posible observar algunos matices al respecto.

²⁸ *Ibidem*, p. 236.

²⁹ *Ibidem*, p. 237.

Ciertamente, en la definición del Reglamento CACC se distingue con claridad, de acuerdo con la posición que ocupan en el enunciado de la norma (argumento *sedes materiae*) las palabras “final” y “definitivo”. La primera de ellas es empleada para significar la oportunidad dentro del procedimiento arbitral en la que se dicta la decisión, la segunda para expresar la cualidad de invariable de la decisión respecto del punto que toca. En contraste, la definición del Reglamento CAMCM parece utilizar las palabras “final” y “definitivo” como expresiones sinónimas, que en ese contexto normativo estarían referidas, más que a la etapa del procedimiento arbitral, al carácter inmodificable de la decisión del tribunal arbitral.

En cuanto a sus límites objetivos, el Reglamento CACC entiende por laudo la decisión que resuelve de manera definitiva la controversia, mientras que el Reglamento CAMCM alude a una decisión sobre el mérito del procedimiento.

Por la forma en la que se encuentran redactadas, parece razonable interpretar (argumento semasiológico) que ambas definiciones ven en el laudo una decisión atinente al conflicto intersubjetivo de intereses, dejando de lado, cuando menos en apariencia, otras cuestiones que pueden entenderse vinculadas a la controversia, pero que no constituyen en puridad de rigor parte de la litis principal, como la jurisdicción del tribunal arbitral o la tutela cautelar.

No obstante, la referencia encontrada en las dos disposiciones a la posibilidad de dictar laudos parciales o interlocutorios permite desechar esa interpretación y concluir que ambos reglamentos caracterizan la noción de laudo como una decisión del tribunal arbitral sobre el mérito de “todo” o de “parte” de la controversia, en virtud de la cual resuelve de forma “definitiva” la cuestión (principal, cautelar o incidental) sobre la que recae.

En efecto, en lo que toca a la posibilidad de considerar como laudo aquella decisión que no resuelve propiamente el fondo de la controversia principal, ninguna de las definiciones propuestas por los dos reglamentos restringen la noción de laudo a la decisión que pone fin al procedimiento. Antes al contrario, el hecho de contemplar que todo laudo comporta una decisión definitiva de la controversia y que acepten la coyuntura de que puedan dictarse de forma parcial o interlocutoria, en suma, quiere significar que dan por supuesto que el laudo trata siempre de una decisión inmodificable sobre el punto que aborda, sea ya la totalidad de la controversia, o bien la decisión definitiva sobre un aspecto limitado de aquella, como los referidos a la jurisdicción del tribunal arbitral o a las medidas cautelares, las cuales ponen fin al asunto que resuelven parcialmente.

En ese sentido se ha pronunciado la doctrina vernácula, tal como apunta el profesor Rengel, cuando sostiene que:

Según nuestra LAC y nuestra doctrina, no hay duda de que es laudo arbitral aquel que decide el fondo o mérito de la controversia poniendo fin al arbitraje y cesando los árbitros en sus funciones. Pero esto no necesariamente significa que esa es la única decisión que puede

considerarse como laudo arbitral, pues como hemos visto, también está aceptado por la doctrina y contemplado en los reglamentos de arbitraje, que el tribunal arbitral pueda dictar laudos parciales que resuelvan, de manera previa, sólo algunos aspectos de la controversia, más no todos, de manera que no pondrían fin al arbitraje sino en todo caso, sólo respecto a lo decidido parcialmente.

Coincide la doctrina en que los laudos parciales suelen resolver en forma previa, cuestiones relativas a la competencia del tribunal arbitral y a la arbitrabilidad de la controversia³⁰.

Por consiguiente, en la actualidad aparenta no haber desacuerdo respecto de la naturaleza de laudo de la decisión cautelar del tribunal arbitral, a pesar de que «[h]istóricamente se había considerado que las medidas cautelares [...] por ser típicamente provisionales, no eran decisiones finales que pudieran considerarse como laudos arbitrales»³¹.

3. Cuáles son las vías de impugnación admisibles contra el laudo cautelar?

Entender que la decisión cautelar del tribunal arbitral es una especie o tipo de "laudo", supone consecuencias importantes para el estudio de sus mecanismos de impugnación, toda vez que, por lo general, se admite que el "recurso de nulidad" es el único remedio procesal contra el laudo arbitral. Así lo hace, por ejemplo, el artículo 34 (1) de la Ley Modelo CNUDMI.

Según Rengel, dentro de la sistemática de los actos del tribunal arbitral, solamente el laudo «tiene efectos de cosa juzgada u otro efecto preclusivo, está sujeto a ser anulado bajo la legislación arbitral nacional aplicable, y es capaz de ser reconocido y ejecutado bajo las leyes arbitrales nacionales y convenciones internacionales de arbitraje»³².

En relación al tema de sus vías de invalidación, aunque hoy la doctrina parece no vacilar al tiempo de calificar la decisión cautelar del tribunal arbitral como laudo parcial, todavía discute la posibilidad de entenderla como laudo «a los efectos de su reconocimiento y ejecución en lugar distinto a la sede arbitral bajo la Convención de Nueva York, o a los efectos de la procedencia del recurso de anulación»³³, ello a pesar que el artículo 17 H (1) de la Ley Modelo CNUDMI señala que:

Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I [(referido a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución)].

³⁰ *Ibidem*, pp. 240-241.

³¹ *Ibidem*, p. 245.

³² *Ibidem*, p. 235.

³³ *Ibidem*, p. 245.

En ese respecto, no resulta lógico a primera vista, según el principio de no contradicción, que en el mismo sentido de la expresión “laudo” y simultáneamente, la decisión cautelar del tribunal arbitral pueda interpretarse en el “lugar de la sede” como laudo para su ejecución y no para su anulación, y que tampoco se entienda como laudo en un “lugar distinto a la sede” a los fines de su reconocimiento y ejecución, máxime si se ha precisado que lo importante para calificar de laudo una decisión arbitral es su naturaleza y contenido, a saber, que pueda concebirse como una manifestación de los poderes jurisdiccionales del tribunal arbitral para decidir de forma definitiva todo o parte de la controversia sometida a su consideración.

Lo que puede discutirse razonablemente es la posibilidad de ejercer de forma directa el recurso de nulidad contra un laudo parcial o interlocutorio, a propósito de la primacía del principio de celeridad y la prohibición general de incidencias que rigen el proceso arbitral.

En lo tocante a ese punto, Rengel comenta que:

[...] se ha sostenido que los laudos parciales son como fases que van formando parte del laudo que en definitiva se dicte y ponga fin a la controversia, y que sólo contra este último y no contra los laudos parciales es que procedería el recurso de nulidad³⁴.

Sin embargo, también señala que en Venezuela Díaz-Candia es de la opinión «de que los laudos interlocutorios no son recurribles autónomamente mediante el recurso de nulidad, salvo que produzcan gravamen irreparable»³⁵, como puede ocurrir hipotéticamente con el decreto y ejecución de medidas cautelares, a pesar que la jurisprudencia doméstica se ha decantado por otro camino.

En efecto, acerca del criterio asumido por los tribunales superiores venezolanos como jueces de anulación del laudo, Rengel concluye que:

Nuestra jurisprudencia ha aceptado como laudo arbitral cautelar aquel que dicta medidas preventivas, incluso por árbitros de urgencia, así como laudo parcial de jurisdicción aquel que decide sobre la jurisdicción o competencia de los árbitros. Aun cuando en principio un laudo arbitral puede ser impugnado por vía del recurso de nulidad, el criterio jurisprudencial es el de que los laudos parciales, sean de jurisdicción o cautelares, como no son decisión definitiva del arbitraje, no pueden ser objeto de recurso de nulidad, que está reservado al laudo final, aunque laudos cautelares si han sido revisados e incluso anulados en acción de amparo constitucional³⁶.

En lo atinente a la nulidad como vía de ataque del laudo cautelar en Venezuela, el encabezamiento del artículo 43 de Ley de Arbitraje Comercial dispone que «[c]ontra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad. Este deberá interponerse por

³⁴ *Ibidem*, pp. 240-241.

³⁵ *Ibidem*, p. 240.

³⁶ *Ibidem*, p. 253.

escrito ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación».

Claramente, la disposición no alude de forma expresa al laudo parcial, menos aún al laudo cautelar. No obstante, también es cierto que el enunciado de la norma se limita a utilizar la expresión "laudo", sin hacer referencia a la oportunidad del procedimiento (interlocutoria o final) en la que se dicte, ni al objeto o amplitud de su contenido (todo o parte de la controversia sujeta al arbitraje).

Por consiguiente, parece razonable concluir, cuando menos como regla general, que el artículo 43 *eiusdem* es aplicable a cualquier decisión adoptada por el tribunal arbitral que pueda calificarse de laudo arbitral desde una perspectiva ontológica, máxime si se entienden como principios generales de interpretación jurídica que los casos donde la ley no distingue, el intérprete tampoco debe distinguir (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*) y que cuando la ley quiere, lo dice, cuando no, calla (*ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit*).

En todo caso, lo cierto es que, tal como precisa Rengel, la jurisprudencia de los tribunales superiores venezolanos se posiciona en contra de la posibilidad de atacar el laudo cautelar por la vía del recurso de nulidad, aunque deja abierta la contingencia de solicitar su anulación mediante el mecanismo sucedáneo del amparo constitucional que, paradójicamente, cuando menos por regla general, tendría que ser inadmisibles en Venezuela.

En Venezuela, el problema referido a la impugnación del laudo arbitral mediante la pretensión de amparo constitucional gira en torno a un asunto de admisibilidad, más que a una cuestión de procedencia.

Aun cuando el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial establece que «[c]ontra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad», quizá sea más apropiado afirmar que contra el laudo solamente es "admisibles" el recurso de nulidad. Sucede que «la admisión o el *mittere* sólo implica "darle entrada" a alguien o a algo, sin revisar los méritos de fondo de ese alguien o de ese algo»³⁷, y las causales establecidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, más que a cuestiones de atendibilidad formal, están referidas a supuestos sustantivos, desde luego, no relativos al fondo de la controversia resuelta por el tribunal arbitral, sino al mérito o procedencia de una controversia distinta, concerniente a la existencia de la causal que se invoca como título para la anulación del laudo.

Entonces, podría resultar más conveniente señalar que contra el laudo arbitral únicamente es admisibles el recurso de nulidad, que procede solamente ante las causales taxativas recogidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.

³⁷ Rafael Ortiz-Ortiz, *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos* (Caracas: Frónesis, 2004): p. 315.

Esa distinción no es baladí, *inter alia*, como quiera que el problema sometido a cuestión está regulado por la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (en adelante "Ley de Amparo")³⁸ en términos de admisibilidad, no de procedencia. En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 (5) de la Ley de Amparo, no se admitirá la acción (*rectius*: pretensión) de amparo:

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. En tal caso, al alegarse la violación o amenaza de violación de un derecho o garantía constitucionales, el Juez deberá acogerse al procedimiento y a los lapsos establecidos en los artículos 23, 24 y 26 de la presente Ley, a fin de ordenar la suspensión provisional de los efectos del acto cuestionado[.]

El artículo 6 (5) de la Ley de Amparo recoge una causa de no admitir en función de la cual la vía procesal que promete el amparo constitucional solamente es operativa en la medida que se hayan agotado los mecanismos procesales preestablecidos, ordinarios y extraordinarios, motivo por el cual deviene en inadmisibles como medio de invalidación del laudo arbitral, ya que la Ley de Arbitraje Comercial prevé el recurso de nulidad como el remedio procesal especial a tal efecto.

Es cierto que desde las sentencias 848/2000, de 28 de julio, recaída en el caso *Luis Alberto Baca*, y 939/2000, de 9 de agosto, recaída en el caso *Stefan Mar, C.A.*, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela por órgano de su Sala Constitucional ha relajado la regla del agotamiento de la vía judicial preestablecida, al punto de permitir que el presunto agraviado pueda acudir al proceso de amparo al margen de la extenuación de los mecanismos procesales preexistentes (carácter sucedáneo del amparo), previa alegación explícita, coherente y razonada de su inidoneidad.

No obstante, tal como sostienen Mezgravis³⁹ y Araque Benzo⁴⁰, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral previsto en la Ley de Arbitraje Comercial constituye, de suyo, un medio idóneo para el restablecimiento de la situación jurídica que eventualmente pueda verse infringida por un laudo, toda vez que las causales de nulidad recogidas en el artículo 44 *eiusdem*, a pesar de ser restringidas en número, son lo suficientemente amplias como para dar cabida a cualquier supuesto de hecho que, en el marco de un proceso arbitral, pueda suponer en abstracto la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucional.

En un sentido similar se pronuncia la profesora Domínguez Guillén, quien, al tiempo de analizar el carácter taxativo de las causales de procedencia del recurso de nulidad, apunta lo siguiente:

³⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.060 de 27 de septiembre de 1988.

³⁹ Cfr. Andrés A. Mezgravis, «El amparo constitucional y el arbitraje», *Revista de Derecho Administrativo* 6 (1999).

⁴⁰ Luis Alfredo Araque Benzo, *op. cit.*

La referencia a las citadas causales, que han sido consideradas como taxativas dado el carácter excepcional de la nulidad del laudo arbitral, no exime de los problemas de interpretación relativos a cuáles aspectos o vicios procesales podrían subsumirse en las referidas causales del citado artículo 44. Mal podría pretenderse una enumeración a su vez taxativa de supuestos que por su naturaleza será producto de la interpretación. La taxatividad de las causales no elimina pues la amplitud de los supuestos que en ellas se incluyen o subsumen⁴¹.

A pesar de todo ello, lo cierto es que la Sala Constitucional, desde la sentencia 1773/2011, de 30 de noviembre, recaída en el caso *Van Raalte de Venezuela C.A. en revisión constitucional*, oportunidad en la que estableció con carácter vinculante el criterio en relación a la impugnación del laudo arbitral, precisó lo siguiente:

[...] no procede el recurso de casación, contra la sentencia que resuelve la pretensión de nulidad de un laudo arbitral, bien sea resolviendo el fondo o inadmitiéndolo, lo cual no obsta para la procedencia de otros medios de control jurisdiccional, que en virtud de la Constitución u otras leyes especiales, sometan cualquier decisión jurisdiccional al control de los órganos competentes que integran el Poder Judicial, tal como ocurre en caso del amparo constitucional o la solicitud de revisión constitucional.

Ese criterio fue establecido por la Sala Constitucional luego de haber señalado en el mismo fallo que el reconocimiento del arbitraje como un derecho fundamental no puede comportar el fomento de «un sistema de sustitución de los remedios naturales de control sobre el arbitraje, por los mecanismos propios de la jurisdicción constitucional (por ejemplo la errónea sustitución del recurso de nulidad [...] por un amparo constitucional que a todas luces resultaría inadmisibile)».

Por consiguiente, o bien la Sala Constitucional incurrió en una evidente contradicción, o bien lo que quiso significar fue la virtual operatividad del amparo y la revisión constitucionales, no contra el laudo arbitral propiamente dicho, sino respecto de la sentencia del tribunal superior que se pronuncia sobre el recurso de nulidad.

De las dos posibilidades, tanto el empleo de la expresión “cualquier decisión jurisdiccional”, que es lo suficientemente amplia como para incluir en ella al laudo arbitral, como el hecho de que en el particular segundo de la decisión se haya precisado que la sentencia que se discute fija el criterio vinculante en torno a la “recurribilidad de los laudos arbitrales”, permite concluir sin lugar a dudas que, siquiera de forma excepcional, dejó abierta la posibilidad de impugnar el laudo mediante el amparo constitucional, en detrimento de los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial y de los principios de autonomía del proceso arbitral y de mínima intervención judicial.

Lo que se ha dicho hasta ahora no quiere significar que el recurso de nulidad sea la única y principal vía de impugnación del laudo cautelar, sobre todo si la persona

⁴¹ María Candelaria Domínguez Guillén, «La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano», *Revista de Derecho Privado* 31 (2016): pp. 237-238.

afectada por la decisión no es parte del proceso arbitral. Y es que el mecanismo de anulación contemplado en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, aunque no está restringido expresamente al laudo final, sí parece estar diseñado en función de la decisión que pone fin al proceso y a la condición de “parte” de la controversia y del proceso arbitral de la persona contra quien se invoca.

Según el encabezamiento del artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial el recurso de nulidad debe interponerse «dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente», y acompañarse del expediente sustanciado por el tribunal arbitral, requisitos que presuponen, claramente, la condición de “parte” del agraviado.

A ello se debe agregar que la nulidad es un medio de anulación que procede solamente de acuerdo con las causales contempladas en el artículo 44 *eiusdem*, en su mayoría relativas a las partes de la controversia y a la regularidad constitucional del proceso arbitral.

En efecto, el recurso de nulidad contra el laudo arbitral únicamente procede por las causales expresamente recogidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, y a pesar de que «[l]a taxatividad de las causales no elimina pues la amplitud de los supuestos que en ellas se incluyen o subsumen»⁴², también es cierto que la práctica unanimitad de la doctrina nacional⁴³ es conteste al considerar que se encuentran referidas básicamente a quebrantamientos de forma o errores *in procedendo*, no a infracciones de ley o errores *in iudicando* y mucho menos a un reexamen de la controversia arbitrada.

En ese orden de ideas, podría afirmarse que, incluso bajo la hipótesis de que la nulidad sea admisible contra el laudo cautelar que causa gravamen irreparable e infringe las reglas del debido proceso legal, sería ineficaz ante otros escenarios virtualmente posibles, como el incumplimiento de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, la insuficiencia de la prueba o la ilegalidad de la ejecución, que ameritan igualmente la revocación directa de la decisión arbitral cuando la medida pueda causar un agravio no resarcible por el recurso de nulidad contra el laudo final.

No en vano, la parte y el tercero en el proceso judicial cuentan con un verdadero recurso a su disposición, el de primer grado de oposición, que permite al oficio judicial reconsiderar en la fase plenaria del procedimiento cautelar su apreciación inicial con vista a los argumentos de impugnación de las partes y a las pruebas aportadas durante la articulación⁴⁴.

⁴² Ídem.

⁴³ Cfr. Pedro Rengel Núñez, «La impugnación del laudo arbitral», *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* 1 (2020): p. 65.

⁴⁴ Cfr. Ricardo Henríquez La Roche, *Código de Procedimiento Civil*, Tomo IV (Caracas: Ediciones Liber, 2004).

En ese respecto conviene tener presente que, a pesar de su nombre, la nulidad recogida en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial no puede calificarse como “recurso” en sentido técnico procesal, ya que por intermedio suyo es imposible provocar el examen *ex novo* de la controversia o la sustitución del acto írrito por uno nuevo y justo.

Enseña el maestro Carnelutti⁴⁵ que dentro del género de los “remedios de los actos jurídicos” se puede diferenciar entre medios restringidos a la nulidad del acto y medios que están ordenados a su impugnación. Los primeros actúan sobre la “legalidad” del acto y se limitan a eliminarlo del sistema jurídico. Los segundos buscan evaluar y controlar su “justicia”, por consiguiente, no se detienen en su eliminación (juicio rescindente o *iudicium rescindens*), sino que se encaminan a sustituirlo por un acto nuevo (juicio rescisorio o *iudicium rescisorium*). Los primeros los llama “medios de invalidación”, los segundos los designa con el nombre de “recursos”.

Los recursos, de su lado, también son susceptibles de clasificación y, en ese orden de ideas, Calamandrei sostiene que es válido distinguir entre el medio de gravamen, que «provoca el reexamen inmediato de la misma controversia en una nueva fase procesal»⁴⁶, y la acción (*rectius*: medio) de impugnación, que

[...] tiende a quitar vigor al fallo ya formado, en cuanto aparezca viciado por determinados defectos que lo hagan anulable: con dicha acción se lleva ante el juez de la impugnación, no inmediata y directamente la cognición de la controversia ya decidida por la sentencia impugnada, sino la cognición de una diversa controversia, referente a la existencia del vicio que es título para la anulación del fallo⁴⁷.

El mecanismo de nulidad del laudo se agota en el juicio rescindente del acto, es decir, con su anulación o eliminación, motivo por el cual, en términos carneluttianos, podría calificarse como medio de invalidación, pero no como medio de impugnación de carácter recursivo, menos aún como medio de gravamen. Es cierto que la nulidad del laudo hipotéticamente brinda a las partes la posibilidad de volver a someter a arbitraje la controversia, siquiera cuando lo que se ataca es el laudo que pone fin al proceso arbitral. Sin embargo, esa anulación es autónoma y, por tanto, no puede entenderse como fase o etapa previa de un único proceso diseñado para sustituir a la postre el acto írrito mediante un juicio rescisorio.

A diferencia del recurso de nulidad del laudo, la “oposición” sí constituye un remedio de carácter recursivo, toda vez que no se contiene en la eliminación del acto impugnado sino que procura su sustitución por uno nuevo, que tiene la virtualidad de convalidar o modificar la cautela decretada, precisamente, porque no actúa estrictamente en

⁴⁵ Cfr. Francisco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil, T. III Actos del Proceso*, traducido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944): pp. 576 y ss.

⁴⁶ Piero Calamandrei, *Casación Civil*, traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959): p. 46.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 47.

términos de legalidad, sino y sobre todo respecto de la injusticia del acto, procurando un nuevo examen de la controversia cautelar por el mismo tribunal que providenció la cautela, de ahí que trate, precisamente, de un recurso de primer grado de jurisdicción.

Ello es importante, como quiera que la exclusividad del recurso de nulidad prevista en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial sólo puede predicarse de forma razonable respecto de la decisión que pone fin al proceso arbitral, si entendemos que la exclusión de los medios recursivos ordinarios y extraordinarios está encaminada a asegurar los principios de autonomía del proceso arbitral y mínima intervención judicial, que no se verían afectados si se brinda la oportunidad al tribunal arbitral de reexaminar la justicia del laudo cautelar a través de una figura como la oposición de parte y de tercero.

En ese respecto, cabe aclarar que, aunque sea cierto que para entender la decisión cautelar como laudo arbitral se ha llegado a afirmar que ella “coloca fin” al punto de la controversia que toca, resolviéndola “definitivamente”, también es verdad que toda decisión cautelar, por naturaleza, no causa cosa juzgada en sentido material, sino solamente en sentido procesal, a diferencia de lo que ocurre con el laudo que “define” la controversia principal, y ello es así en atención a los principios de provisoriedad y mutabilidad consustanciales al instituto cautelar, por lo que, en definitiva, podría concluirse que el principio de exclusividad del recurso de nulidad contra el laudo no es aplicable a la decisión cautelar del tribunal arbitral.

4. Derecho de oposición a la providencia cautelar en el derecho procesal

La oposición, tanto de parte como de tercero, contra una providencia cautelar es, ante todo, un derecho subjetivo, directamente relacionado con la tutela efectiva jurisdiccional.

Para explicar lo que se quiere significar será necesario precisar que en materia cautelar no opera el principio de irrevocabilidad aplicable a la sentencia definitiva o a las interlocutorias sujetas a apelación dentro del proceso principal, ya que el procedimiento cautelar, por su naturaleza y finalidad, está regido por los principios de provisoriedad y mutabilidad, directamente relacionados con el hecho de que las providencias cautelares sean decisiones sujetas a la cláusula *rebus sic stantibus*, respecto de las cuales no pueda predicarse la existencia de cosa juzgada sustancial.

La provisoriedad es una propiedad de toda cautela que se deriva de su instrumentalidad, según la cual «los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración *temporal* [...], sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de *otra providencia jurisdiccional* [...] definitiva»⁴⁸.

⁴⁸ Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, traducción de Marino Ayerra Merin, (Buenos Aires: Librería El Foro, 1996): p. 37.

Podetti afirma que «la provisoriedad supone que las medidas solo pueden existir mientras duren las circunstancias que las determinaron»⁴⁹, lo que remite a la idea de mutabilidad, es decir, a la virtualidad de la decisión cautelar de ser modificable e incluso revocable a petición del interesado por el mismo órgano que la providenció, incluso si se encuentra precluida la oportunidad de recurrirla⁵⁰.

A ello es menester añadir que la providencia cautelar es una decisión que se toma sobre la base de estándares de “verosimilitud”, no de “certeza”, para evitar prejuizgamiento, luego de una fase de cognición que, por vía de consecuencia, es mucho más expedita y superficial que la ordinaria (*summaria cognitio*)⁵¹, incluso sin audiencia de la parte contraria.

Es por ello que en sede procesal la oposición y no la apelación es el recurso admisible de forma ordinaria contra el decreto cautelar, en el entendido de que posibilita al órgano jurisdiccional que emitió un pronunciamiento sumario sobre la pretensión cautelar, revisar su propia decisión a fin de determinar la necesidad de modificarla o revocarla, según el caso.

En ese orden de ideas, la provisoriedad y mutabilidad del instituto cautelar, aunado al hecho de que sean decisiones que se dictan mediante juicios sumarios de verosimilitud y no de certeza, son razones que podrían justificar objetivamente la inadmisibilidad del recurso de nulidad contra el laudo cautelar en sede judicial, si se entiende que, por la naturaleza de ese tipo de decisión, el tribunal arbitral estaría facultado naturalmente para pronunciarse sobre su modificación o revocación en el marco del proceso arbitral, lo que no podría hacer respecto del laudo definitivo o final, a saber, el que resuelve la controversia principal.

En ese sentido, parece razonable afirmar que en todo sistema donde se conciba al arbitraje como una manifestación de la función jurisdiccional y a la potestad cautelar de los árbitros como una emanación de esa actividad, la oposición contra la providencia cautelar debe entenderse como un derecho fundamental de contenido procesal, inmerso en el concepto omnicompreensivo de tutela efectiva jurisdiccional y, por consiguiente, irrenunciable e indispensable para provocar un reexamen del asunto cautelar que, en esencia, es siempre alterable.

La mutabilidad que el Derecho procesal reconoce al fenómeno cautelar fue recogida en la Ley Modelo CNUDMI, que en su artículo 17 D señala que «[e]l tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes», y en el artículo 26 (5) del Regla-

⁴⁹ Ramiro Podetti, *Tratado de las Medidas Cautelares*, Segunda Edición (Buenos Aires: Ediar, 1969): p. 34.

⁵⁰ Cfr. Ídem.

⁵¹ Cfr. Piero Calamandrei, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*.

mento CNUDMI que, en términos prácticamente idénticos, establece que «[e]l tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes».

Siendo ello así, se podría señalar como colofón que existe consenso general de los Estados respecto de la mutabilidad de la decisión cautelar y del derecho, cuando menos de las partes de la controversia, de ejercer oposición al laudo cautelar.

En Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial en materia cautelar se limita a disponer en su artículo 26 que, «[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar las medidas cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio», esto quiere decir, en suma, que no hace referencia directa o mediata a la posibilidad de las partes o del tercero de hacer oposición al laudo cautelar.

De hecho, en la Ley de Arbitraje Comercial tampoco se regulan los requisitos de admisibilidad y procedencia de la pretensión cautelar ni se asigna un contenido típico a las medidas cautelares, cuestiones que sí se desarrollan en los artículos 17 y 17 A de la Ley Modelo CNUDMI y 26 del Reglamento CNUDMI, todo lo cual invitaría a pensar que el vacío normativo deba ser integrado en Venezuela a través de la aplicación supletoria de la Ley de Reforma Parcial del Código de Procedimiento Civil (en adelante "Código de Procedimiento Civil")⁵².

Sin embargo, sucede que el arbitraje comercial se justifica, *inter alia*, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, que funge como dispositivo de legitimación de la jurisdicción del tribunal arbitral, lo que quiere significar que el proceso arbitral, a diferencia de lo que ocurre con el proceso judicial, se encuentra regulado directamente por las disposiciones establecidas de forma expresa por las partes del acuerdo arbitral, por el reglamento del centro de arbitraje al que se hayan sometido en caso de arbitraje institucional y, supletoriamente, por la *lex arbitri*, que en Venezuela es la Ley de Arbitraje Comercial, de manera que la aplicación de la ley procesal ordinaria, ante la ausencia de una remisión expresa de las partes, escapa a la lógica intrínseca de la dinámica arbitral.

Adicionalmente, es ampliamente aceptado en esta materia que el tribunal arbitral cuenta naturalmente con autonomía procesal⁵³ para la dirección y sustanciación del

⁵² Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.522, de 2 de agosto de 1990, y texto íntegro del Código de Procedimiento Civil, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.196 Extraordinario, de 2 de agosto de 1990, reimpresos por error material en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.209 Extraordinario, de 18 de septiembre de 1990.

⁵³ En relación con la discrecionalidad procesal del tribunal arbitral, Gonzalo Stampa sostiene que: «Al aceptar su encomienda (*receptum arbitrii*) el árbitro queda legitimado ante las partes para tramitar el procedimiento, sirviéndose de tres poderes: (i) el de documentación, (ii) el de decisión –con su implícito poder de dirección de las actuaciones– y (iii) el de ejecución. El árbitro analizará las necesidades organizativas de las partes y, sobre esta base, articulará los mecanismos necesarios para desarrollar las actuaciones previstas con respeto a los derechos procedimentales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad (*poder de dirección de las actuaciones y poder de ejecución*). Finalizadas estas actuaciones, el árbitro habrá accedido

procedimiento, inherente al poder de decidir la controversia, que le permite resolver de forma discrecional (no arbitraria) todas las cuestiones procesales que no se encuentren expresamente reguladas por las partes o el reglamento del centro en caso de arbitraje institucional.

Sin embargo, en situaciones de silencio normativo, como sucede en materia cautelar, aunque el tribunal arbitral no tenga el deber legal de aplicar la ley procesal ordinaria, sí podría encontrar en ella, precisamente, sobre la base de su autonomía procesal en la ordenación del procedimiento, una fuente de inspiración para resolver por analogía aquellos escenarios procesales no previstos en las normas aplicables al procedimiento, lo que además sería conveniente a fin de evitar el riesgo de invalidación o desconocimiento del laudo arbitral en sedes de nulidad y ejecución por quebrantamientos de forma sustanciales.

Siendo ello de tal manera, parece conveniente dedicar unas líneas al tratamiento que brinda el Derecho procesal doméstico a la intervención de tercero en materia cautelar, con miras de descubrir soluciones que puedan ser efectivas, *mutatis mutandis*, en sede de arbitraje comercial.

En Venezuela tanto las formas voluntarias como forzosas de intervención de terceros en el proceso judicial se recogen de manera general en el artículo 370 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, esa disposición, aun cuando prevé el derecho del tercero de oponerse a la medida “ejecutiva” de embargo, no contempla de forma expresa su posibilidad de ejercer oposición a una medida “cautelar”.

Evidentemente, ello no puede conducir al yerro de estimar que el tercero afectado por el pronunciamiento y la virtual ejecución de una cautela decretada en un proceso donde no sea parte y, por tanto, donde no haya tenido la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales de contenido procesal (garantías superiores del proceso), se encuentre desasido de medios para impugnar, precisamente, aquella providencia preventiva que lesiona su esfera de intereses.

Por ello, la disposición contenida en el artículo 604 del Código de Procedimiento Civil, que reza: «Ni la articulación sobre estas medidas, ni la que origine la reclamación de terceros, suspenderán el curso de la demanda principal», ha sido interpretada de acuerdo con el principio *pro actione*, en el sentido de considerar que el legislador procesal se posicionó a favor de la posibilidad del tercero de oponerse, no sólo a la medida ejecutiva de embargo, sino también a las medidas de naturaleza preventiva.

ordenadamente a los elementos de convicción en los que fundamentará su decisión (*poder de documentación y poder de decisión*). Las partes deberán colaborar con el árbitro para la consecución de estos objetivos y propiciar así la tramitación eficaz del procedimiento arbitral». Gonzalo Stampa, «La organización del procedimiento arbitral», *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* 1 (2020): p. 65.

En torno a la posibilidad del tercero de ejercer oposición a las medidas cautelares, el Tribunal Supremo de Justicia ha colocado a su disposición distintas vías procesales que le permitan hacer efectivos sus derechos e intereses, en aras de asegurar de la manera más amplia posible el derecho a la defensa de aquél que no es parte en el proceso. Así se ha pronunciado por órgano de su Sala Constitucional desde la sentencia 2206/2001, de 9 de noviembre, recaída en el caso *Inmobiliaria Pineda C.A. en amparo*, donde sostuvo que la oposición de tercero a una medida cautelar puede sustanciarse sobre la base del procedimiento previsto en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil para la oposición de terceros a la medida ejecutiva de embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 604 *eiusdem*.

Con posterioridad, la Sala Constitucional estableció en la sentencia 1317/2002, de 19 de junio, recaída en el caso *Gran Boulevard 5 de Julio en amparo*, la interpretación “desde la Constitución” del artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, afirmando que «no existe argumento legal, que pueda hacer nugatorio el derecho de un tercero [...] para que a través de los medios ordinarios [...] obtenga la tutela jurisdiccional del derecho sustancial reclamado».

También ha reconocido la Sala Constitucional que el tercero tiene la posibilidad de impugnar el decreto de la medida cautelar a través del recurso previsto ordinariamente a tales efectos, a saber, el de primer grado de oposición recogido en el artículo 602 del código de rito civil. En efecto, así lo hizo en la sentencia 23/2007, de 19 de enero, recaída en el caso *Simón Vielma Rodríguez en amparo*, que ratificó a su vez el criterio fijado, *inter alia*, en las sentencias 4398/2005, de 12 de diciembre, recaída en el caso *Cirilo Antonio Marcano Rodríguez en amparo* y 785/2006, de 7 de abril, recaída en el caso *Ricardo Vergara Icaza en amparo*.

Por tanto, en Venezuela el tercero tiene la posibilidad de edificar su ataque contra la medida cautelar sobre la base de dos mecanismos diferenciados, a saber, la oposición contra el decreto cautelar que el artículo 602 *eiusdem* reconoce formalmente a la “parte” afectada, y la oposición de tercero contra la ejecución, que la ley procesal reconoce expresamente al “tercero” propietario o poseedor del bien cautelado.

En lo atinente a los presupuestos de procedencia de esas dos vías de impugnación, Henríquez La Roche enseña que:

La oposición de la parte que prevé este artículo 602 tiene una clara diferencia en el contenido con la oposición del tercero (Art. 546). Versará siempre sobre el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la medida, sobre la insuficiencia de la prueba, sobre la ilegalidad de la ejecución, impugnación del avalúo, etc., pero nunca sobre la propiedad. Porque si el sujeto contra quien obra la medida dice no ser propietario de la cosa embargada (o del inmueble sobre el cual versa la prohibición de enajenar y gravar o cualquier otra medida asegurativa de derechos creditorios innominada), no tendrá cualidad ni interés procesal, y, según el artículo 16, tampoco la legitimidad para hacer la oposición, su defensa. En tanto, la oposición del tercero, como medio legal de protección de sus derechos, versará sobre la propiedad o la posesión [...]. En la oposición de parte *la propiedad es la cualidad* que legitima el ejercicio de

su oposición; en la del tercero, la propiedad, además de la cualidad, es *argumento*; el interés sustancial; aun cuando no el único, pues como se ha visto [...] su oposición puede fundarse también en la posesión⁵⁴.

El artículo 546 de la ley procesal venezolana lo que hace es reconocer una vía sumaria y eficaz de protección al propietario o poseedor que no es parte del proceso donde se haya dictado una decisión que lo afecte, lo que es lógico, ya que todo derecho subjetivo⁵⁵ supone un interés protegido por el Derecho, que legitima al titular para actuar ante escenarios de violación o amenaza. Luego, la oposición de tercero no es más que el mecanismo procesal que cualquier Estado democrático debe brindar al propietario o poseedor que, sin ser parte formal de una controversia, resulta afectado por una decisión jurisdiccional de carácter definitivo o cautelar.

Entendida en esos términos, será de fuerza concluir que la oposición de tercero constituye un verdadero derecho fundamental de contenido procesal, inmerso en el concepto de la tutela efectiva judicial.

En ese orden de ideas, sobre el particular se puede afirmar que en Venezuela la oposición de tercero contra la providencia cautelar es un derecho subjetivo inserido en el principio de la tutela judicial efectiva, y que el tercero afectado por el decreto y ejecución de una medida cautelar tiene la posibilidad de escoger el procedimiento de oposición de su preferencia, de acuerdo con sus necesidades concretas de protección, siendo igualmente operativas la vía que ofrece el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil contra la ejecución, justificada en la propiedad o la posesión como fundamentos de la legitimación a la causa y presupuestos de procedibilidad del recurso, y el mecanismo ordinario de impugnación del decreto cautelar recogido en el artículo 602 *eiusdem*, que tiene en la propiedad el origen de la legitimación del recurrente y en la racionalidad jurídica y la legalidad de la decisión en el establecimiento y valoración de los hechos y las pruebas sus supuestos de procedencia.

5. Oposición de tercero al laudo cautelar

Como se dijo previamente, la Ley Modelo CNUDMI y el Reglamento CNUDMI, aun cuando reconocen el derecho de las partes de solicitar al tribunal arbitral la revocación de una medida cautelar, no se pronuncian en torno a la posibilidad de un tercero de ejercer oposición.

⁵⁴ Ricardo Henríquez La Roche, *Código de Procedimiento Civil*, pp. 465-466.

⁵⁵ Para Rocco, el derecho subjetivo es «la facultad o el poder, reconocido y concedido por una norma jurídica a un sujeto individualmente determinado, de querer y de obrar para la satisfacción de un interés suyo, tutelado precisamente por la norma, y de imponer su voluntad y su acción a la voluntad y a la acción de otros sujetos distintos» (como se cita en Marcos Solís Saldivia, *op. cit.*, p. 75).

La Ley de Arbitraje Comercial, de su lado, no contempla mecanismo de impugnación de parte ni de tercero contra el laudo cautelar. Por el contrario, su artículo 27 dispone que «[e]n el procedimiento arbitral no se admitirán incidencias», lo que invitaría a pensar que no existe la posibilidad de ejercer oposición contra el laudo cautelar en sede arbitral.

Esa conclusión, desde luego, debe desecharse con base en un argumento de reducción al absurdo, pues, si se acepta que la labor del tribunal arbitral participa de la naturaleza de la función jurisdiccional, que es una actividad ordenada al logro del fin impersonal de hacer justicia y a la tutela efectiva de los derechos, será necesario aceptar que en el desarrollo de su actividad heterocompositiva no se encuentra habilitado para proceder de cualquier modo, sino que está llamado a asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales procesales. En ese orden de ideas, se ha señalado que:

Pese al indudable vacío legal existente en la Ley de Arbitraje Comercial, todo sistema cautelar debe ofrecer a la parte afectada el derecho a formular oposición o ejercer otro recurso contra la providencia cautelar que le afecta, además de tener la posibilidad de probar los alegatos en que basa su defensa, so pena de producir indefensión, que conculcaría los derechos y garantías fundamentales⁵⁶.

En el mismo sentido se ha pronunciado en Venezuela el Tribunal Supremo de Justicia, por órgano de su Sala Constitucional, *inter alia*, en la sentencia 1541/2008, de 17 de octubre, recaída en el caso *Hildegard Rondón de Sansó y otros*, al sostener que:

[...] la Sala ha tenido oportunidad de ratificar los poderes cautelares de los árbitros, al señalar que el órgano arbitral constituido conforme a la ley, está plenamente facultado para verificar la existencia de los presupuestos procesales indispensables para el otorgamiento de una cautela, lo que abarca, incluso su potestad implícita para resolver lo atinente a la oposición que pudiera formularse en su contra.

Si ello no fuese suficiente, lo cierto es que, desde una perspectiva técnica, el instituto cautelar no puede entenderse como un “incidente” del proceso arbitral, toda vez que, en puridad de rigor, está referido a una litis distinta que inicia con una pretensión autónoma y diferenciada, instrumental por supuesto, pero no accesoria a la controversia principal, ya que la nota de instrumentalidad supone, de suya, que su objeto guarde homogeneidad (sea parecido) pero no identidad con el objeto de la pretensión principal.

No en vano, los reglamentos de los tres principales centros de arbitraje en Venezuela prevén la oposición de parte y de tercero de forma expresa. En efecto, el Reglamento CACC contempla en sus artículos 22 y 68 la oposición de parte al decreto de la medida cautelar de urgencia y a la medida cautelar del tribunal arbitral, respectivamente, a partir de su notificación, y reconoce el mismo derecho de oposición al tercero en el

⁵⁶ Luis Rodolfo Herrera G., «Algunas implicaciones del trámite cautelar a partir de la Ley de Arbitraje Comercial», *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* 1 (2020): p. 430.

parágrafo único de ambas disposiciones, hasta antes del cese de funciones del árbitro de emergencia o del tribunal arbitral, según el caso.

El Reglamento CAMCM aborda el particular en términos similares, pues en su artículo 50 se reconoce a la parte contra quien obre y al tercero afectado, el derecho a hacer oposición contra la medida cautelar de emergencia, mientras que en el parágrafo segundo de su artículo 100 se reconoce a la "persona" contra quien obre la medida cautelar dictada por el tribunal arbitral, la posibilidad de oponerse a su decreto, un enunciado que, por su generalidad semasiológica y en atención al argumento *a fortiori*, incluye no sólo a la parte sino también al tercero afectado, ya que, si se reconoce al tercero la posibilidad de oponerse a la cautela de emergencia, "con mayor razón" tendrá derecho de hacer oposición contra la cautela del tribunal arbitral.

No obstante, en relación al Reglamento CAMCM conviene hacer algunas precisiones. Tanto su artículo 50 como su artículo 100 otorgan un plazo a la parte y al tercero para hacer oposición a partir de su notificación, lo que es lógico, ya que ambas disposiciones están referidas expresamente a la posibilidad de oponerse al decreto cautelar, no a su ejecución.

Ello quiere significar, sin embargo, que en el Reglamento CAMCM el mecanismo de la oposición está diseñado procesalmente en función de la posición de "parte", sin atender de manera especial las necesidades de protección del tercero, como quiera que el deber de notificar del tribunal arbitral está referido a las partes de la controversia, no a los terceros. Luego, el plazo para ejercer oposición del tercero no apersonado no podrá computarse a partir de la notificación del decreto de la cautela, toda vez que esa situación supondría colocarlo en un escenario de indefensión.

Por su parte, el Reglamento CEDCA dispone en su artículo 38 (5) que «[q]uien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella», pudiendo tratar de una cautela dictada por el tribunal arbitral de urgencia o por el tribunal arbitral del fondo de la controversia.

La expresión "quien resulte afectado", por su generalidad semántica, debe interpretarse en el sentido de considerar que cualquier persona con interés (dado por la medida del agravio), parte o tercero, tiene el derecho de oponerse al laudo cautelar, y ello a pesar que más adelante la disposición señale que:

El Tribunal Arbitral de Urgencia que haya dictado la medida cautelar, conocerá de la oposición. Sin perjuicio de lo anterior, si la parte interesada lo solicita, el Tribunal Arbitral designado conforme a los artículos 24 y 25 de este Reglamento, será el encargado de revisar la oposición.

Podría predicarse que el uso posterior de la palabra "parte" en el artículo 38 (5) haría necesario estimar que la expresión "quien resulte afectado" sólo puede referirse a los sujetos de la controversia principal, no al tercero. Sin embargo, ello no parece razonable desde el punto de vista teleológico, y tampoco resulta satisfactorio de acuerdo

con el argumento *sedes materiae*, ya que, por su ubicación en el enunciado de la norma, se podría decir que la expresión “parte” abarca también al tercero del proceso arbitral, ya que el tercero con su oposición se hace “parte” de la litis cautelar.

En relación al órgano que debe conocer la oposición al laudo cautelar, se ha dicho que:

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, [...]. [...].

Poner en manos del tribunal judicial la posibilidad de dirimir la oposición ejercida en contra de la medida preventiva otorgada en sede arbitral o de suspender la ejecución de la tutela cautelar con vista a una cautela sustituyente presentada ante aquel por la parte afectada, se traduciría en una indebida intromisión judicial que atentaría contra la autonomía de la justicia arbitral⁵⁷.

Desde luego, si el medio de impugnación es ejercido por una de las partes de la controversia, resulta evidente que el conocimiento de la oposición le corresponderá al tribunal arbitral, incluso si se trata de una parte no signataria, es decir, de un tercero al que le sean extensibles “directamente” los efectos del acuerdo arbitral y, por tanto, la jurisdicción del tribunal arbitral.

No parece tan claro, sin embargo, que el tercero que no pueda considerarse como parte no signataria del acuerdo de arbitraje tenga la posibilidad de oponerse al laudo cautelar en sede de arbitraje comercial, oponiendo (principio de oponibilidad del contrato) su participación en el proceso arbitral incluso contra la voluntad y el querer de las partes y del tribunal arbitral.

En lo atinente a ese asunto, debe precisarse en primer lugar que desconocer al tercero la posibilidad de ejercer oposición al laudo cautelar en el proceso arbitral iría contra la autonomía del arbitraje frente al Poder Judicial, pues la tutela que se le niegue en sede de arbitraje comercial tendrá que buscarla ante el juez ordinario de la ejecución, ora por medio de las oposiciones previstas en los artículos 546 y 602 del Código de Procedimiento Civil, o bien mediante el ejercicio del recurso de nulidad o la pretensión de amparo constitucional contra el laudo cautelar ante el juez superior, teniendo el oficio judicial el deber legal de conocer del medio de impugnación o invalidación que se ejerza, según el caso, ya que, tal como se ha visto, en Venezuela la oposición a la providencia cautelar es un derecho fundamental de contenido procesal inmerso en el concepto de tutela efectiva.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 431.

La intervención del tercero en esta materia claramente es voluntaria y oponible a las partes y al tribunal arbitral, a quienes además les conviene aceptar la intervención del tercero para asegurar la autonomía del proceso arbitral y evitar eventuales riesgos de nulidad y desconocimiento del laudo final.

En lo tocante a ese punto, será útil recordar que la Ley de Arbitraje Comercial no prevé la oposición de parte ni de tercero al laudo cautelar, y que, aunque los reglamentos de los tres principales centros de arbitraje sí reconocen el derecho de la parte y el tercero de ejercer oposición ante el tribunal arbitral, no desarrollan sus requisitos de procedibilidad y sus procedimientos no están ajustados a las necesidades de protección del tercero.

Siendo ello de tal forma, lo más razonable será concluir que en el arbitraje comercial las oposiciones de parte y de tercero deben entenderse, al igual que ocurre en el Derecho procesal estatal, como medios de impugnación de carácter recursivo de primer grado, que tienen la virtualidad de provocar el reexamen de la controversia cautelar por el tribunal arbitral, y que ello es así, como quiera que tanto en sede judicial como de arbitraje las medidas cautelares son provisorias, modificables y se decretan en base a una fase de cognición mucho más expedita y superficial que la ordinaria, incluso sin audiencia de la parte contraria, por lo que, brindarle al tribunal que providenció la medida la oportunidad de reconsiderar la decisión adoptada sumariamente se antoja, cuando menos, conveniente para el aseguramiento de la justicia y la racionalidad jurídica de la decisión.

CONCLUSIÓN

Parece de aceptación general, cuando menos en el foro venezolano, la naturaleza de laudo parcial o interlocutorio de la decisión del tribunal arbitral que acuerda una medida cautelar, por entender que resuelve de forma definitiva el punto de la controversia que le es propio.

En todo sistema cautelar la oposición contra la providencia cautelar asume un sentido anfibológico que permite entenderla, en primer orden, como un derecho subjetivo asociado a la tutela efectiva que debe brindar toda actividad jurisdiccional, y luego, como el medio de impugnación ordinario de la decisión cautelar, por tener como propiedad inmanente la virtualidad de provocar el reexamen de la controversia cautelar por el órgano que la haya providenciado, lo que resulta conveniente para asegurar la justicia y racionalidad jurídica de la decisión, en el entendido de que la institución cautelar es, por naturaleza y finalidad, provisorio, mutable y adoptada en base a una fase de cognición mucho más expedita y superficial que la ordinaria, incluso sin audiencia de la parte contraria.

En relación con el consenso general de los Estados sobre el particular, la Ley Modelo CNUDMI y el Reglamento CNUDMI, aun cuando reconocen el derecho de las partes de solicitar al tribunal arbitral la revocación de una medida cautelar, guardan silencio en torno a la posibilidad de un tercero de ejercer oposición.

En Venezuela la Ley de Arbitraje Comercial no recoge la figura de la oposición de parte ni de tercero, pero sí está prevista en los reglamentos de sus tres principales centros de arbitraje. En todo caso, incluso ante la ausencia de regulación de las partes y del reglamento en caso de arbitraje institucional, el tribunal arbitral deberá asegurar el derecho de las partes y del tercero de hacer oposición al laudo cautelar a fin de evitar el riesgo de anulación o desconocimiento por quebrantamientos de forma con menoscabo del derecho a la defensa, en la medida que la oposición es un derecho subjetivo en el que está interesada la tutela efectiva de la jurisdicción.

De acuerdo con el principio de relatividad en sede de arbitraje comercial no puede forzarse al tercero a hacer oposición ante el tribunal arbitral. Su intervención, por tanto, es voluntaria, pero también oponible a la voluntad y el querer de las partes y del tribunal arbitral.

Ello no obsta, sin embargo, para afirmar razonablemente que, si se entiende que la oposición es, por definición, un medio de gravamen de primer grado que excita el examen *ex novo* de la litis cautelar por el órgano que la haya pronunciado y no otro, cuando la cautela es dictada por un tribunal arbitral, habrían razones para sostener objetivamente que el tercero debe ejercer su oposición en sede de arbitraje comercial, máxime si se considera que es el tribunal arbitral quien se encuentra en la mejor posición de conocer la verdad de la controversia, lo que invita a pensar que en este respecto el oficio judicial debería limitarse a suspender la ejecución y pasar los autos al tribunal arbitral.

En Venezuela, de conformidad con el estándar establecido por la jurisdicción constitucional, la oposición de tercero, igual que la de parte, provoca un nuevo examen de la racionalidad jurídica y la legalidad de la decisión arbitral en el establecimiento y valoración de los hechos y de las pruebas de la controversia cautelar. Sin embargo, el tercero tiene también, y en primer orden, la posibilidad de justificar la oposición en su derecho de propiedad o posesión, que constituirían, en ese sentido, los fundamentos de su legitimación a la causa y los presupuestos de procedibilidad del recurso, quedando la sustanciación de este tipo de oposición, ante el silencio de las partes y del reglamento en caso de arbitraje institucional, sujeta a la discrecionalidad del tribunal arbitral, de conformidad con el principio de autonomía procesal en la ordenación del procedimiento arbitral.

En lo que respecta a este tema, el recurso de nulidad y el amparo constitucional serían admisibles luego del agotamiento del recurso de oposición, si se considera que la controversia cautelar en sede arbitral es resuelta de forma "definitiva" (cosa juzgada formal) por la decisión que se pronuncia acerca de la oposición a la medida, en razón de

lo cual ha de ser sobre ella y no respecto del decreto primigenio de la cautela, que deba recaer los juicios de invalidación que brindan las vías del recurso de nulidad y el amparo constitucional, según el caso.

BIBLIOGRAFÍA

- Araque Benzo, Luis Alfredo. *Manual del Arbitraje Comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Bernad Mainar, Rafael. *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. T. III. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2012.
- Calamandrei, Piero. *Casación Civil*, traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1959.
- Calamandrei, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, traducido por Marino Ayerra Merín. Buenos Aires: Librería El Foro, 1996.
- Carnelutti, Francisco. *Sistema de Derecho Procesal Civil, T. III Actos del Proceso*, traducido por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944.
- Dimolitsa, Antonias. «La “extensión” de la cláusula compromisoria a los no signatarios». Traducido por Magdalena Bulit Goñi. En *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, dirigido por Emmanuel Gaillard y Diego P. Fernández Arroyo, 111-132. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013. Edición en PDF.
- Domínguez Guillén, María Candelaria. «La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano». *Revista de Derecho Privado* 31 (2016).
- Henríquez La Roche, Ricardo. *El arbitraje comercial en Venezuela*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000.
- Henríquez La Roche, Ricardo. *Código de Procedimiento Civil, Tomo IV*. Caracas: Ediciones Liber, 2004.
- Herrera G., Luis Rodolfo. «Algunas implicaciones del trámite cautelar a partir de la Ley de Arbitraje Comercial». *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* 1 (2020): 413-434. Edición en PDF.
- Mélich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. 5ta. Edición, 2da. Reimpresión. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2014.
- Mezgravis, Andrés A. «El amparo constitucional y el arbitraje». *Revista de Derecho Administrativo* 6 (1999).
- Ortíz-Ortíz, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*. Caracas: Frónesis, 2004.

- Podetti, Ramiro. *Tratado de las Medidas Cautelares*. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediar, 1969.
- Rengel Núñez, Pedro. «La impugnación del laudo arbitral». *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional 1* (2020).
- Rengel Núñez, Pedro. «La noción de laudo arbitral». *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional 3* (2022).
- Rengel Núñez, Pedro. «Procedimiento arbitral y traba de la litis». *Preámbulo 1* (2023).
- Rojas Hernández, Jesús Augusto. «La Importancia de los Centros de Arbitraje en la Incorporación de Partes No Signatarias a Procedimientos Arbitrales». *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* (2023).
- Santana Pérez, Militza A. «Artículo 6». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. Tomo I*, coordinado por Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquírigo Pittevil, 489-511. Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022.
- Solís Saldivia, Marcos. *La potestad jurisdiccional: Una aproximación a la teoría general de la jurisdicción*. Caracas: Vadell Hermanos, 2010.
- Stampa, Gonzalo. «La organización del procedimiento arbitral». *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional 1* (2020).

Control difuso de constitucionalidad de leyes en sede arbitral en Venezuela

José Alejandro Rivero Linares*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 305-326

Resumen: El Código de Procedimiento Civil venezolano vigente prevé la figura del control difuso de constitucionalidad en su Artículo 20. Por su parte, nuestra Constitución ha consagrado una norma similar en su Artículo 334, la cual atribuye a todos los Tribunales de la República, cuando decidan un caso concreto, el poder de declarar la inaplicabilidad de las leyes y demás actos estatales normativos cuando estimen que son inconstitucionales, dándole por lo tanto preferencia a las normas constitucionales. En la actualidad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha admitido que los Árbitros pueden-deben realizar el control difuso de la constitucionalidad mediante la desaplicación de normas que consideren contrarias a la Constitución. A tal efecto, el presente estudio realiza un breve análisis sobre tal figura que nos ha parecido de especial interés, por su trascendencia, posibilidades, alcance y fin último.

Palabras clave: Control Constitucional, Control Difuso, Arbitraje, Recurso de Revisión.

Diffuse control of constitutionality of laws in arbitration in Venezuela

Abstract: *The Venezuelan Code of Civil Procedure in force provides for the figure of the diffuse control of constitutionality in its Article 20. On its part, our Constitution has enshrined a similar rule in its Article 334, which attributes to all the Courts of the Republic, when deciding a concrete case, the power to declare the inapplicability of laws and other normative state acts when they deem them unconstitutional, thus giving preference to constitutional norms. At present, the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice has admitted that the Arbitrators may-must-perform the diffuse control of constitutionality through the disapplication of norms that they consider contrary to the Constitution. To this effect, this study makes a brief analysis of such figure, which we have found to be of special interest, due to its transcendence, possibilities, scope and ultimate purpose*

Keywords: *Constitutional Control, Diffuse Control, Arbitration, Appeal for Review.*

Recibido: 17/9/2024

Aprobado: 29/11/2024

* Abogado mención honorífica *Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Programa de Formación Multidisciplinario en Inteligencia Artificial, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje, Universidad Monteávila (Venezuela). Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. International Arbitration Trainee en el Programa de Arbitraje Internacional de ECIJA Integrum (Guatemala). Abogado asociado en A2 Legal. Miembro del Comité de Arbitraje y Comité de Tecnología de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham).

Control difuso de constitucionalidad de leyes en sede arbitral en Venezuela

José Alejandro Rivero Linares*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024, pp. 305-326

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. El Control Constitucional en el Derecho Venezolano. 1.1. Razón del Control de Constitucionalidad de Leyes en Venezuela. 1.2. Mecanismos de Control de Constitucionalidad de Leyes en Venezuela. 1.3. Control Difuso de Constitucionalidad de Leyes en Venezuela. 2. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0702 del 18 de octubre de 2018. 3. Control Difuso de Constitucionalidad de Leyes en sede Arbitral en Venezuela. 3.1. Breve Análisis Sobre el Control Difuso de Constitucionalidad Extensible a los Árbitros de Equidad. 4. Recurso de Revisión Constitucional Contra el Laudo Mediante el Cual se Aplicó el Control Difuso de Constitucionalidad. 5. Balance del Control Difuso de Constitucionalidad de Leyes Reconocido a los Árbitros en Venezuela. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

En Venezuela, como también ha sucedido en muchos otros países latinoamericanos —como Colombia, Ecuador, Perú y Argentina—, la jurisprudencia ha reconocido en los Tribunales Arbitrales, cuando decidan un caso concreto, el poder de declarar la inaplicabilidad de las leyes y demás actos estatales normativos cuando estimen que son inconstitucionales, dándole por tanto preferencia a las normas constitucionales. Se trata, sin duda, de la base legal del control difuso de la constitucionalidad de leyes en sede arbitral.

Este carácter reconocido a los Árbitros en el sistema venezolano fue destacado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 0702 del 18 de octubre de 2018, siendo nuestro propósito su estudio.

De esta forma, pretendemos analizar, en primer lugar, el principal argumento y fundamento que se ha esgrimido para soportar la legitimidad de los controles de constitucionalidad en Venezuela. En segundo lugar, entraremos a conocer los mecanismos para el control constitucional de leyes reconocidos en Venezuela, determinando sus

* Abogado mención honorífica *Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela. Programa de Formación Multidisciplinario en Inteligencia Artificial, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje, Universidad Monteávila (Venezuela). Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela. International Arbitration Trainee en el Programa de Arbitraje Internacional de ECIJA Integrum (Guatemala). Abogado asociado en A2 Legal. Miembro del Comité de Arbitraje y Comité de Tecnología de la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VenAmCham).

razones, con especial énfasis en el denominado control difuso y sus mecanismos de revisión. En un siguiente punto, analizaremos la sentencia a través de la cual se ha reconocido en los Árbitros el poder-deber de desaplicar leyes que entren en conflictos con normas Constitucionales, expondremos nuestros argumentos a favor de tal figura con un especial análisis respecto a los Árbitros de Equidad. Por último, estudiaremos el recurso de revisión contra laudos arbitrales que apliquen el control difuso y examinaremos el balance de la implementación del control difuso llevado a cabo hasta la fecha por los Árbitros.

Creemos conveniente aclarar que el análisis que se pretende desarrollar en las siguientes líneas se encuentra basado, sustancialmente, en el sistema de control constitucional venezolano, por lo que las conclusiones a las que arribemos no son, necesariamente, universales.

1. El Control Constitucional en el Derecho venezolano

1.1. Razón del control de constitucionalidad de leyes en Venezuela

Entre los distintos principios que integran el constitucionalismo moderno, la supremacía constitucional ha sido empleada como principal fundamento del control de constitucionalidad de leyes que, en principio veremos, ejercer el Poder Judicial. Desde sus primeros antecedentes, tal institución ha tenido como principal valor la protección de principios básicos de una sociedad frente al ejercicio diario de la autoridad¹. Son esos principios los que en el Estado de Derecho se encuentran consagrados en la Constitución, la cual debe ser acatada como norma suprema por todas las manifestaciones del Poder Público.

Es por esto por lo que, tal y como expresa Escudero León, el principio de la supremacía constitucional es el pilar fundamental de la construcción de la institución del control de constitucionalidad de leyes; pues, si la Constitución se considera como la ley suprema del Estado, en todo caso de conflicto entre una ley y la Constitución, ésta última es la que debe prevalecer².

Este principio es recogido por el Artículo 7 de nuestra Constitución, el cual posiciona a la misma como norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico. Dicha disposición se ve ampliada por lo dispuesto en el Artículo 131 constitucional al señalar que "toda persona tiene el deber de cumplir y acatar la Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público"³.

¹ Margarita Escudero León, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público* (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005), p. 61.

² Allan Brewer-Carías, *El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el Derecho venezolano*, *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, 2010. pp. 671-690.

³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 30 de diciembre de 1999 (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999).

1.2. Mecanismos de control de constitucionalidad de leyes en Venezuela

Clásicamente el control de constitucionalidad de leyes se ejerce a través de la confrontación de la norma objeto de aplicación o revisión con las normas constitucionales contenidas en el texto fundamental. En el caso venezolano, es necesario mencionar que, de conformidad con el Artículo 23 de la Constitución, los tratados y convenciones de derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional⁴, prevaleciendo en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorable a las establecidas en la Constitución y las leyes de la República⁵. En consecuencia, el análisis de la constitucionalidad de leyes en Venezuela incluye la adecuación de las normas internas a los referidos tratados en materia de derechos humanos⁶.

Sin embargo, como indica Escudero León, el control de la constitucionalidad de leyes ha ampliado su ámbito de evaluación a más allá de la contrariedad a una expresa disposición constitucional. Hoy en día, dicho control ha comenzado a ejercerse también cuando la norma revisada violenta principios constitucionales que emanan del texto fundamental⁷.

Ahora bien, los mecanismos de control de constitucionalidad de leyes se clasifican básicamente según los órganos del Estado a los cuales se encomienda su ejercicio, en el sentido de que pueden ser todos los tribunales o uno sólo, sea la Corte Suprema o un Tribunal Constitucional⁸. En el caso venezolano, desde el siglo XX se aplican dos sistemas de control de constitucionalidad de leyes de forma paralela, dando origen, según refiere Brewer-Carías, a un sistema mixto o integral.

En efecto, por una parte, la Constitución establece de forma explícita en sus Artículos 266, 334 y 336⁹, la competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes y demás actos de los cuerpos deliberantes de carácter nacional, estatal o municipal dictados en ejecución directa de la Constitución, así como de los actos con rango legal dictados por el Ejecutivo Nacional¹⁰. Es decir, la Constitución prevé un control concentrado de la constitucionalidad de todos los actos estatales de rango legal o de ejecución directa de la

⁴ Larys Leiba Hernández Villalobos, "Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial", *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, No. 22, 2004, pp. 65-95.

⁵ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

⁶ Sentencia de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de marzo de 2000.

⁷ Pues, cabe recordar que la Constitución abarca no sólo normas, sino también principios y valores constitucionales que dimanan de ella. Véase Margarita Escudero León, *El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público*, p. 92.

⁸ Allan Brewer-Carías, *Comentarios en relación con sistema mixto de justicia constitucional en Venezuela como consecuencia del principio de supremacía constitucional en R. Feo, Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1994, Tomo I, pp. 26-35.

⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,

¹⁰ Allan Brewer-Carías, *El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el Derecho venezolano*, pp. 671-690

Constitución; se dice “concentrado” porque atiende a aquella atribución que es ejercida por un solo órgano jurisdiccional determinado quien es el que posee el monopolio de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, siendo en el caso venezolano, como ya apuntamos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Pero, por otra parte, el Código de Procedimiento Civil venezolano vigente prevé la figura del control difuso en su Artículo 20 señalando que “cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia”¹¹. Hoy nuestra Constitución ha consagrado una norma similar en su Artículo 334, la cual atribuye a todos los Tribunales de la República, cuando decidan un caso concreto, el poder de declarar la inaplicabilidad de las leyes y demás actos estatales normativos cuando estimen que son inconstitucionales, dándole por lo tanto preferencia a las normas constitucionales¹². Así, como indica Escudero León, hoy el control difuso en Venezuela tiene rango constitucional y claramente abarca cualquier norma jurídica que sea contraria al texto constitucional, aun aquéllas que tengan rango sublegal, como es el caso de los Reglamentos dictados por la Administración Pública¹³.

1.3. Control difuso de constitucionalidad de leyes

Cuando se habla de control difuso de la constitucionalidad de leyes, se quiere significar, que la facultad de control no se concentra en un solo órgano judicial, sino que, por el contrario, corresponde, en general, a todos los Tribunales en la República, que poseen el poder-deber¹⁴ de desaplicar al caso concreto una norma jurídica que es incompatible con la Constitución. Este control puede ser solicitado por la parte interesada o puede ser ejercido de oficio por el Juez, en cualquier nivel de la jerarquía judicial¹⁵, al momento de sentenciar cuando éste detecte la incompatibilidad de la norma con el texto constitucional¹⁶.

Desde este punto, es clave precisar que el control difuso goza de un carácter incidental, pues este poder-deber sólo puede ser ejercido *incidenter tantum*, es decir, en un proceso concreto que el Juez esté conociendo conforme a su competencia, en el cual la consideración abstracta de inconstitucionalidad de la ley o norma no es ni el

¹¹ Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990).

¹² Se trata, sin duda, de la base legal del control difuso de la constitucionalidad, véase Allan Brewer-Carías, El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el Derecho venezolano, pp. 671-690

¹³ Margarita Escudero León, El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público, p. 167.

¹⁴ Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1213 de 30 de mayo de 2000 (Caso: Carlos P. García P. vs. Ministerio de Justicia. Cuerpo Técnico de Policía Judicial).

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 331/2001, del 13 de marzo de 2001 (Caso: Henrique Capriles R. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles).

¹⁶ Por su naturaleza, al no tratarse de una acción judicial, no existe un procedimiento establecido para su ejercicio, véase Margarita Escudero León, El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público, p. 167.

objeto de dicho proceso ni el asunto principal de la decisión judicial¹⁷. Así, la decisión adoptada por el Juez sólo tiene efectos *inter partes*, es decir, única y exclusivamente en relación con las partes vinculadas a la sentencia en la cual aquella se adopta, quedando así la norma objeto de control en plena vigencia y pudiendo ser aplicada por los demás operadores jurídicos, incluidos los jueces, de no considerarla inconstitucional¹⁸. Mientras que su naturaleza es declarativa con efectos *ex tunc*¹⁹, de manera que la norma no es anulada por el Juez, sino que éste sólo declara su inconstitucionalidad y nulidad preexistentes; pues, la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma no modifica su vigencia general ni obliga al órgano legislativo que la dictó a reformarla.

Ahora bien, siendo que la ley o norma sobre la que se ejerce el control difuso no es anulada por inconstitucional, sino que sólo deja de aplicarse en el caso concreto, sin que ello tenga ningún efecto con relación a otros procesos, otros jueces y otros particulares, Brewer-Carías ha señalado que:

A los efectos de poder uniformizar los criterios jurisprudenciales por la posibilidad de múltiples decisiones judiciales, en muchos países se han establecido correcciones a estos efectos *inter partes*, sea a través de la doctrina *stare decisis* o mediante regulaciones de derecho positivo, al establecerse, por ejemplo, el recurso extraordinario de revisión de las sentencias que resuelvan las cuestiones incidentales de constitucionalidad que se puede ejercer ante el Tribunal Supremo o un Tribunal Constitucional, como sucede en Venezuela (art. 336,10)²⁰.

Así, una de las novedades en materia de justicia constitucional que trae consigo la Constitución de 1999 es el establecimiento de un mecanismo de revisión de sentencias por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el numeral 10 de su Artículo 336²¹; que no busca solo la uniformidad en la interpretación constitucional judicial, sino que además otorga a los ciudadanos un mecanismo de control de aquellas sentencias que se aparten de un adecuado ejercicio de control de constitucionalidad²².

En palabras de Escudero León, ha sido la Sala Constitucional la que ha señalado a través de la jurisprudencia que el texto constitucional tiene valor normativo, por lo que el mecanismo de revisión debe ser aplicado aún sin ley que lo desarrolle. Es por esto por lo que ha sido la propia jurisprudencia, con adelantos, retrocesos y contradicciones, la que en definitiva ha ido delineando el mecanismo de revisión de sentencias por parte de la

¹⁷ Allan Brewer-Carías, El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el Derecho venezolano, pp. 671-690,

¹⁸ Margarita Escudero León, El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público, p. 174.

¹⁹ Allan Brewer-Carías, Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo IV, 1996, pp. 310 y ss.

²⁰ Allan Brewer-Carías, El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el Derecho venezolano, pp. 671-690.

²¹ Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (...) 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. Véase Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

²² Margarita Escudero León, El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público, p. 288.

Sala Constitucional, antes de que se dictase la regulación legal. De esta forma, son dos las sentencias líderes en materia de recurso de revisión: Caso Baker Hughes²³ y Caso Corpoturismo²⁴, pues las mismas amplían el ámbito objetivo y subjetivo de tal mecanismo, determinando así los supuestos de procedencia de la revisión y la naturaleza de las sentencias susceptibles de dicho mecanismo, sirviendo a su vez de base para a la redacción de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Artículo 25, numerales 10, 11 y 25)²⁵.

Así tenemos que, las sentencias de control difuso de la constitucionalidad que pueden ser objeto de revisión son las sentencias definitivamente firmes cuando contengan interpretaciones o aplicaciones de la Constitución, en aplicación del Artículo 336 numeral 10 constitucional. De esta forma se le ha otorgado a tal mecanismo un carácter extraordinario, así excepcional, por lo que se exige, en principio, el agotamiento de las vías ordinarias de impugnación de las sentencias; y decimos “en principio” porque la propia Sala Constitucional ha estimado que aun cuando en su criterio la falta de ejercicio del recurso ordinario hace improcedente la revisión, ésta procede invocando poderes de oficio, de evidenciarse la violación del orden público constitucional²⁶.

Por último, el Artículo 33 de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia obliga a todos los Tribunales de la República que ejerzan el control difuso de constitucionalidad, informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada en aplicación del control difuso, a los fines de que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto, los jueces deberán remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme en que hayan ejercido dicho mecanismo²⁷. La justificación del informe en referencia se trata de una forma de articulación entre el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad que busca asegurar la uniformidad de la jurisprudencia en la materia. Además, la Sala Constitucional ha llegado a señalar que el Juez debe remitir no sólo copia del fallo, sino también de todo el expediente²⁸.

²³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 33 del 25 de enero de 2001 (Caso: Baker Hughes S.R.L.).

²⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 06 de febrero de 2001 (Caso: Corpoturismo).

²⁵ Rafael Badell Madrid, “El recurso de revisión constitucional en el arbitraje”, Revista Comité de Arbitraje N° 2 (2010/2011) pp. 3 – 17.

²⁶ Sentencias de Sala Constitucional del 7 de octubre de 2005, caso: Juan Bencomo, ratificada el 4 de julio de 2007, (Caso: Philipp Neg.).

²⁷ Artículo 33. Cuando cualquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales de la República ejerzan el control difuso de la constitucionalidad, deberán informar a la Sala Constitucional sobre los fundamentos y alcance de la desaplicación que sea adoptada, para que ésta proceda a efectuar un examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. A tal efecto, deberá remitir copia certificada de la sentencia definitivamente firme. Véase Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 39.522 del 01 de octubre de 2010).

²⁸ Sentencia de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 488/2001 de fecha 6 de abril de 2001 (Caso. Delu Holender). En tal sentido la Sala Constitucional ha llegado inclusive a señalar que si el Tribunal correspondiente no remite la información necesaria para determinar si el fallo donde se ejerció el control difuso es o no una sentencia definitivamente firme, tal negativa será considerada como desacato: así lo señaló en sentencia número 2790/2003 de fecha 24 de octubre de 2003 caso Thais del Carmen Negrete.

En resumen, el sistema de control difuso de constitucionalidad venezolano goza de las siguientes características:

- i. Está depositado en cabeza de todos y cada uno de los Jueces de la República;
- ii. Es amplio, ya que quedan sujeto a dicho control no sólo las leyes, sino también aquellas normas de rango sublegal, como es el caso de los Reglamentos dictados por la Administración Pública;
- iii. Procede a petición de alguna de las partes en un juicio concreto o puede ser ejercido de oficio por el Juez;
- iv. La decisión que se adopte al respecto es aplicable sólo al caso en concreto, es decir, no tiene efectos derogatorios ni *erga omnes*, y
- v. Las sentencias de control difuso de la constitucionalidad son objeto de revisión por parte de la Sala Constitucional.

2. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0702 del 18 de octubre de 2018

En el año 2016, en el proceso arbitral propuesto por Miriam Josefina Pacheco Cortés contra Carmen Cárdenas de Rodríguez, identificado con el N° CA01-A-2016- 000005 según la nomenclatura llevada por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, se dictó el Laudo 15/09/2016 mediante el cual, en su carácter de Árbitro único, la Dra. Irma Lovera De Sola desaplicó por control difuso de constitucionalidad el literal “j” del Artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.418 del 23 de mayo de 2014, que prohíbe el arbitraje en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial²⁹, dando así preferencia a lo dispuesto en los Artículos 253 y 258 de la Constitución y declarando con lugar en todas sus partes la solicitud arbitral, condenando a la parte demandada a desocupar y entregar a la demandante el local comercial, así como a pagar lo acordado como cláusula penal y finalmente a pagar las costas, tanto gastos administrativos como honorarios del Árbitro³⁰.

En el 2017, la abogada Adriana Vaamonde, en su carácter de Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Caracas, por instrucciones del Tribunal Arbitral, remitió copia certificada del laudo arbitral dictado el 15/09/2016, mencionado e identificado *at supra*, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en virtud

²⁹ 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 (...) Véase Decreto N° 929 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial (Gaceta Oficial N° 40.418, que circula de fecha viernes 23 de mayo de 2014).

³⁰ Irma Lovera De Sola, “Control difuso de constitucionalidad y arbitraje en materia de arrendamiento comercial”, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1, pp. 369-383.

de lo establecido en el Artículos 25, numeral 12 y en el Artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en vista de la desaplicación por control difuso del literal “j” del Artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, que, como ya observamos, prohíbe el arbitraje en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial.

El 18 de octubre de 2018, en virtud de la revisión del Laudo 15/09/2016, fue publicada la sentencia N° 07021 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia³¹, en ella se admitió que los Árbitros pueden realizar control difuso de la constitucionalidad mediante la desaplicación de normas que consideren contrarias a la Constitución. Esta sentencia viene a consolidar criterios pro-arbitraje sostenidos por la Sala Constitucional en numerosas oportunidades anteriores, con la peculiaridad de que hasta esta sentencia no se había presentado un caso concreto en el cual un Árbitro hubiera utilizado la herramienta del control difuso de constitucionalidad. La conclusión expuesta en esta importante decisión, a nuestro entender, deriva del análisis concatenado de los siguientes argumentos:

En primer lugar, la Sala Constitucional nos indica que, con la entrada en vigor de la Constitución en el año 1999, se incluye en el sistema de administración de justicia, en general, a los medios alternativos de resolución de conflictos y, en particular, al arbitraje, mientras que al mismo tiempo se impone el deber de promoverlos. Es por ello por lo que toda disposición normativa en materia de arbitraje debe ser interpretada de forma tal que se estimule el desarrollo del mismo, es decir, que se haga efectiva su realización procurando y asegurando que los interesados tengan la posibilidad, la opción, de acudir a la jurisdicción arbitral a fin de dirimir sus controversias.

En segundo lugar, la Sala Constitucional considera que el arbitraje, en tanto forma parte del sistema de administración de justicia, la actividad que desarrollan los Árbitros es auténtica función jurisdiccional, pues “dirime 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 allí que el Tribunal Arbitral debe considerarse propiamente un Tribunal desde el punto de vista de su naturaleza y los efectos de sus decisiones³², y que estas últimas, los laudos, sean consideradas verdaderas sentencias³³. Bajo esta lógica, el arbitraje al formar parte de la estructura constitucional del sistema de justicia constituye a los Árbitros en verdaderos jueces, con facultades decisorias y potestad de resolver definitivamente un conflicto entre particulares.

³¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0702 del 18 de octubre de 2018.

³² Francisco Hung Vaillant, “Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano”. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos pá. 74. Caracas, 2001, y Mezgravis, Andrés “Recursos contra el laudo arbitral comercial”, Publicación de la Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos 1999.

³³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de octubre de 2008 (caso: Hildegard Rondón de Sansó y otros).

De esta forma, en tercer y último lugar, la Sala Constitucional expone 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 la misma y en la ley, mediante el ejercicio del control difuso, siempre que consideren que una norma jurídica de cualquier categoría, legal o sub-legal, colidiere o es incompatible con alguna disposición constitucional, debiendo aplicar ésta última con preferencia; lo que incluye, también, el deber de los Árbitros de ceñirse a los criterios vinculantes sentados por la Sala Constitucional. En otras palabras, los Árbitros se encuentran sometidos a aquellos mecanismos destinados a garantizar el valor normativo del texto constitucional.

Es así como hoy la jurisprudencia ha reconocido el poder-deber a los Árbitros de verla por el cumplimiento y protección del “bloque” de constitucionalidad, facultando a los mismos a desaplicar en un caso concreto una norma jurídica —o contractual, según refiere la Sala— que sea incompatible con la Constitución.

3. Control difuso de constitucionalidad de leyes en sede arbitral en Venezuela

Tal y como hemos indicado bajo el título anterior, ha sido la Sala Constitucional la que ha reconocido a través de la jurisprudencia el control difuso de constitucionalidad de leyes en cabeza de los Árbitros. Además, a tal acción la acompaña el hecho de que no existe norma o principio alguno que se oponga a que los Árbitros declaren la inconstitucionalidad de una Ley, si tal pronunciamiento es necesario para resolver las cuestiones que las partes someten a su decisión.

Desde el punto de vista normativo, el arbitraje en Venezuela se fundamenta en los Artículos 253 y 258 de la Constitución³⁴, disposiciones que incorporan a los medios alternativos de resolución de controversias al sistema de justicia y, por vía de consecuencia, impone a los órganos del Poder Público el deber de promover el arbitraje³⁵, procurando y asegurando que los interesados tengan la opción de acudir a arbitraje a fin de dirimir sus conflictos.

³⁴ Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y 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.

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.

Véase Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

³⁵ Eugenio Hernández-Breton, “Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como derecho fundamental”, *Arbitraje Comercial Interno e Internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Caracas, 2005), pp. 27-34.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia ha cumplido un destacado rol al desarrollar la eficacia práctica de los principios sobre los cuales se erige el sistema de arbitraje venezolano³⁶. En tal sentido, la Sala Constitucional ha reconocido que los medios alternativos de resolución de conflictos en general, y, en particular, el arbitraje, forman parte de la estructura constitucional del sistema de justicia³⁷, constituyéndose como “órganos jurisdiccionales”³⁸. Y como parte integrante del sistema de justicia, la Sala Constitucional ha afirmado que los órganos que administran la justicia alternativa despliegan potestades públicas y, en ejercicio de ellas, dictan actos de carácter jurisdiccional³⁹. Así, tal y como estiman Cruz y Sira, resulta incuestionable concluir que, para la Sala Constitucional, tanto el Árbitro como el Tribunal Arbitral tienen carácter jurisdiccional, es decir, “son aptos para impartir justicia mediante el dictamen de decisiones —laudos— que tienen carácter de cosa juzgada⁴⁰ y que, por ende, gozan de ejecutoriedad”⁴¹.

Bajo este supuesto, por más que la atribución de un Árbitro haya nacido de un acuerdo de voluntades y no directamente de la Ley, como indica la Sala, las facultades decisorias de un Árbitro no son sustancialmente distintas a las de un Juez. En consecuencia, sus decisiones no tienen naturaleza ni efectos distintos. Los laudos que emiten los Árbitros, como la sentencias que emiten los Jueces, resuelven de manera definitiva una controversia y tienen carácter de cosa juzgada. De allí que, la situación que se le presenta a un Tribunal Arbitral frente a un planteo de inconstitucionalidad no difiere de la que enfrenta, en esa misma hipótesis, un Tribunal Judicial.

Como observamos, el control constitucional que le es extensivo es difuso y los efectos de su declaración son limitados. Al reposar dicho control en cabeza de todos los Jueces de la República, el que tiene para declarar dicha inconstitucionalidad es “el juez natural de la causa”; por lo que consideramos que la introducción de una cuestión constitucional no debe conllevar a un desplazamiento de la competencia del Tribunal Arbitral, ni debe alterar la integración de la litis.

La determinación de la norma aplicable es una de las funciones inherentes a los árbitros —*iuris*—, cuyo laudo debe estar fundado en el derecho positivo. Siendo que la función de los Árbitros es asimilable a la de los Jueces, como parte integrante del sistema de justicia, el arbitraje se encuentra sometido al principio de supremacía consti-

³⁶ Ramón Escovar Alvarado, “El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* N° 13, 2020, pp. 533-550.

³⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 28 de febrero de 2008, (Caso: Bernardo Weininger).

³⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.139 del 05 de octubre de 2000 (Caso: Héctor Quintero).

³⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.067 del 03 de noviembre de 2010 (Caso: Astivenca). La Sala Constitucional agregó que “(...) debe abandonarse toda concepción que reduzca (...) al arbitraje a un puro fenómeno contractual, a pesar de que su origen sea fundamentalmente de tal naturaleza; ya que al ser el arbitraje parte de la función jurisdiccional, el árbitro se ve investido de la jurisdicción en los términos que [el] ordenamiento jurídico establezca”.

⁴⁰ De esta forma, la Sala Constitucional ha calificado al laudo arbitral como “sentencia”, indicando que “a través del arbitraje se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, en el caso del arbitraje, el laudo arbitral”, véase Sentencia de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de octubre de 2008 (Caso: Hildegard Rondón de Sansó y otros).

⁴¹ 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* N° 1, pp. 325-365.

tucional⁴², por lo que, al dar solución a un conflicto, los Árbitros deben aplicar todo el derecho, siendo este un sistema, en el caso venezolano, en cuya cúspide se encuentra la Constitución. De tal suerte que, si los árbitros encuentran que una norma de rango inferior es incompatible con la Constitución, más que decidir que aquella no se aplica, lo que están decidiendo —en consonancia con su misión— es que se aplica esta última, en función de su mayor jerarquía normativa⁴³.

No es lógico suponer que, ante una disyuntiva tal, el árbitro carezca de facultades para hacer prevalecer la Constitución, pues ello equivaldría a predicar la obligación de los árbitros de fallar, a sabiendas, contra la Constitución, haciendo imperar, por encima de ella, una norma de rango inferior que la contradice⁴⁴. De esta forma, consideramos que la obligación que se impone a los Jueces ordinarios de efectuar el control difuso de constitucionalidad de las normas es igualmente exigible de los Árbitros⁴⁵.

3.2. Breve análisis sobre el control difuso de constitucionalidad extensible al árbitro de equidad

Expuesta nuestra posición frente al arbitraje de derecho, queda analizar la figura del control difuso de constitucionalidad cuando es ejercida por un árbitro de equidad. Así, en un primer punto, podemos adelantar nuestra consideración sobre qué tal situación no difiere sustancialmente.

La historia del arbitraje muestra que desde un principio se previó la posibilidad de que el árbitro decidiera apartándose de las reglas normalmente aplicables⁴⁶. La doctrina ha indicado que la característica fundamental del arbitraje de equidad es que faculta a los árbitros a solucionar los conflictos de acuerdo con su "leal saber y entender"⁴⁷. Ello implica que los árbitros de equidad están eximidos de aplicar las normas jurídicas, por convenio de partes, debiendo reconducir su análisis por criterios y normas no necesariamente basadas en el Derecho, privilegiando la solución que consideran más equitativa para el caso⁴⁸.

⁴² Rafael Badell Madrid, El recurso de revisión constitucional en el arbitraje, pp. 3 – 17.

⁴³ María Inés Corrá y Roque Caivano, "Arbitraje y Constitución", Revista ALARB Asociación Latinoamericana de Arbitraje, Vol. 2020, pp. 38-74.

⁴⁴ María Inés Corrá y Roque Caivano, Arbitraje y Constitución, pp. 38-74.

⁴⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0702 del 18 de octubre de 2018.

⁴⁶ Juan Pablo Cárdenas Mejías, "El Arbitraje en Equidad", Universitas, núm. 105, junio, 2003, pp. 347- 374

⁴⁷ La expresión "leal saber y entender" tiene su origen en el Derecho español, cuya Ley de Enjuiciamiento disponía que de ese modo laudan los amigables componedores. Esa expresión "refleja un modelo de resolución, desde el punto de vista sustantivo, de las cuestiones litigiosas, donde la actividad del juzgador no tropieza con los límites que marcan las normas, ni siquiera las que integran el ius cogens, y cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano. Esto quiere decir, con referencia al arbitraje, que los árbitros no están coartados en su misión decisoria, ni restringidos en las interpretaciones de las cuestiones a decidir, que deben apreciarse de modo conjunto, no aisladamente, y en relación con los antecedentes y finalidad (...) sin más fundamento que ese leal saber y entender, a quien nadie obliga a una motivación jurídica". Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sentencia del 29 de septiembre de 1995, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, N° 1, 1997, p. 197, citado por LORCA NAVARRETE, Antonio María, Manual de Derecho de Arbitraje, Dykinson, Madrid, 1997, p. 161.

⁴⁸ Chillón Medina, José María Y Merino Merchán, José Fernando, "Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional", Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991, p. 975.

Pese a las diferencias establecidas, tanto los árbitros de derecho como los árbitros de equidad tienen la misma potestad de juzgar. A consecuencia de ello, compartimos la visión de Caivano:

Los árbitros de equidad también pueden efectuar un control de constitucionalidad de las leyes. Si pueden dejar de aplicar una norma legal porque entienden que no resuelve equitativamente la cuestión controvertida que se les ha sometido, con mayor razón podrán dejar de aplicarla si consideran que se contrapone a la Constitución⁴⁹.

4. Recurso de revisión constitucional contra el laudo mediante el cual se aplicó el control difuso de constitucionalidad

La Sala Constitucional en reconocimiento de sus atribuciones como último intérprete y garante de la Constitución, basada en el Artículo 334 y el Artículo 336, numeral 10, de la Constitución, así como el Artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, delimita jurisprudencialmente el desarrollo del mecanismo de control de las sentencias que ejerzan el control difuso de constitucionalidad. De esta forma, en Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0702 del 18 de octubre de 2018, la Sala determinó que el Árbitro que desaplique una norma legal o sub-legal, por considerarla inconstitucional, está obligado a remitir copia certificada del laudo definitivamente firme⁵⁰, a fin de ser sometido a la consulta obligatoria, mediante el ejercicio del recurso de revisión constitucional, permitiendo que la Sala Constitucional proceda al examen abstracto de la constitucionalidad de la norma desaplicada por el árbitro⁵¹ y garantice: (i) que la desaplicación de la norma obedezca realmente a un proteccionismo constitucional; (ii) una mayor eficacia de la conexión entre el control concentrado y el control difuso; y (iii) la obtención de una mayor protección del texto constitucional evitando la aplicación general de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio para la seguridad jurídica y el orden público constitucional⁵².

Como bien indican Droulers y Torrealba, ya en el año 2005, en el caso Juan Bencomo, la Sala Constitucional ya había admitido la posibilidad de procedencia del recurso de revisión constitucional contra un laudo arbitral, aun cuando en el caso particular decidió hacerlo *ex officio* en vista de la falta de impugnación del laudo mediante el recurso de nulidad por parte del recurrente en revisión⁵³.

⁴⁹ Roque J. Caivano, "Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje", Revista Peruana de Arbitraje No. 2/2006, pp. 107- 154.

⁵⁰ Esto es que haya precluido el lapso establecido por el Artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial sin que se haya interpuesto un recurso de nulidad.

⁵¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0702 del 18 de octubre de 2018.

⁵² Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.998 del 22 de julio de 2003 (caso: "Bernabé García").

⁵³ Diana Droulers y José Gregorio Torrealba, "Arbitraje y Constitución en Venezuela", Revista ALARB Asociación Latinoamericana de Arbitraje, Vol. 2020, pp. 374-396.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional es abundante en cuanto a que los medios alternos de solución de conflictos forman parte del Sistema de Justicia, mas no del Poder Judicial⁵⁴. De tal suerte que, en el año 2013 la Sala indicó que:

De acuerdo con las referidas normas, la revisión constitucional tiene como presupuestos de procedencia: En primer lugar, que la solicitud verse sobre una sentencia, es decir, contra las decisiones que se dictan a consecuencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado. En segundo lugar, que dicha decisión emane del Poder Judicial, ya que, aun cuando el desarrollo de la potestad jurisdiccional no es exclusivo del Poder Judicial, sino que es la potestad preponderante de éste, qué como todas las funciones esenciales del Estado, es compartida, ... hacen expresa mención a que la potestad de revisión recae sobre las decisiones jurisdiccionales que dictan los órganos del Poder Judicial, es decir, los distintos tribunales de la República...

Atendiendo a lo expuesto, se observa que, si bien los laudos arbitrales son una manifestación de la función jurisdiccional, no emanan del poder judicial y, en consecuencia, no se ajustan al elemento orgánico que determina el segundo supuesto de la revisión constitucional⁵⁵.

De esta forma, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, asumida por la Sala Constitucional, no implica que los Tribunales Arbitrales puedan ser asimilados al Poder Judicial⁵⁶, 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"⁵⁷, por lo que consideramos que el recurso de revisión constitucional, como consecuencia de la consulta obligatoria, no debe admitirse contra en laudo arbitral, precisamente este último carece del criterio orgánico esgrimido por la Sala, siendo esta la intención del Constituyente y del Legislador.

En todo caso, nuestra Ley de Arbitraje Comercial ("LAC"), dispone en su artículo 43 que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad⁵⁸, que deberá interponerse por ante el Tribunal Superior competente del lugar donde se hubiere dictado, y sólo por las causales taxativas previstas en el artículo 44 de la LAC. Se trata así de un recurso excepcional⁵⁹, pues la ley trata de reducir a su mínima expresión la intervención judicial con relación al laudo arbitral⁶⁰, dado el carácter extraordinario del recurso de nulidad o anulación del equivalente a la sentencia, y la voluntad implícita de las partes de no someterse a los recursos que caracterizan la jurisdicción ordinaria⁶¹.

⁵⁴ Andrea Cruz Suárez y Gabriel Sira Santana, El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pp. 325-365.

⁵⁵ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 443 del 6 de mayo de 2013, (Caso: Procurador General del Estado Monagas).

⁵⁶ Diana Droulers y José Gregorio Torrealba, Arbitraje y Constitución en Venezuela, pp. 374-396.

⁵⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.139 del 05 de octubre de 2000 (Caso: Héctor Quintero).

⁵⁸ Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial N°36.430, del 07 de abril de 1998)

⁵⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 462, del 20 de mayo de 2010.

⁶⁰ Mezgravis, A., "Recursos contra el laudo arbitral comercial", en La Ley de Arbitraje Comercial, Serie Eventos 13, 1999, pp. 205-272.

⁶¹ María Candelaria Domínguez, "La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano" Revista de Derecho Privado, núm. 31, pp. 229-262, 2016.

En tal sentido, la Sala Constitucional ha indicado que:

La pretensión de nulidad de un laudo arbitral se trata de una acción excepcional que solo 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 solo es posible por motivos taxativos, lo que comporta la imposibilidad de afirmar que tal recurso se constituya en una "apelación" sobre el mérito del fondo⁶².

Ahora bien, estando el recurso de nulidad limitado a las causales establecidas en la Ley, aunque taxativas, la doctrina ha estado de acuerdo en manifestar que las mismas son lo suficientemente amplias para que en ellas se pueda subsumir cualquier eventual violación de derechos o garantías fundamentales⁶³.

Tal y como indica Mezgravis, el juez que conoce de la nulidad del laudo arbitral no ha de entrar a conocer si este es justo o no, si acontecieron errores *in iudicando* o si hubo infracción en la valoración de las pruebas. No obstante, se admite que con base en la causal segunda del artículo 44 de la LAC, relativa a la imposibilidad de la parte que recurre contra el laudo de hacer valer sus derechos, se incluyen dentro de los supuestos de nulidad aquellas infracciones que se han producido en violación al debido proceso o en menoscabo del derecho a la defensa⁶⁴.

En tal sentido, como suscribe Domínguez, el Tribunal Supremo de Justicia, en decisión 462 del 20 de mayo de 2010, en Sala Constitucional, indicó que desde el punto de vista sustantivo el contenido y la extensión de los supuestos regulados en el artículo 44 de la LAC permiten ventilar en el correspondiente juicio de nulidad denuncias vinculadas con la violación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, bien sea por contravención al procedimiento legalmente establecido o bien porque el laudo es contrario a normas de orden público, ya que "los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia, no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial" o que:

En caso que la decisión del correspondiente órgano contraríe el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión (Cfr. Sentencia de esta Sala n.º 1.541/08).

⁶² Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 462, del 20 de mayo de 2010.

⁶³ Mezgravis, A., Recursos contra el laudo arbitral comercial, pp. 205-272.

⁶⁴ María Candelaria Domínguez, La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano, pp. 229-262.

Bajo este supuesto, consideramos que en caso de que el control difuso de constitucionalidad llevado a cabo por un Árbitro se ejerza de forma inadecuada, la parte contra quien obre el laudo siempre contará con el recurso de nulidad previsto en el artículo 43 de la LAC, y sus causales taxativas prevista en el artículo 44 *ejusdem*, como mecanismo de impugnación.

En todo caso, cabe destacar que, el ejercicio del recurso de nulidad bajo ningún supuesto tiene por finalidad que se revise el fondo del asunto resuelto en arbitraje, pues el juez ordinario que deba conocer de dicho recurso no está facultado para dirimir el fondo de la controversia, por lo que únicamente debe limitarse a resolver los motivos de nulidad invocados por el proponente del recurso⁶⁵; esto es, bajo las ideas desarrolladas en el presente estudio, someter al laudo a un control constitucional a fin de verificar si se vulneró o no la Constitución en el ejercicio del control difuso. En otras palabras, la declaración de nulidad de un laudo por contravenir la constitución no supone revisar el fondo del mismo, sino únicamente ejercer el control jurisdiccional de la validez del laudo asegurándose la mayor fuerza normativa del texto constitucional⁶⁶.

5. Balance del control difuso de constitucionalidad de leyes reconocido a los árbitros en Venezuela

Actualmente en Venezuela existen distintos casos en los cuales se ha llevado a cabo el ejercicio del control difuso de constitucionalidad por parte de árbitros. Todos llevados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. Así, entre ellos destacan; (i) Miriam Josefina Pacheco Cortés contra Carmen Cárdenas de Rodríguez, identificado con el N° CA01-A- 2016- 000005, y (ii) ADMINISTRADORA IN SIGN, C. A. contra CENTRO DE ACTIVOS LHO LA 180654, C. A., identificado con el N° CA01-A-2019-000001.

En dichos casos se desaplicaron por vía de control difuso el literal “j” y el literal “e” y “j”, respectivamente, del Artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial. En ambos laudos se indicó que la referida norma, literal “j” del Artículo 41 *ejusdem*, era inconstitucional en el caso planteado, toda vez que una interpretación de los artículos 253 y 258 de la Constitución permitía la utilización del arbitraje como un medio legítimo para dirimir controversias, de esta forma citaron sentencias emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que instan tanto al máximo órgano legislativo, la Asamblea Nacional, como a los jueces y demás funcionarios del Estado a estimular el uso del arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos, y, en consecuencia, declararon válidas las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos de arrendamiento base de

⁶⁵ Salvador R. Yannuzzi Rodríguez “Arbitraje ¿Segunda instancia? Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 2, Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, 2021. p. 196.

⁶⁶ Bustamante, R. (2019). El control difuso en sede arbitral. Forseti. Revista De Derecho, 7(10), 93 - 115.

la pretensiones, así como los procedimientos arbitrales llevados adelante con base en la LAC como en el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

En ambos casos, las Directoras Ejecutivas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, por instrucciones del Tribunal Arbitral, remitieron copia certificada de los laudos por medio de los cuales se desaplicaban normas en ejercicio del control difuso de constitucionalidad.

La Sala Constitucional en ejercicio del mecanismo de control de las sentencias que ejerzan el control difuso de constitucionalidad decidió llevar a cabo el examen abstracto sobre la constitucionalidad de la norma desaplicada, siendo que, frente al primer caso, a saber, Miriam Josefina Pacheco Cortés contra Carmen Cárdenas de Rodríguez, la Sala procedió no solo a reconocer la facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad a los Árbitros, como ya hemos explicado suficientemente, sino que también ratifica las premisas pro-arbitraje que fueron establecidas en la sentencia 1541/2008⁶⁷, estableciendo que el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos no supone la renuncia a las protecciones, derechos o garantías establecidas por la legislación especial, ni la anulación del ejercicio de las competencias administrativas, aparejando la labor del Juez con la del Árbitro⁶⁸; pues, si corresponde al Juez dirimir alguna pretensión procesal, entonces, de igual manera pueden los árbitros conocerla si así ha sido pactada en una cláusula o acuerdo arbitral⁶⁹. 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.

En consecuencia, dándole prevalencia a los principios y normas constitucionales, la Sala Constitucional declaró 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, ordenando a su vez abrir de oficio el procedimiento de nulidad por inconstitucionalidad contra dicha norma, de acuerdo a lo previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁷⁰.

Mientras que, frente al segundo caso, a saber, Administradora In Sign, C. A. contra Centro De Activos LHO LA 180654, C. A., la Sala Constitucional, apegándose al criterio sostenido en la Sentencia N° 0702 del 18 de octubre de 2018, no solo declaró conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 41,

⁶⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de octubre de 2008. Publicada con carácter vinculante en la Gaceta Oficial N° 39.055 el 10 de noviembre de 2008.

⁶⁸ Gilberto A. Guerrero-Rocca, "Sala Constitucional Reestablece su Criterio Vinculante de 2008", Revista MARC, Tercera Edición, pp. 6-10, 2018.

⁶⁹ Ramón Escovar Alvarado, El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual.

⁷⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0702 del 18 de octubre de 2018.

literal “j” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, exhortando al Poder Legislativo y, en general, a todos los Poderes Públicos, incluido el Judicial, a promover el arbitraje; sino que además, la Sala declaró la desaplicación de la prohibición que contiene el artículo 41, literal “e” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, relativa a la fijación en moneda extranjera de los cánones de arrendamiento de los locales comerciales, ordenando remitir el fallo a la Asamblea Nacional para que sea esta última la que estudie la modificación legislativa “a que diera lugar”, esto aunque dicha norma no ha sido considerada por la propia Sala como incompatible con el texto constitucional, sino en contradicción de distintas normas, legales y sublegales, así como en aplicación del principio de igualdad contractual⁷¹.

Cabe destacar que, la decisión en comentarios N° 378 del 25 de julio de 2022 emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, apareció como publicada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, a saber www.tsj.gob.ve, durante algunas horas esa misma fecha, 25 de julio de 2022, pero posteriormente fue retirada su publicación y desde entonces, hasta el día en el cual se redacta el presente estudio, la misma no ha sido nuevamente publicada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia. De tal suerte que, esta circunstancia excepcional genera dudas sobre la existencia de dicha decisión y, consecuentemente, sobre sus efectos jurídicos.

En conclusión, vemos que el árbitro ha ejercido sus poderes, al menos en la corta data que conocemos hasta la fecha, en beneficio del principio pro-arbitral, haciendo directamente operativas las normas constitucionales que lo contiene, a pesar de los desaciertos legislativos y jurisprudenciales en los que se ha incurrido. Creemos que ante la ineficiencia de los órganos del Poder Público a los que de alguna u otra forma les compete la elaboración de leyes o la administración de justicia, el árbitro se convierte en la esperanza de que el principio de interpretación pro-arbitraje sea empleado para disipar cualquier duda que debe ser resuelta de manera de expandir la eficacia práctica del derecho de los justiciables a acudir a arbitraje

CONCLUSIONES

Este breve análisis y revisión que estamos concluyendo ha pretendido evaluar una figura que nos ha parecido de especial interés, por su trascendencia, posibilidades, alcance y fin último, como es el control difuso de constitucionalidad reconocido a los árbitros.

⁷¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 378 del 25 de julio de 2022.

El control difuso de constitucionalidad que ejerce el árbitro consigue en la actualidad una clara base constitucional, establecida en el reconocimiento del arbitraje como parte integrante del sistema de justicia y de la actividad desplegado por el Tribunal Arbitral como verdadera actividad jurisdiccional, que la legitima como una institución esencial del Estado de Derecho. Así, nuestra Sala Constitucional ha considerado necesaria la extensión de tal figura como mecanismo de protección permanente del texto constitucional y de los derechos fundamentales de los justiciables. Ha entendido que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad por los árbitros no sólo es necesario para la realización de las funciones propias de cualquier árbitro, sino que además se constituye en un mecanismo eficiente de colaboración del arbitraje para con el Poder Judicial.

Concebir la función arbitral sin la existencia del control difuso de constitucionalidad se hace casi imposible, pues negarle al árbitro la facultad de ejercer el control difuso de constitucionalidad sería hacer que este incurra en violaciones a derechos fundamentales. De tal suerte, consideramos que el árbitro venezolano debe comenzar a realizar una verdadera evaluación de su desempeño que le recuerde diariamente la importancia de su elevada función y que le exija actuar en consonancia con ese trascendental destino.

BIBLIOGRAFÍA

- Allan Brewer-Carías, Comentarios en relación con sistema mixto de justicia constitucional en Venezuela como consecuencia del principio de supremacía constitucional en R. Feo, Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano, Caracas.
- Allan Brewer-Carías, El método difuso de control de constitucionalidad de las leyes en el Derecho venezolano, Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, Tomo I, 2010.
- Allan Brewer-Carías, Instituciones Políticas y Constitucionales, Tomo IV, 1996.
- 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 N° 1, 2020.
- Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sentencia del 29 de septiembre de 1995, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, N° 1, 1997.
- Bustamante, R. El control difuso en sede arbitral. Forseti. Revista De Derecho (2019).
- Chillón Medina, José María Y Merino Merchán, José Fernando, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1991.
- Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.209 de fecha 18 de septiembre de 1990).
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 30 de diciembre de 1999 (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1.999).

- Decreto N° 929 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial (Gaceta Oficial N° 40.418, que circula de fecha viernes 23 de mayo de 2014).
- Diana Droulers y José Gregorio Torrealba, Arbitraje y Constitución en Venezuela, Revista ALARB Asociación Latinoamericana de Arbitraje, Vol. 2020.
- Eugenio Hernández-Breton, Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como derecho fundamental, Arbitraje Comercial Interno e Internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales (Caracas, 2005).
- Gilberto A. Guerrero-Rocca, "Sala Constitucional Reestablece su Criterio Vinculante de 2008", Revista MARC, Tercera Edición, 2018.
- Hung Vaillant, Francisco "Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano". Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos pá. 74. Caracas, 2001.
- Irma Lovera De Sola, Control difuso de constitucionalidad y arbitraje en materia de arrendamiento comercial, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional N° 1 (2020).
- Juan Pablo Cárdenas Mejías, El Arbitraje en Equidad, Universitas, núm. 105, junio, 2003.
- Larys Leiba Hernández Villalobos, "Los tratados internacionales como base de la diplomacia mundial", Revista de Derecho, Universidad del Norte, No. 22, 2004.
- Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial N°36.430, del 07 de abril de 1998).
- Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 39.522 del 01 de octubre de 2010).
- Margarita Escudero León, El control judicial de la constitucionalidad sobre las ramas legislativa y ejecutiva del Poder Público (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2005).
- María Candelaria Domínguez, La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano, Revista de Derecho Privado, núm. 31, 2016.
- María Inés Corrá y Roque Caivano, Arbitraje y Constitución, Revista ALARB Asociación Latinoamericana de Arbitraje, Vol. 2020.
- Mezgravis, Andrés, Recursos contra el laudo arbitral comercial, Publicación de la Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos 1999.
- Rafael Badell Madrid, El recurso de revisión constitucional en el arbitraje, Revista Comité de Arbitraje N° 2 (2010/2011).
- Ramón Escovar Alvarado, El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 13, 2020.

Roque J. Caivano, Planteos de Inconstitucionalidad en el Arbitraje, Revista Peruana de Arbitraje No. 2/2006.

Salvador R. Yannuzzi Rodríguez, Arbitraje ¿Segunda instancia?, Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 2, Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, 2021.

Sentencia de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 14 de marzo de 2000.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.139 del 05 de octubre de 2000 (Caso: Héctor Quintero).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 33 del 25 de enero de 2001 (Caso: Baker Hughes S.R.L.).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 06 de febrero de 2001 (Caso: Corpoturismo).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 331/2001, del 13 de marzo de 2001 (Caso: Henrique Capriles R. vs. Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles).

Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.998 del 22 de julio de 2003 (caso: "Bernabé García").

Sentencias de Sala Constitucional del 7 de octubre de 2005, caso: Juan Bencomo, ratificada el 4 de julio de 2007, (Caso: Philipp Neg.).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 28 de febrero de 2008, (Caso: Bernardo Weininger).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 17 de octubre de 2008 (caso: Hildegard Rondón de Sansó y otros).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 462, del 20 de mayo de 2010.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.067 del 03 de noviembre de 2010 (Caso: Astivenca).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 443 del 6 de mayo de 2013, (Caso: Procurador General del Estado Monagas).

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 0702 del 18 de octubre de 2018.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 378 del 25 de julio de 2022.

Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1213 de 30 de mayo de 2000 (Caso: Carlos P. García P. vs. Ministerio de Justicia. Cuerpo Técnico de Policía Judicial).

El *Third Party Funding* y la imparcialidad del árbitro: una oportuna reflexión

Kimberly González Rojas*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 327-350

Resumen: El mundo arbitral se encuentra en constante evolución al ser un medio alternativo de resolución de conflictos donde la autonomía de la voluntad de las partes cuenta con un elevado protagonismo. De esta manera, la figura del *Third Party Funding* o financiamiento de terceros, constituye un mecanismo que facilita a las partes el acceso a la justicia. Sin embargo, es importante analizar su eventual influencia sobre la imparcialidad del árbitro ante un posible conflicto de intereses, así como la obligación y alcance del deber de revelación para preservar la solidez y reputación del sistema arbitral, evitando en lo posible laudos viciados, que sean potencialmente objeto de recursos de nulidad.

Palabras clave: Financiamiento de terceros; Imparcialidad; Conflicto de Intereses.

Third Party Funding and the impartiality of the arbitrator: a timely reflection

Abstract: *The arbitration world is in constant evolution as it is an alternative means of conflict resolution where the autonomy of the will of the parties has a high role. In this way, the figure of Third Party Funding constitutes a mechanism that facilitates the parties' access to justice. However, it is important to analyze its possible influence on the impartiality of the arbitrator in the event of a possible conflict of interest, as well as the obligation and scope of the duty of disclosure to preserve the solidity and reputation of the arbitration system, avoiding, as far as possible, flawed awards that are potentially subject to annulment appeals.*

Keywords: *Third party funding; Impartiality; Conflict of Interest.*

Recibido: 17/9/2024

Aprobado: 29/11/2024

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios. Socio fundador del Escritorio López & González Law Group.

El *Third Party Funding* y la imparcialidad del árbitro: una oportuna reflexión

Kimberly González Rojas*

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 327-350

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. La noción de imparcialidad del árbitro y su importancia. 2. El Conflicto de Intereses en el arbitraje. 2.1 Las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 3. El *Third Party Funding* y su influencia sobre la imparcialidad del árbitro. 3.1 El deber de revelación, su alcance y marco regulatorio. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La realidad actual impulsa a las partes a buscar una administración de justicia eficaz y eficiente, que responda a sus solicitudes con celeridad y les aporte seguridad jurídica para la resolución de sus controversias. En este contexto, el Arbitraje se ha posicionado como un medio alternativo ideal para aportar a las partes confidencialidad, rapidez y especialización. Sin embargo, no es un secreto que usualmente los procedimientos arbitrales resultan ser costosos, lo cual, en ocasiones, dificulta a las partes el acceso al mismo.

Bajo este esquema, el enfoque se ha situado hacia el auge de la figura del tercero financiador, conocido en inglés como *Third Party Funding*, que le permite a una persona natural o jurídica que no es parte del conflicto, a través del pago de las costas del proceso del demandante o del demandado, en principio, obtener una ganancia sobre la cuantía de la indemnización obtenida por el sujeto financiado al resultar vencedor en el proceso.

El surgimiento de esta modalidad, tuvo su origen en materia judicial en los Países del *Common Law*, donde inicialmente se prohibía su aplicación. No obstante, estas corrientes se han disipado y el financiamiento de terceros ha encontrado una gran aceptación en el foro arbitral internacional, puesto que resulta ventajoso para quienes no disponen de los recursos para participar en el litigio o en los casos que el interesado no desee invertir de forma inmediata en el proceso porque prefiere destinar sus fondos hacia otros objetivos.

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil en la misma Casa de Estudios. Socio fundador del Escritorio López & González Law Group.

Usualmente, el financiamiento puede ser otorgado por fondos de financiamiento, aseguradoras y empresas que se dedican de manera profesional a estas actividades, para lo cual utilizan un despliegue de expertos legales y financieros que analizan los riesgos inherentes al proceso y deciden sobre la conveniencia de aportar los recursos para financiar al interesado, cuando existen altas probabilidades de obtener un laudo favorable.

Por lo tanto, resulta interesante analizar la influencia que puede tener el conocimiento de la existencia de un tercero financiador en la imparcialidad del árbitro, así como el deber de revelación de las partes que les obliga a declarar la existencia de un financista y algunos aspectos importantes del contenido del acuerdo de financiamiento; a la par de los eventuales conflictos de intereses que podrían suscitarse en un escenario como este y las posibles soluciones que se han aportado para mitigarlos, con el objeto de fortalecer la sólida reputación de la institución arbitral.

1. La noción de imparcialidad del árbitro y su importancia

Con un Poder Judicial saturado de causas que han exacerbado su lentitud, la excesiva burocratización de los trámites procesales y la desconfianza respecto a la imparcialidad de sus decisiones, el Arbitraje se ha abierto paso sin violencia y con distinción como un medio alternativo de resolución de conflictos ampliamente utilizado nacional e internacionalmente.

El derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial es una garantía fundamental consagrada en los instrumentos internacionales más destacados, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)². A su vez, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela³ en su artículo 49, numeral 3°, consagra el derecho que tiene toda persona a ser oída en cualquier proceso con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad.

Como es lógico, estas exigencias se extienden a la jurisdicción arbitral, donde la independencia e imparcialidad de los árbitros destaca como una de las garantías esenciales de todo procedimiento, pues constituye una noción estrechamente vinculada con

¹ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de fecha 10 de diciembre de 1948. Artículo 10: "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."

² Suscrita en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y ratificada por la República Bolivariana de Venezuela. Artículo 8: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...".

³ Gaceta Oficial N°5.453 de fecha 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009.

la administración de justicia. En este punto, resulta importante analizar la independencia del árbitro frente a las partes y su imparcialidad para conocer el caso concreto.

Venezuela se ha caracterizado por ser un foro afín al arbitraje, cuya promoción cuenta con rango constitucional, a través del contenido del artículo 258 de la Carta Magna, al tiempo que la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana⁴ aporta el marco legislativo para su operatividad en el Derecho interno, así como distintas Convenciones Internacionales vigentes que permiten el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, tales como la Convención de Nueva York de 1958⁵ y la Convención de Panamá de 1975⁶.

Dentro de los requisitos necesarios para que sea reconocida la validez y eficacia de un laudo arbitral, se exige que la composición del tribunal arbitral y el procedimiento se hayan ajustado a la Ley, dentro de lo que se incluye el cumplimiento con el deber de independencia e imparcialidad de los árbitros que lo integren.

Por su parte, el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), del año 2020, al referirse en su artículo 23 a la imparcialidad de los árbitros, dispone que: "Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes. Si el árbitro propuesto considera que existe algún impedimento de hecho o de derecho para el cumplimiento de sus funciones, deberá rechazar su nombramiento o inhibirse inmediatamente."

En el mismo sentido, se pronuncia el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, vigente desde el 26 de mayo de 2022, cuando dispone en su artículo 49 que: "Una vez nombrado el árbitro, debe ser y permanecer imparcial e independiente frente a las partes en la causa que se ventila".

A su vez, las Reglas sobre Arbitraje Independiente de la Asociación Venezolana de Arbitraje de 2021, establecen en su artículo 12 que "Todo árbitro debe ser y permanecer independiente e imparcial durante el arbitraje y no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial."

La conducta del árbitro debe ser diligente y de buena fe durante el desenvolvimiento de todo el proceso arbitral, manteniendo su condición de independencia e imparcialidad, en atención a la naturaleza de sus funciones. Como bien apunta Jijón Letort,⁷ citando a Cossio: "un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen", por lo que estos caracteres funcionan como líneas guías para juzgar la integridad de los árbitros y la prolijidad del arbitraje.

⁴ Gaceta Oficial Extraordinario N°36.430 de fecha 07 de abril de 1998.

⁵ Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958. Ley aprobatoria en Venezuela Gaceta Oficial N°4.832 de fecha 29 de diciembre de 1994.

⁶ Convención Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de fecha 30 de enero de 1975. Ley Aprobatoria: Gaceta Oficial N°33.120 de fecha 22 de febrero de 1985.

⁷ Jijón Letort, Rodrigo. «La independencia e imparcialidad de los árbitros.» *Juris Dictio*, 2007: P.27.

Aunque la independencia y la imparcialidad pueden catalogarse como caracteres propios de un procedimiento arbitral idóneo y salen a relucir en la mayoría de las disposiciones legales que regulan la materia, no se aborda frecuentemente su definición, sino que se pasa directamente a evaluar las consecuencias de su falta. Por lo tanto, es prudente precisar que la independencia es definida por el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁸ como la cualidad de aquél que “sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena”, mientras que la imparcialidad es entendida como “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

A pesar de que estas definiciones son utilizadas frecuentemente como sinónimos, es correcto afirmar que: “La independencia vendría a ser la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin injerencia de terceros; la imparcialidad consistiría en no tener un criterio anticipado que impida juzgar; y la neutralidad en no tener interés en el conflicto.”⁹

Desde que el árbitro comienza a desenvolverse en el cumplimiento de sus funciones adquiere la obligación de evitar cualquier relación de dependencia que pueda afectar el contenido de su decisión, especialmente con las partes del litigio. Como puede inferirse de las definiciones *in commento*, la imparcialidad responde a una situación subjetiva, toda vez que responde a las concepciones que habitan en la mente del juzgador, lo que dificulta en gran medida la prueba de su ausencia. Por otro lado, la independencia es más fácil de exteriorizar, ya que permite analizar los hechos o situaciones capaces de vincular al árbitro con las partes o con el objeto de la controversia a resolver.

Analizando el despliegue de conductas del árbitro durante el desarrollo del proceso, será posible identificar si existe o no parcialidad a favor de alguna de las partes. No obstante, más allá de cualquier precisión terminológica, lo realmente importante es la “garantía de una decisión que se ajuste a la realidad procesal, que sea justa y se perciba como justa”.¹⁰

De acuerdo a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana en su artículo 17, corresponde a las partes nombrar de forma conjunta a los árbitros o delegar su nombramiento a un tercero. Si no hubiere acuerdo entre las partes sobre esta elección, cada parte elegirá un árbitro y los dos designados seleccionarán un tercero, quien será el Presidente del tribunal arbitral.

Este sistema, permite que cada parte elija un árbitro que considere capacitado para resolver la controversia que se le presenta, orientados con base a su experiencia, conocimiento e integridad moral. En consecuencia, a pesar de que cada parte selec-

⁸ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. s.f. <https://dle.rae.es/> (último acceso: 07 de 11 de 2024).

⁹ Jijón Letort, *Op. Cit.* P. 27.

¹⁰ Jijón Letort. *Op. Cit.* P.29.

cione un árbitro, no podrá entenderse que éste actuará únicamente en defensa de los intereses de quien lo eligió, pues una vez aceptado su nombramiento, el árbitro obedece a su deber de independencia e imparcialidad.

Entre las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros¹¹, se indica que “todo árbitro mantendrá su independencia e imparcialidad y ni él ni su despacho aceptarán encargos profesionales de las partes, en tanto no haya cesado en sus funciones y durante un tiempo razonable tras el cese”. Se observa entonces en cuanto a este punto, un marcado énfasis de los diferentes instrumentos legislativos nacionales e internacionales, de los reglamentos de los Centros de Arbitraje, y de los instrumentos de *soft law* dictados por las distintas organizaciones que promueven este medio alternativo de resolución de controversias, los cuales hemos citado a título ejemplificativo.

La insistencia en esta característica de los árbitros tiene un motivo de suma importancia, puesto que está directamente relacionada con la fortaleza del sistema arbitral. Un laudo dictado por un árbitro desprovisto de estas cualidades daría origen a que la parte afectada demande la nulidad del laudo o se oponga a su ejecución. Como bien indica Jijón Letort:

el sólo hecho de que el laudo ha sido dictado en forma unánime no es suficiente para garantizar que no será anulado por la falta de independencia o imparcialidad de uno de los árbitros. No creemos que esta conclusión sea contraria al principio de trascendencia pues la actuación de un árbitro parcial o dependiente bien puede haber influido en la decisión de los otros miembros del panel.

Con el objeto de preservar la independencia e imparcialidad de los árbitros, se prevén una serie de obligaciones que surgen en cabeza de éstos al momento de conocer su designación dentro de una determinada controversia, cuyo fundamento es el deber de hacer conocer a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral cualquier circunstancia que pueda afectar la integridad de su juzgamiento.

Cuando un potencial árbitro conoce su designación dentro de un procedimiento, el primer paso debe ser analizar si cumple debidamente con las exigencias de independencia e imparcialidad, observando su situación concreta desde la óptica de las partes y no únicamente desde sus intereses personales y procediendo a revelar cualquier situación que, de acuerdo a un criterio razonable, sea capaz de afectar su óptima valoración sobre la situación sometida a su conocimiento.

¹¹ Club Español de Arbitraje. *Recomendaciones relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros*. 2008. https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/recomendaciones_0.pdf (último acceso 10 de noviembre de 2024).

Así como existen situaciones que pudieron ocurrir antes del surgimiento del conflicto, es perfectamente posible la ocurrencia de circunstancias susceptibles de afectar la independencia e imparcialidad del árbitro de manera sobrevenida, e inclusive, pueden existir escenarios de vinculación profesional a través de personas naturales o jurídicas con las que el árbitro pudiera relacionarse, por lo que el deber de revelación e información surge como un acompañante permanente dentro del ejercicio de las funciones arbitrales.

No interesa al sano desenvolvimiento de un procedimiento arbitral, la revelación de circunstancias indirectas o irrelevantes, lo que causaría mayores retrasos y un aumento de los gastos para las partes. Lo que resulta determinante, es que la revelación se realice de forma oportuna y sobre hechos que realmente puedan influir sobre las decisiones del árbitro. Para determinar qué circunstancias deben ser objeto de revelación, debe acudirse a la figura de lo que en doctrina se conoce como Conflicto de Interés, cuyos elementos constitutivos y estrategias para su manejo analizaremos seguidamente.

2. El Conflicto de Intereses en el Arbitraje

En la medida en que el listado de árbitros disponibles para ciertas tipologías de conflicto se reduce, aumentan las posibilidades de verificación de un conflicto de intereses. Para iniciar una aproximación a este concepto, Cabanellas de Torres lo define en estos términos: "Entre particulares, oposición profunda por cuestiones de dinero, bienes o negocios. Entre países, pugna por territorios, mercados y otros asuntos económicos. Situación de quien debe representar o defender intereses encontrados, como el abogado de dos litigantes opuestos en un juicio."¹²

Visto desde la óptica del árbitro son aquellas circunstancias que ponen en duda la capacidad del árbitro para decidir sobre el fondo de la controversia de una manera imparcial e independiente, bien sea por una vinculación con alguna de las partes de tipo familiar, laboral, sentimental o económica. Se trata de una situación, que por sus características propias, necesita la evaluación precisa del caso concreto, pues son tantas las aristas que involucra esta figura, que coincidimos con Fernando Trazegnies¹³ cuando afirma:

La noción de conflicto de interés es un concepto vivo y esto significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto desde una perspectiva nueva. Dilucidar en qué consiste el conflicto de interés y cuáles son sus grados es una tarea permanente y es una cuestión que constituye un desafío para todos los abogados que estamos involucrados con el arbitraje.

¹² Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 27°. Vol. II: C. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

¹³ Trazegnies Granda, Fernando. «Conflictuando el conflicto: Los conflictos de interés en el arbitraje.» *Revista de Derecho (Themis)*, n° 53 (Junio 2007): P.69.

La práctica arbitral revela el surgimiento de conflictos de interés evidentes, como los casos en los cuales el árbitro ha prestado asesoramiento o está asesorando en la actualidad a una de las partes en relación con la controversia que se presenta; o los casos de enemistad manifiesta entre el árbitro y alguna de las partes y otros casos menos cuestionables, como el asesoramiento legal que haya suministrado el árbitro a las partes con ocasión de otro asunto, "...hasta casos pintorescos como la impugnación fundamentada en que el árbitro recusado es colega como profesor universitario del abogado de una de las partes..."¹⁴

La Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, exige a los árbitros los mismos criterios de imparcialidad que a los jueces ordinarios, salvo que las partes decidan otra cosa, para lo cual regula en sus artículos 35 al 40 las causales de Recusación e Inhibición que pueden afectarles y el procedimiento a seguir ante su verificación; tomando como basamento el listado de supuestos incluido en el Código de Procedimiento Civil Venezolano¹⁵, que contempla en su mayoría relaciones familiares, jurídicas, profesionales, amistosas o de enemistad entre los árbitros y las partes, sus abogados o diferencias por intereses particulares respecto a las situaciones debatidas en el proceso arbitral. Por su parte, los Centros de Arbitraje contemplan en sus respectivos Reglamentos disposiciones que regulan la recusación e inhibición de los árbitros¹⁶.

Como se indicó anteriormente, la falta de independencia e imparcialidad de los árbitros atenta contra la estabilidad, la eficiencia y el óptimo funcionamiento del Arbitraje y es preciso contar con una guía clara para determinar si un árbitro se encuentra ante un conflicto de intereses, caso en el cual éste debe inhibirse o ser recusado por la parte afectada.

No revelar ciertos vínculos puede constituir una falta grave en un árbitro. Sin embargo, estas menciones deben hacerse de una manera prudente y equilibrada, pues comunicar cualquier tipo de relaciones, sin discriminar su seriedad o profundidad, ni su potencial de influencia sobre el juzgador, puede llevar a un abuso de los mecanismos de cuestionamiento y remoción para un árbitro que se encuentre supuestamente parcializado, con repercusiones negativas para las partes, que se ven obligadas a soportar dilaciones en el procedimiento e inclusive a nombrar un árbitro que no se encontraba entre sus principales opciones.

¹⁴ Trazegnies, Fernando. *Op. Cit.* P. 59.

¹⁵ Artículo 82 Código de Procedimiento Civil Venezolano. Gaceta Oficial N°4209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990.

¹⁶ Artículo 52, Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Artículos 23 y 26 del Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Artículo 15 Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre el Arbitraje Independiente de 2021.

2.1 Las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional

Para resolver este difícil enigma, la International Bar Association (IBA)¹⁷, desarrolló desde el año 2004 las Directrices sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional; un instrumento de *soft law* contentivo de los estándares de independencia e imparcialidad de los árbitros, así como los demás miembros del tribunal arbitral y el deber de revelación de circunstancias específicas.

Estas Directrices son revisadas periódicamente, la primera vez en 2014 y recientemente, el 25 de mayo de 2024 fue aprobada su última actualización sobre aspectos relativos a las revelaciones de árbitros, financiamiento de terceros, conflictos por razón de la materia, redes sociales, entre otros aspectos esenciales que pretenden promover una mayor consistencia del arbitraje y evitar recusaciones innecesarias, renunciaciones y sustituciones de árbitros que generen mayores retrasos y gastos a las partes involucradas.

El sistema empleado es similar a un semáforo de situaciones no taxativas denominadas “Listado Rojo (Irrenunciable y Renunciable, respectivamente), Naranja y Verde”, donde se entiende que las circunstancias que se ubican en el color rojo constituyen un conflicto de interés absoluto, que según su envergadura inhabilita *iure et de iure* al árbitro y no pueden ser aceptadas por las partes, en tanto que nadie puede ser juez y parte a la vez, o que sólo pueden ser renunciadas en aquellos casos donde a pesar de su gravedad la convalidación de las partes esté permitida; mientras que las que se incluyen en el color naranja podrían generar dudas a la opinión de las partes, por lo que debería evaluarse el caso concreto; en tanto que las situaciones de color verde no crean conflictos de interés y tampoco lo aparentan.

La aceptación de estas Directrices ha sido generalizada tanto en arbitrajes comerciales, como de inversiones, puesto que intentan aportar un equilibrio entre los intereses de todos los involucrados en el proceso arbitral, como árbitros, abogados y centros de arbitraje, priorizando siempre los intereses de las partes, por lo que la recomendación es aplicarlas con un sólido sentido común y dejando de lado los formalismos inútiles.

El punto de partida es el principio general que establece:

Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.¹⁸

¹⁷ International Bar Association. *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*. 2024. <https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-Conflict-Interest-Spanish-2024> (último acceso: 07 de noviembre de 2024)

¹⁸ Norma General 1. *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*. 2024.

Las obligaciones del árbitro en cuanto a este tema tienen un carácter permanente durante todo el proceso y finalizan una vez que el Tribunal Arbitral ha dictado el laudo definitivo y ha sido emitida cualquier corrección o interpretación permitida bajo la normativa aplicable; cuando el plazo para solicitarlas haya expirado o el procedimiento haya finalizado, o cuando el árbitro ya no tenga competencia sobre el asunto debatido. En el caso de nulidad o en una situación que permitiera que la controversia regresara al conocimiento del tribunal, será necesario un nuevo ejercicio de revelación y revisión sobre los conflictos de interés que puedan existir.

Cuando el mismo árbitro tenga dudas de su propia imparcialidad, o cuando en ausencia de ellas, se encuentre en una circunstancia anterior, actual o sobrevinida en la cual cualquier tercero con buen juicio y con conocimiento de los datos relevantes del caso podría dudar de su integridad, lo más razonable es que el árbitro actuando de manera objetiva y tan pronto como tenga conocimiento de dicha situación, decline su nombramiento o cumpla con su deber de revelación a las partes, para que éstas decidan sobre su conformidad sobre esta situación, sin importar la fase del procedimiento en la que se realice dicha revelación.

Sería una situación de incuestionable parcialidad aquella donde el árbitro guarde una relación de identidad con alguna de las partes en conflicto, por ser representante de la misma o si posee un interés económico significativo en la controversia como, por ejemplo, una participación accionaria dominante en alguna sociedad mercantil que sea parte en el proceso.

Por otro lado, hay casos donde el árbitro percibe que su parcialidad no será afectada, pero donde su participación en el proceso pudiera generar incomodidad o disconformidad a una de las partes. En este caso, el árbitro no debe declinar su nombramiento *a priori*, sino declarar a las partes y demás miembros del tribunal la existencia de esta situación, lo que es demostrativo de una conducta respetuosa ante todos los involucrados.

En caso de duda, siempre la solución será revelar la situación concreta en aras de preservar la integridad de las actuaciones llevadas a cabo dentro del procedimiento, acogiendo el principio *in dubio pro declaratione*, salvo situaciones de secreto profesional, donde el árbitro debería declinar su nombramiento o renunciar al ejercicio de sus funciones. Lo anterior no es más que una consecuencia esencial del deber de buena fe que debe impregnar la conducta de las partes en el cumplimiento de las obligaciones contraídas, especialmente en el arbitraje, donde la confianza en los miembros del tribunal y la transparencia del procedimiento constituyen valores esenciales e irrenunciables.

Según las Directrices de la IBA, de las normas generales 1 y 2(a) se infiere que los árbitros que han realizado una revelación se consideran imparciales e independientes a las partes, aún a pesar de los hechos revelados y, en consecuencia, capaces de desempeñar sus funciones arbitrales. No obstante, la falta de revelación de ciertos hechos

que ante la mirada de las partes pudieran dar lugar a dudas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro, no indican *per se* la existencia de un conflicto de interés o que el árbitro deba ser descalificado. Asimismo, el solo hecho de una revelación no da motivos para establecer presunciones contra la imparcialidad del árbitro o para proponer su descalificación.¹⁹

Una recusación sólo debe prosperar cuando objetivamente se cumplen las causales para su verificación. A pesar de ello, si en el plazo de treinta (30) días posteriores a la recepción de la revelación realizada por el árbitro, o de que la parte tenga conocimiento de los acontecimientos que puedan constituir un potencial conflicto de intereses, si la parte interesada no formula una objeción expresa respecto a dicha situación, se considerará que ésta ha renunciado a cualquier posible conflicto de interés relacionado con estas realidades y no podrá formular reclamaciones basadas en ellos en una etapa posterior²⁰.

Ante las circunstancias que integran el Listado Rojo Irrenunciable, se consideran inválidas las renunciaciones que pudiera hacer una parte. Por el contrario, ante la existencia de una situación incluida en el Listado Rojo Renunciable, el árbitro no debería aceptar el cargo o debería suspender el ejercicio de sus funciones; pero se permite que ésta persona pueda aceptar su designación o continuar su desempeño si las partes y demás miembros del tribunal arbitral están plenamente informados del conflicto de interés y manifiestan explícitamente su conformidad con que la persona continúe sus funciones, pese al conflicto de interés que se ha verificado.

La actividad profesional del abogado que se desempeña como árbitro debe ser analizada en cada caso concreto, pues el hecho de que exista alguna relación entre el bufete o empleador del árbitro y alguna de las partes, no origina en esencia un conflicto de interés, ni hace surgir un deber de revelación al respecto.²¹

Existe pues un deber de las partes de informar al árbitro, al Tribunal y a las demás partes, así como al Centro de Arbitraje sobre cualquier relación directa o indirecta con el árbitro, o entre éste y otra sociedad del mismo grupo de sociedades, o la existencia de personas o entidades que controlen a alguna de las partes del arbitraje o sobre la que éstas ejerzan una posición controlante, sin dejar de lado cualquier persona o entidad que posea un interés económico directo en el asunto o la obligación de indemnizar a una parte por el laudo que vaya a dictarse.²²

¹⁹ *Vid.* Norma General Número 3, sobre las Revelaciones del árbitro. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 2024.

²⁰ *Vid.* Norma General Número 4, sobre la Renuncia de las partes. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 2024.

²¹ *Vid.* Norma General Número 6. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 2024.

²² Norma General N°7. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional. 2024.

Este deber de revelación e información, obliga a las partes a mantener una actitud diligente e investigativa sobre toda información relevante que se encuentre, en un ámbito razonable, disponible para ellas, debiendo identificar lo antes posible a los abogados que las asesoran o intervienen en el procedimiento arbitral, así como la eventual existencia e identidad de un tercero financiador que se haga presente para sufragar sus gastos dentro del proceso, situación concreta que se analizará de seguidas.

3. El *Third Party Funding* y su influencia sobre la imparcialidad del árbitro

El contrato de financiación por terceros, conocido como *Third Party Funding*, o por sus siglas, TPF, abre la oportunidad para que un tercer financiador²³ invierta en un conflicto del que no es parte, pero en el cual existen grandes probabilidades de obtener una decisión favorable, mediante el pago de las costas del proceso del demandante o demandado.

Este mecanismo, utilizado mayormente en conflictos de alta onerosidad o con elementos de extranjería, permite a quien actúa como parte en un proceso optar por el financiamiento de los gastos que se deriven del ejercicio de sus acciones o defensas y ofrece amplias ventajas para quienes no desean invertir sus recursos financieros en ciertos litigios en un determinado momento, o a sujetos que atraviesan por crisis patrimoniales de liquidez o insolvencia, donde circunstancialmente no se dispone de los recursos para hacer frente al litigio.

El *Third Party Funding*, en lo adelante, TPF, es visto según Agulló citando a Steinitz como "una consecuencia de la eliminación de la doctrina del *champerty*, propia de los sistemas del *Common Law*, en Australia y Reino Unido, durante los últimos 20 años."²⁴ Esta antigua doctrina basada en fines éticos, contraindicaba la celebración de cualquier contrato de financiamiento de terceros, al prohibir que un tercero ejerciera una acción de reclamación a cambio de repartir con el titular de la misma la cuantía obtenida en virtud de su ejercicio, con el objeto de fomentar el ejercicio de acciones legales únicamente por los beneficios económicos que pudiera reportar.

Aunque sus orígenes se remontan al derecho anglosajón²⁵, ha aumentado su aplicación en época reciente en los Países de derecho continental y su relevancia dentro del

²³ "Si bien la mayoría de los financistas son personas jurídicas como instituciones financieras, fondos de inversión, bancos, compañías de seguro; nada impide que una persona natural financie una disputa" Urdaneta Cordido-Freytes, Enrique. «Aspectos prácticos del Arbitraje Internacional: financiamiento por terceros.» *Derecho y Sociedad. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Monteávila*, 2021: P. 596. Hay regulaciones que sólo permiten el financiamiento de disputas cuando es efectuado por "un profesional del ramo", tal como ocurre en Singapur. Ídem, P.596.

²⁴ Agulló Agulló, Diego. «Los contratos de financiación de litigios por terceros (Third Party Funding) en España.» *Revista de Derecho Civil*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2022, P.189.

²⁵ Con respecto a la reseña de los antecedentes de esta institución *Víd.* Urdaneta Cordido-Freytes, Enrique. «Aspectos prácticos del Arbitraje Internacional: financiamiento por terceros.» *Derecho y Sociedad. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Monteávila*, 2021: 587-628.

Arbitraje tanto comercial como de inversión. Agulló,²⁶ citando a Bogart, apunta que “En España esta práctica se ha empezado a utilizar hace sólo unos años, pero los expertos le auguran un interesante futuro”. En virtud de esta modalidad de contrato, si el financiado resulta victorioso en el proceso ventilado, el financiador podrá recibir una parte del monto de la indemnización obtenida y en caso contrario, éste perderá la cantidad invertida en el litigio.

A los terceros financiadores se les asimila a las partes dentro de un proceso arbitral, dado su interés económico en la resolución de la controversia, puesto que, en la mayoría de los casos, el financiador interviene a cambio de un beneficio. Sin embargo, han existido casos donde el tercero financista no persigue un interés económico, sino más bien altruista o social, como ocurrió en el caso de Phillip Morris v. República Oriental del Uruguay²⁷ sin que ello impida que se le siga considerando como una parte del litigio.

Desde la óptica del financiador, Agulló destaca que:

El TPF es un producto de inversión más que, lógicamente entraña un riesgo, como cualquier otra inversión. El riesgo en este caso es que el financiado no gane el pleito. El mercado financiador del TPF se compone de fondos capital riesgo muy sofisticados que cuentan con equipos legales y financieros que evalúan todas las posibilidades de inversión en controversias por todo el mundo.²⁸

La naturaleza jurídica de esta figura encuadra dentro de los contratos innominados, diferenciado de la cuota litis y de la cesión de créditos, asimilable para algunos, *mutatis mutandi* a las cuentas en participación, en tanto que el financiado mantiene la titularidad de su acción, pero el financiador posee un interés directo en la resolución exitosa del conflicto, participando en los beneficios en caso de que la parte resulte vencedora en el proceso, pero también asumiendo las pérdidas en caso de un laudo desfavorable.²⁹

El contenido del contrato es regulado por la autonomía de la voluntad de las partes. Pero entre las cláusulas más comunes destacan: “La extensión del financiamiento, mecanismos para evaluar la reclamación, estructura de retorno de la inversión, riesgos asumidos, participación del tercero en la estrategia del caso, causales de terminación, posibilidad de transigir, eventuales conflictos de intereses y confidencialidad.”³⁰

²⁶ Agulló Agulló, *Op. Cit.* P. 184.

²⁷ Phillip Morris v. República Oriental del Uruguay. 8 de julio de 2016 (fecha de envío a las partes). Caso CIADI- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. CN. ARB/10/7. En este caso, una ONG, Anti-Tobacco Trade Litigation Fund, respaldada por Michael Bloomberg y Bill Gates, aportó fondos para la ayuda financiera del Estado Uruguayo, en el marco de ayudas filantrópicas otorgadas a los países subdesarrollados para ejercer su defensa contra las acciones judiciales incoadas por la industria tabaquera para impugnar las medidas gubernamentales que restringen el consumo de Tabaco. https://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/c1000/DC9012_sp.pdf

²⁸ Agulló. P. 188.

²⁹ *Vid.* Agulló Agulló, *Op. Cit.* P.198. *Vid.* Prado Puga, Arturo. «La cesión de derechos litigiosos. Fundamentos de su regulación y delimitación con figuras afines.» *Revista de Derecho. Coquimbo. Volumen 29.*, 2022

³⁰ Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit.*P. 598.

Las partes pueden limitar la cobertura del financiamiento a las tasas administrativas del centro de arbitraje, a los honorarios profesionales de abogados, árbitros y expertos, o acordar un financiamiento amplio que incluya todos los gastos, e inclusive, las costas del proceso si hubiere lugar. En el mismo sentido, pueden pactar el beneficio obtenido por el financiador con un monto fijo, un múltiplo de los gastos financiados, un porcentaje del monto de la condena o una combinación de éstos,³¹ o también recurrir a la modalidad de *equity financing*³², en virtud de la cual el financista podría obtener, en caso de éxito, una participación accionaria en la empresa financiada, o el pago mediante títulos valores, entre otros.

Existen Países que permiten y regulan el TPF, como el Reino Unido o Singapur, que lo permite en determinadas condiciones³³, mientras que otras lo prohíben, como es el caso de Irlanda³⁴, Grecia y Portugal. El desarrollo normativo sobre esta materia en el foro arbitral europeo se ha incrementado, pues el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional³⁵, que entró en vigencia el 01 de enero de 2021 aborda en su artículo 11, numeral séptimo al TPF y al deber de las partes de notificar su existencia.

Siguiendo la misma línea, se encuentra el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de Madrid de 2022³⁶ y la Directiva (UE) 2020/1828³⁷ del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 25 de noviembre 2020, respecto a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, que también hacen referencia al financiamiento de terceros.

En el año 2022, fueron reformadas las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)³⁸, que cuentan con una regulación precisa y actualizada del financiamiento por terceros, estableciendo la obligación de la parte de presentar una notificación por escrito revelando el nombre y dirección del financista que le haya suministrado los fondos para ejercer sus acciones o defensas en el proceso a través de una donación o subvención, o a cambio de una remuneración

³¹ Vid. Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit.*, P. 597- 598.

³² Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit.*, P.602

³³ Theoduloz, Santiago. «Third Party Funding: Su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional.» *Revista de Derecho N°20*, 2019: P.168.

³⁴ Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit.* P. 593.

³⁵ Cámara de Comercio Internacional. *Reglamento de Arbitraje de la CCI*. 2021. <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version-2023-version.pdf> (último acceso: 07 de noviembre de 2024).

³⁶ Corte de Arbitraje de Madrid. *Reglamento de Arbitraje*. 2022. <https://www.arbitramadrid.com/reglamento-actual/> (último acceso: 28 de noviembre de 2024).

³⁷ Unión Europea. *Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32020L1828> (último acceso: 28 de noviembre de 2024).

³⁸ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Convenio, Reglamento y Reglas del CIADI*. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID_Convention_SPA.pdf (último acceso: 28 de noviembre de 2024).

que dependa del resultado del laudo. Si el financiador es una persona jurídica, deberá especificarse el nombre de las personas y entidades que la poseen y controlan. Dicha notificación debe ser presentada al momento de introducir la solicitud de arbitraje, o inmediatamente después que se concluya el acuerdo de financiamiento.

Dicha solicitud será tramitada por el Secretario General, quien transmitirá la notificación a las partes y a cualquier árbitro propuesto, a fin de completar la declaración del árbitro sobre su independencia e imparcialidad y confidencialidad exigida en la Regla 19.b *ejusdem*. Asimismo, el Tribunal podrá ordenar la revelación de información adicional respecto al acuerdo de financiamiento y al tercero financiador en cualquier momento del procedimiento, según lo dispuesto en la Regla 36.b *ejusdem*.

A su vez, El Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje de 2019, indica en su sexta recomendación los deberes relativos a la financiación y el Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)³⁹, vigente desde el 01 de enero de 2020, también hace variadas referencias a esta modalidad de contratos⁴⁰.

En cuanto a los instrumentos internacionales de *soft law*, destacan las Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (revisadas en 2024), que en su artículo 6b hace referencia a esta figura y aunque lo hace de una forma breve, ha sido de gran utilidad.

Si se busca respuesta al cuestionamiento de la validez de estos contratos en el foro arbitral latinoamericano, evidentemente hay una contundente respuesta afirmativa⁴¹. En Venezuela, la Ley de Arbitraje Comercial no hace referencia al instituto, pero tampoco lo prohíbe. A su vez, los Reglamentos de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del CEDCA, aún no lo contemplan⁴²; pero la Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) de 2021, sí hacen mención al instituto en su artículo 53, estableciendo el deber de revelación de la parte que cuente con un financiador desde el inicio del arbitraje o tan pronto como sea posible, en los casos de un acuerdo de financiación celebrado posteriormente, así como cualquier modificación del mismo.

El fin último de estas medidas es evitar que la presencia de un conflicto de intereses, bien sea por un árbitro que sea recurrentemente designado en los arbitrajes donde tenga participación el mismo financiador; o porque el árbitro asesore en otros

³⁹ Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). *Reglamento CIAM Digital*. 2024. https://ciam-ciar.com/wp-content/uploads/2024/01/REGLAMENTO_CIAM_DIGITAL-DEF2.pdf (último acceso 28 de noviembre de 2024).

⁴⁰ *Vid.* Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit* P. 614.

⁴¹ *Vid.* Theoduloz, *Op. Cit*, P.161. En este sentido, Ramírez Padrón, *Op. Cit.* P.351 expone: "Así sucede en la mayoría de los países latinoamericanos que no descansan sobre la premisa del *Champerty and Maintenance* al heredar su derecho de la familia del Civil Law y no del Derecho Común, por tanto, ciñéndose por aquel principio del derecho privado de que al no existir prohibición expresa se considera que está permitido, siendo válido recurrir al financiamiento de terceros y viéndose como un contrato resguardado en la libertad contractual".

⁴² Nos adherimos a los comentarios y sugerencias formulados por el Dr. Diego Castagnino, en *Vid.* Castagnino, Diego. «Propuestas para el arbitraje institucional venezolano.» *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2019.

procesos al mismo fondo especializado, así como otros múltiples supuestos, pueda resultar lesivo de la validez y eficacia del laudo arbitral, afectando su reconocimiento y ejecución, haciéndolo objeto de un recurso de nulidad, lo que en definitiva menoscabaría la institución arbitral.

Si bien resultan interesantes los posibles conflictos de interés que pudieran presentarse entre el financiador y el financiado en el marco de la ejecución del TPF, ya sea por la voluntad del financiador de querer controlar la estrategia procesal para conducir el caso; o por la conveniencia de celebración para el financiado de una transacción que ponga fin al proceso y a su vez desfavorezca al financiador, así como otros supuestos que deberían ser regulados en el contenido del contrato para evitar este tipo de conflictos, lo que resulta relevante para esta investigación es coadyuvar a disipar las dudas sobre su influencia sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros y sus decisiones y el alcance la obligación del financiado de revelar la existencia de un contrato de financiamiento en el arbitraje en curso.

Los argumentos de los detractores del TPF cuestionan la posibilidad de que dado el análisis profundo (*due diligence*) que realiza el financiador sobre la controversia planteada, donde emplea expertos en el área jurídica, financiera y demás profesionales involucrados en el tipo de caso que se presente y asumiendo que el financiador no aceptaría sufragar los gastos de causas que no tengan altas probabilidades de resultar victoriosas en el proceso, el conocimiento por parte del tribunal de la existencia de un tercero financiador eventualmente inclinaría la balanza del juzgador en favor de la parte financiada, afectando su independencia e imparcialidad.⁴³

En efecto, como instruye Fernández Masiá⁴⁴:

La perfección de un contrato de financiación supone un previo estudio profundo de las pretensiones de la parte financiada, que prueba que la reclamación está bien fundamentada y como mínimo no puede tacharse de frívola. Las entidades financiadoras son empresas con una estructura compleja y que tratan de financiar únicamente los casos tras un análisis minucioso de los méritos de las reclamaciones.

Aunque el TPF representa una oportunidad para facilitar el acceso a la justicia para quienes no dispongan los recursos necesarios para hacer valer sus intereses en el proceso, la regulación oportuna y la buena fe de las partes involucradas minimizarían los riesgos de su aplicación y permitirían el correcto desarrollo y promoción de esta figura, impidiendo su operación en casos donde pueda verificarse un conflicto de interés, particularmente, con alguno de los árbitros o demás miembros del tribunal arbitral.

⁴³ *Vid.* Theoduloz, *Op. Cit.* P.164. "Elemento que ha sido rechazado por aquellos que trabajan en el área. Es verdad que existe un análisis de riesgo, pero este análisis presenta una infinidad de variables donde también el rechazo de una determinada pretensión es en su caso considerado."

⁴⁴ Fernández Masiá, Enrique. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016: P. 207.

Las puertas que abre la adecuada aplicación del TPF, prepararían al foro arbitral venezolano para los avances que han experimentado ciudades ampliamente reconocidas como sedes de grandes arbitrajes, como París, Ginebra⁴⁵ y Hong Kong.⁴⁶ El objetivo primordial es demostrar que el financiamiento de terceros, cuando cuenta con una buena regulación, lejos de poner en peligro la independencia e imparcialidad de los árbitros, cuenta con ventajas que facilitan el acceso de los particulares a este medio alternativo de resolución de conflictos, lo que permitiría vencer la barrera de costos que muchas veces dificulta el acceso a la jurisdicción arbitral.

Claramente, lo que se pretende no es la prohibición o limitación excesiva del TPF, pero tampoco resulta ideal un marco regulatorio que guarde silencio absoluto en cuanto a esta figura. Un escenario de seguridad jurídica adecuado, contaría con una regulación del acuerdo de financiamiento en la jurisdicción aplicable, en la ley de asiento del arbitraje y en el lugar donde pretenda ejecutarse el laudo definitivo. Para construir esta realidad, un aspecto fundamental es determinar la obligación y el alcance del deber de revelación de las partes, para establecer si debe manifestarse únicamente la identidad del financiador o si adicionalmente deben mencionarse otras particularidades del contenido del contrato.

3.1 El deber de revelación, su alcance y marco regulatorio

Ante la realidad bajo análisis, es de vital importancia adoptar todas las estrategias posibles para preservar la imparcialidad e independencia de los árbitros, lo que en definitiva, fortalece al sistema arbitral en su conjunto, disminuyendo toda posibilidad de que se frustre la validez, eficacia y ejecución de los laudos dictados.

Por lo tanto, la regulación clara de la obligación de las partes de revelar la existencia del TPF, coadyuvará a mitigar los temores que se presentan sobre la influencia que eventualmente pudiera producir en los árbitros la existencia de un tercero financiador de la disputa.

No es imposible que un proceso arbitral transcurra sin que sea revelada la existencia de un tercero financiador. Pero esta situación indebida podría generar problemáticas mayores a las partes de la controversia, como la declaración judicial de nulidad del laudo, de modo que conocer la celebración de un acuerdo de financiamiento lo antes posible, reducirá todo margen de conflictos de intereses, protegiendo los estándares de independencia e imparcialidad de los árbitros. En este sentido, resulta acertado sugerir la inclusión del deber de revelación de la existencia de un tercero financiador desde el momento mismo de la celebración del acuerdo o cláusula arbitral.

⁴⁵ Vid. Urdaneta Cordido-Freytes, *Op.Cit* P. 593.

⁴⁶ Vid. Theoduloz. *Op. Cit.* P.169-170

Un punto que ha suscitado grandes debates es la extensión del deber de revelación sobre los elementos del acuerdo de financiamiento que deben darse a conocer. Muchas veces la intención de la parte contraria es conocer la totalidad del contrato de TPF, pero no debe soslayarse el hecho de que la mayoría de las ocasiones, en su contenido se incluyen aspectos que integran la relación comercial entre el financiador y el financiado, donde se incluyen datos confidenciales cuya divulgación atentaría contra la posición procesal de éste último.

En este sentido, lo correcto es revelar tanto al tribunal como a la contraparte, cuanto antes, la información suficiente para la correcta identificación del financiador cuyos datos sirvan para determinar la existencia de cualquier conflicto de interés; y si el Tribunal arbitral llegase a requerir información adicional, deberá evaluar el caso concreto para determinar si es una información apta para hacerla del conocimiento del adversario procesal, sin causar un perjuicio al financiado.

Con meridiana claridad, Theoduloz⁴⁷ sostiene:

Será relevante conocer: las partes involucradas en el arbitraje, cuál es el límite del mencionado financiamiento y cuál será el verdadero grado de participación del TPF. Esto nos va a permitir conocer aquellos elementos que sí tienen una clara influencia en los eventuales conflictos de intereses que se puedan producir.

El Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje de 2019⁴⁸, establece en su sexta recomendación el deber de información de las partes sobre la existencia de un tercero financiador, así como la posibilidad de los árbitros de solicitar cualquier información adicional que sea relevante, pudiendo la parte requerida expurgar los datos confidenciales y las condiciones económicas de la transacción.

En el contenido de las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, la Norma General 6.b señala que se considera como parte cualquier persona física o jurídica que tenga una relación de control sobre una parte, o un interés económico directo en la controversia, o que deba indemnizar a una parte por el laudo que vaya a dictarse, noción que resulta perfectamente aplicable al tercero financiador; estableciendo además en la Norma General 7.a el deber de las partes y del árbitro de informar por iniciativa propia y a la mayor brevedad posible sobre cualquier relación directa o indirecta entre el árbitro y cualquier persona o entidad que tenga un interés económico directo o la obligación de indemnizar a una parte por el laudo que vaya a dictarse.

⁴⁷ Theoduloz, *Op. Cit.* P.180.

⁴⁸ *Vid.* Club Español del Arbitraje. *Código de Buenas Prácticas Arbitrales*. 2019. https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/bbpp_mediacion_1.pdf (último acceso: 28 de noviembre de 2024).

En el mismo sentido, las reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) sobre Arbitraje Independiente de 2021, incluyen dentro su artículo 53, el deber de revelación que tiene la parte de notificar a la contraparte y al tribunal arbitral el nombre y dirección del tercero financiador tan pronto como inicie el procedimiento o apenas sea celebrado el acuerdo de financiamiento o se realice una modificación de éste, así como la posibilidad que tiene el Tribunal Arbitral para solicitar a la parte cualquier información adicional sobre el financiamiento por parte de terceros, que sea relevante para las partes, incluyendo las condiciones económicas del acuerdo con el financiador, debiendo dar a conocer a las partes, por escrito, cualquier circunstancia susceptible de poner en duda su independencia e imparcialidad con motivo de la existencia del tercero financiador.

En la práctica, los extremos de la obligación de revelar abarcan el deber de identificar al financiador, pero no el contenido del contrato, sin que ello implique comprometer aspectos confidenciales que puedan menoscabar la posición procesal del financiado. En el caso *South American Silver Limited (Bermuda) v. Estado Plurinacional de Bolivia* ocurrió lo siguiente:

Bolivia solicitó al tribunal arbitral que ordenara al demandante, South American Silver (SAS), que revelara no sólo la identidad del tercer financiador, sino también el contenido del contrato con el objeto de solicitar una caución o garantía del pago de las costas procesales ante el temor de que SAS no tuviera la suficiente capacidad financiera para hacer frente a los costos del arbitraje. El tribunal arbitral, apelando a lo sostenido mayoritariamente por parte de los distintos tribunales arbitrales en materia de arbitrajes de inversión que se habían enfrentado con anterioridad a esta cuestión, determinó que sí debía hacerse pública la identidad del tercer financiador pero que no era necesario desvelar el contenido del contrato TPF.⁴⁹

Ante esta solicitud, el demandante, South American Silver Limited (Bermuda)⁵⁰, se opuso con base en que el contenido del acuerdo de financiamiento no era de relevancia para las cuestiones que estaban siendo debatidas, porque además, dichos términos eran confidenciales y comercialmente sensibles y su revelación podría ocasionar graves perjuicios tanto al financiado como al financiador.⁵¹

En ocasiones, al demandado le interesa conocer si el TPF abarca la cobertura de las costas en caso de que resulte perdedora la parte demandante, por las dudas que pueda suscitar el hecho de que se haya pactado únicamente un financiamiento sobre las actuaciones del proceso y se haya excluido este extremo, lo que ulteriormente resultaría perjudicial para el demandado que ha resultado vencedor, por la ausencia de recursos del financiado para satisfacer el pago de las costas.

⁴⁹ Agulló Agulló, *Op. Cit.* P. 210.

⁵⁰ *Vid.* Laudo Arbitral. *Caso CPA n.º 2013-15, Orden Procesal n.º 10*. 11 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7176.pdf> (último acceso: 26 de noviembre de 2024).

⁵¹ *Vid.* Fernández Masiá, *Op. Cit.* P.209.

En arbitrajes internacionales, es común que una de las partes solicite que el tribunal ordene a la parte contraria prestar una caución o garantía de pago de las costas del proceso, lo que se conoce como *Cautio Judicatum Solvi* o en inglés, *Security for Costs*, las cuales se encuentran previstas, por ejemplo, en el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español de Arbitraje en su artículo 44.2, así como en el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, en su artículo 38; en el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas en su artículo 66; y en las Reglas de la AVA sobre Arbitraje Independiente de 2021, en su artículo 44.

Sólo en circunstancias excepcionales sería recomendable la revelación íntegra del contrato de financiamiento de terceros en un proceso arbitral. En caso de necesidad, la información confidencial sólo debería ser conocida por el tribunal arbitral. Por ejemplo, en el trámite de un procedimiento de insolvencia, es conveniente que el Juez del Concurso conozca el contenido del acuerdo, en atención al interés de los acreedores del concurso y la preservación del patrimonio del deudor.⁵²

Una limitante, es que por las características propias del Arbitraje donde resulta protagonista el consentimiento de las partes otorgado dentro del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, los tribunales arbitrales no tienen jurisdicción sobre terceros que no forman parte del acuerdo, por lo que es conveniente que todo deber de revelación e información, sea establecido en cabeza de la parte que contrate el financiamiento. No se trata entonces de apresar al Arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias, sino de fortalecerlo con estrategias que procuren la estabilidad de sus pilares como la transparencia, la independencia e imparcialidad.

La finalidad del deber de revelación de las partes en materia arbitral, cuando se está ante la existencia de un contrato de financiamiento, atiende a la resolución de los posibles conflictos de interés que pudieran existir, con el objeto de depurar al proceso arbitral de todo vicio que pudiera afectar la validez y eficacia del laudo que pondrá fin a la controversia.

Para cumplir con esta finalidad, la parte que decida celebrar un acuerdo de financiamiento con un tercero, deberá notificar lo antes posible al Tribunal Arbitral y a la otra parte, bien sea al inicio del procedimiento o en cualquier fase donde decida recurrir a

⁵² Según Fernández Masiá, *Op. Cit.* P. 215. "Esta posición de defensa de un deber de revelación "limitado", sin embargo, no fue precisamente la ordenada por parte del tribunal arbitral en el caso Muhammet & Sehil c. Turkmenistán, que por el contrario, asumió la postura de la existencia de un deber de revelación "amplio" respecto al "TPF". El tribunal arbitral en la orden procesal número 3, de 12 de junio de 2015, decretó la revelación del tercero financiador y los términos del acuerdo de financiación. El tribunal arbitral, fundamentó esta decisión en cuatro importantes factores: 1) asegurar la integridad del procedimiento arbitral determinando la existencia o no de relaciones relevantes con los árbitros, 2) valorar si hay un posible fundamento para la hipotética solicitud futura por parte del Estado contendiente de una *cautio judicatum solvi*, 3) aclarar la existencia o no de un tercero financiador ante las dudas planteadas por la conducta procesal del demandante y, 4) estimar la falta de pago de una condena en costas en otro procedimiento arbitral por esta misma parte contendiente.". En el mismo sentido, *Vid.* Ramírez Padrón, Alejandro Ignacio. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional.» *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2021.: P354.

esta figura para continuar ejerciendo sus acciones o defensas. Esto permitirá a la contraparte y al árbitro mismo realizar todo el examen necesario a fin de detectar y declarar la existencia de un eventual conflicto de intereses que pudiera influir en la independencia e imparcialidad de los árbitros, para lo cual resulta sumamente ilustrativo el listado de circunstancias que pone a disposición de la comunidad arbitral la International Bar Association (IBA).

Las ideas centrales que se plantean, responden a la necesidad de mejorar la operatividad del arbitraje, facilitando su aplicación y aumentando su transparencia. En modo alguno se pretende limitar a las partes sobre el uso de esta beneficiosa figura, que definitivamente llegó para quedarse y aumentar el acceso a la jurisdicción arbitral.

El objeto de estas previsiones se circunscribe a desplegar una conducta de buena fe en todo el proceso, evitando comprometer la validez y eficacia de los laudos dictados, lo que podría ocasionar a las partes mayores contratiempos y aumentar los costos de la satisfacción de sus pretensiones.

Tal como sucede en muchos aspectos del ejercicio profesional, el mejor funcionamiento de las leyes e instituciones proviene de la siembra del conocimiento adecuado en cabeza de los destinatarios de las normas, donde los legisladores, los miembros de los Centros de Arbitraje, Organizaciones que trabajan en su promoción y evolución, árbitros y abogados, trabajen en conjunto para la divulgación de buenas prácticas que fortalezcan las bondades del Arbitraje y permitan su optimización.

CONCLUSIONES

El deber de independencia e imparcialidad de los árbitros responde a una de las garantías esenciales de un procedimiento justo, transparente y eficaz. Los instrumentos legales nacionales e internacionales de mayor envergadura, así como los más diversos instrumentos de soft law insisten en su preservación y procuran establecer los mecanismos para que cualquier conflicto de intereses entre las partes y los árbitros o demás miembros del tribunal pueda ser declarado oportunamente, aportando los mecanismos para la recusación e inhibición del árbitro que incurra en alguno de estos supuestos.

En definitiva, no todas las situaciones de la práctica arbitral conllevan a la configuración de un conflicto de intereses, por lo que cada situación debe ser examinada individualmente atendiendo al beneficio, procura y protección del Arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos dotado de gran confiabilidad y rapidez. Para ello, resultan de gran utilidad las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, las cuales proporcionan un listado enunciativo de circunstancias que según su envergadura podrían producir conflictos de intereses, pasando por los matices de una afectación absoluta de la independencia e imparcialidad del árbitro, pasando por

niveles moderados, capaces de ser subsanados con la aprobación de las partes involucradas, hasta aquellas situaciones donde no existe conflicto ni se causa inquietud a las partes al respecto.

Ante la verificación de un conflicto de intereses, la máxima recomendación es proceder cuanto antes al cumplimiento del deber de revelación que acompaña a las partes durante todo el proceso. Cualquier situación que precise ser conocida por las partes o por los miembros del tribunal arbitral, debe ser informada oportunamente a fin de evitar que se produzca un laudo arbitral viciado de nulidad, potencialmente anulable por la jurisdicción, con el perjuicio que ello ocasionaría a los interesados.

Actualmente, ha tomado protagonismo la figura del Third Party Funding o Financiamiento de Terceros, como contrato innominado que facilita el acceso de las partes a la jurisdicción arbitral a través de un financista que asume los costos del litigio, en principio, a cambio de un beneficio patrimonial de variada índole. Su aplicación vertiginosa en arbitrajes comerciales y de inversión ha suscitado dudas sobre su posibilidad de afectar la independencia e imparcialidad de los árbitros o generar eventuales conflictos de intereses.

No puede ignorarse que este instituto facilita el acceso al arbitraje de quienes no cuentan con los recursos para participar en el proceso, o a quienes no desean destinar sus recursos al litigio, pues prefieren destinarlos a inversiones u otros proyectos. No obstante, para evitar cualquier complicación posterior por la existencia de un posible conflicto de intereses entre el financiador, los árbitros o las partes, la estrategia más eficaz es revelar inmediatamente la identificación del financiador, a fin de que la contraparte y demás miembros del tribunal puedan efectuar su debida diligencia e informar oportunamente si existe algún conflicto de intereses que pueda influir en la independencia e imparcialidad del juzgador.

El Financiamiento de Terceros no perjudica al Arbitraje, sino que lo fortalece. Pero su mayor efectividad puede alcanzarse a través de una regulación oportuna del deber de revelación que tienen las partes y de su alcance, otorgándole al árbitro la posibilidad de requerir cualquier información adicional para despistar la existencia de cualquier conflicto de intereses. Por lo tanto, es prudente su inclusión en las leyes venezolanas, en los Reglamentos de los Centros de Arbitraje y en las conversaciones de los expertos en la materia, para edificar y elevar a Venezuela al nivel de las sedes de los arbitrajes más importantes del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

Agulló Agulló, Diego. «Los contratos de financiación de litigios por terceros (Third Party Funding) en España.» *Revista de Derecho Civil*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 2022, 183-231.

- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 27°. Vol. II: C. Buenos Aires: Heliasta, 2006.
- Castagnino, Diego. «Propuestas para el arbitraje institucional venezolano.» *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2019.
- Fernández Masiá, Enrique. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional.» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016: 205-220.
- Jijón Letort, Rodrigo. «La independencia e imparcialidad de los árbitros.» *Iuris Dictio*, 2007: 26-36.
- Prado Puga, Arturo. «La cesión de derechos litigiosos. Fundamentos de su regulación y delimitación con figuras afines.» *Revista de Derecho. Coquimbo. Volumen 29.*, 2022.
- Ramírez Padrón, Alejandro Ignacio. «La financiación por terceros en el arbitraje internacional.» *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2021: 343-356.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. s.f. <https://dle.rae.es/> (último acceso: 07 de 11 de 2024).
- Theoduloz, Santiago. «Third Party Funding: Su relevancia e influencia actual en el mundo del arbitraje internacional.» *Revista de Derecho N°20*, 2019: 15-28.
- Trazegnies Granda, Fernando. «Conflictuando el conflicto: Los conflictos de interés en el arbitraje.» *Revista de Derecho (Themis)*, nº 53 (Junio 2007): 57-69.
- Urdaneta Cordido-Freytes, Enrique. «Aspectos prácticos del Arbitraje Internacional: financiamiento por terceros.» *Derecho y Sociedad. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Monteávila*, 2021: 587-628.

El avocamiento contra el arbitraje: Una perspectiva venezolana

Raúl A. Ruiz Aguirre*
Sebastian J. Zabaleta Cedeño**

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 351-381

Resumen: Recientemente, las Salas Tribunal Supremo de Justicia han conocido de recursos de avocamiento contra procedimientos arbitrales. Las pocas decisiones que hay sobre esta peculiaridad representan un elemento importante de estudio para la práctica del arbitraje en Venezuela, así como del derecho constitucional. En particular, este artículo presenta un análisis de las decisiones sobre avocamiento contra el arbitraje, en el marco de lo cual los autores sostienen que el avocamiento es un efecto indeseable del fenómeno de la constitucionalización del arbitraje. Si bien es cierto que los avocamientos fueron rechazados, ello no obstó para que hayan perjudicado los respectivos arbitrajes sobre los cuales fueron solicitados. Lo que es más, el estudio de esta cuestión representa una cuestión relevante dentro del gran esquema de ideas que es la constitucionalización del arbitraje en Venezuela.

Palabras clave: arbitraje, avocamiento, derecho constitucional, constitucionalización del arbitraje.

Avocamiento Against Arbitration: A Venezuelan Perspective

Abstract: *Recently, the Chambers of the Supreme Court of Justice have heard avocamientos against arbitration proceedings. The few decisions on this peculiarity represent an important element of study for the practice of arbitration in Venezuela, as well as for constitutional law. In particular, this article presents an analysis of the decisions on avocamientos against arbitration, in the context of which the authors argue that the appeals are an undesirable effect of the phenomenon of the constitutionalization of arbitration. It is true that the avocamientos were rejected, but this did not prevent them from prejudicing the arbitral proceedings in respect of which they were requested. Moreover, the study of this issue represents a relevant question within the grand scheme of ideas that is the constitutionalization of arbitration in Venezuela.*

Keywords: *arbitration, avocamiento, constitutional law, constitutionalization of arbitration.*

Recibido: 17/9/2024
Aprobado: 29/11/2024

* Estudiante de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Asistente legal en Araque, Reyna, Sosa, Viso & Asociados (AraqueReyna).

** Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV), Abogado en Consultores Jurídicos Ayala, Dillon, Fernández & Chavero (C.J Legal).

El avocamiento contra el arbitraje: Una perspectiva venezolana

Raúl A. Ruiz Aguirre*
Sebastian J. Zabaleta Cedeño**

VENEZUELA

AVANI, nro. 5, 2024. pp. 351-381

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. Una aproximación al arbitraje y al avocamiento. 2. Análisis de las decisiones de avocamiento. 3. La perpetuación de los efectos negativos de la constitucionalización del arbitraje. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 la relación entre el derecho constitucional y el arbitraje se ha acentuado. El interés del constituyente en promover los medios alternativos de resolución de conflictos (MARC) se vió reflejado en la integración del arbitraje al sistema de justicia que consta en el artículo 253 y en el deber de promover el arbitraje que tiene el legislador que se consagra en el artículo 258. Esto, en principio, debe funcionar para el mejor aprovechamiento del arbitraje como un mecanismo de justicia alternativa.

Sin embargo, ese acento entre la Constitución y el arbitraje ha traído consigo efectos impropios del arbitraje. Algunos, tal vez puedan ser reconocidos como beneficiosos o no inmediatamente perjudiciales para el desarrollo del medio. Pero otros, sin duda, sólo merman la práctica nacional del arbitraje como lo conocemos. Este artículo estudia una manifestación de uno de los efectos más perniciosos que ha provocado la relación entre el derecho constitucional y el arbitraje, se trata de la utilización de los recursos constitucionales contra el arbitraje.

En particular, en esta ocasión planteamos el estudio del avocamiento contra el arbitraje. En otras ocasiones hemos estudiado cómo se ha utilizado el recurso de amparo constitucional contra el arbitraje en Venezuela, así como hemos rasgado la superficie de los efectos que genera la constitucionalización del arbitraje. No obstante, el desarrollo de la práctica judicial nos obliga a redundar en una peculiaridad del efecto negativo que sigue produciéndose al pie de la interacción entre el derecho constitucional y el arbitraje.

* Estudiante de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Asistente legal en Araque, Reyna, Sosa, Viso & Asociados (AraqueReyna).

** Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV), Abogado en Consultores Jurídicos Ayala, Dillon, Fernández & Chavero (CJ Legal).

El avocamiento se presenta como un recurso con rasgos y características particulares en el ordenamiento jurídico venezolano. Resumidamente, se trata de una facultad común y excepcional de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia para recabar cualquier causa que curse en un tribunal de inferior jerarquía. Mucho se ha hablado sobre los resultados catastróficos que ha traído en su práctica, mayormente asociados a la inseguridad jurídica que caracteriza los patrones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Particularmente, este trabajo estudia casos en los cuales dicha Sala -y la Sala de Casación Civil- ha admitido avocamientos sobre procedimientos arbitrales, generando entonces la oportunidad para reflexionar si esa injerencia se encuentra justificada dentro del ordenamiento jurídico venezolano.

Con lo anterior en cuenta, este estudio se encuentra dividido en tres secciones. En la primera ofrecemos algunas precisiones y pensamientos sobre el régimen jurídico del arbitraje y el avocamiento, junto con sus implicaciones. En la segunda nos adentramos en el estudio de tres casos que representan antecedentes relevantes sobre este problema en particular. En la tercera sección, cavilamos sobre algunas cuestiones que se presentan en torno a este particular.

Nos encontramos convencidos de que la relación entre el poder judicial y el arbitraje es necesaria. Pero en la misma medida, es necesario clarificar los puntos en los que se encuentra justificada esa relación. Lo que es más, el poder judicial no debe, ni puede actuar de tal forma que destruya los principios fundamentales sobre los que se construye el arbitraje, cosa que como exponemos en este trabajo, parece ser un riesgo constante.

1. Una aproximación al arbitraje y al avocamiento

1.1. Régimen jurídico del arbitraje en Venezuela

No es un hecho controvertido que en Venezuela exista una regulación constitucional del arbitraje contemplada en los artículos 253 y 258 de nuestra Carta Magna.¹ La Sala Constitucional ha reconocido definitivamente la existencia de un derecho fundamental, consistente en la elección de los medios alternativos de resolución de conflictos.² Esto implica, bajo la perspectiva de la Sala, que existe un derecho al arbitraje íntimamente relacionado con la tutela jurisdiccional efectiva y el acceso a la justicia³, pero las implicaciones del derecho al arbitraje merecen un estudio aparte.

¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial número 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 192/2008, del 28 de febrero de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM> y; Sala Constitucional, sentencia número 1541/2008, de 17 de octubre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>.

³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 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>.

El arbitraje, junto con los demás medios alternativos de resolución de conflictos, integran el sistema de administración de justicia sin ser parte del Poder Judicial. Esta afirmación representa parte del fundamento del derecho a los medios alternativos y particularmente al arbitraje, pues para los particulares siempre debe existir la posibilidad de emplear tanto los medios alternativos como la justicia ordinaria por un estricto valor universal: la libertad.

Lo anterior no implica que el arbitraje, como una jurisdicción privada si se quiere⁴, sea equiparable a la jurisdicción ordinaria. El arbitraje tiene un régimen legal distinto a las acciones que se deciden en la jurisdicción ordinaria, pues se trata de un mecanismo que existe y prevalece por la voluntad de las partes ex artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial⁵. Esto no quiere decir que la relación de coordinación que existe entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje sea inexistente o innecesaria, pero sí nos lleva a trazar una distinción muy clara sobre su naturaleza distintiva y, por ende, de lo inconsistente que sería el uso de las herramientas naturales de control de la justicia ordinaria sobre la justicia arbitral.

El arbitraje tiene un régimen en particular y, en principio, la única herramienta de control que le aplica es el recurso de nulidad consagrado en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial. Este régimen, que sigue el establecido en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial, hace patente lo que la doctrina denomina el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje⁶; o, dicho en otras palabras, la recurribilidad excepcional del laudo arbitral.⁷ Ampliar el ámbito de control del arbitraje sólo distorsiona la celeridad, flexibilidad y eficacia del medio alternativo, además controvierte la naturaleza voluntaria y especial del arbitraje.⁸ Estas ideas representan, *grosso modo*, la base teórica funcional del arbitraje.

La Sala Constitucional ha desarrollado la figura del arbitraje sobre la base de su reconocimiento constitucional en los artículos 253 y 258, lo cual ha contribuido con el fomento del arbitraje y ha traído consigo el asentamiento de amplios criterios pro arbitraje. Sin embargo, también se ha fomentado en cierto sentido la intromisión del poder

⁴ Gerardo Fernández, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica de la Constitución de 1999*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020), 179.

⁵ Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial número 36.430 del 7 de abril de 1998.

⁶ Gary Born, "The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitral Proceedings" *University of Pennsylvania Journal of International Law* 4, Vol. 30 (2009): 1000. En este sentido, la decisión libre, consciente e inequívoca de las partes de someterse a arbitraje debe estar acompañada de la necesaria garantía para no interferir en la eficacia de tal decisión en vital interés de proteger la autonomía de voluntad.

⁷ Andrés A. Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, "El recurso de nulidad contra el laudo arbitral" en *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coordinado por Luis Alfredo Araque Benzo et. al. (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje y Club Español de Arbitraje, 2013), 503-560. Pedro Saghy y Victorino Tejera, "Arbitraje comercial y casación civil" *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteavila* 9 (2010): 260-261. Disponible en: <https://www.derysoc.com/wp-content/uploads/2022/09/DyS-9-12-Arbitraje-comercial-y-Casacion-civil.pdf>.

⁸ Fernando Vargas, "La importancia de la flexibilidad en el arbitraje" *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 75 (2021): 71-73. Disponible en: <https://rpde.tytl.com.pe/wp-content/uploads/2021/11/5-Articulo-Fernando-Nakaya-2.pdf>.

judicial en la práctica arbitral fuera de lo necesario, dejando ventanas abiertas para su control. Por ejemplo, la Sala Constitucional ha admitido la posibilidad de intentar amparos constitucionales contra laudos arbitrales⁹, igualmente, ha aceptado la posibilidad de intentar recursos de revisión constitucional¹⁰ e incluso ha interpretado en abstracto el artículo 258 de la Constitución.¹¹

Más recientemente, la Sala amplió el abanico de recursos disponibles contra el arbitraje al decidir tres recursos de avocamiento contra arbitrajes institucionales. A continuación, se presentan unos pequeños comentarios sobre tales injerencias del poder judicial en el arbitraje.

1.2. Régimen jurídico del avocamiento en Venezuela

De forma general, el avocamiento se puede catalogar hoy en día como una facultad extraordinaria y excepcional que ostentan las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, pudiendo asumir de oficio o a solicitud de parte, con un juicio sumario de la situación, el conocimiento de causas que se encuentren ante cualquier Tribunal de la República, independientemente de su jerarquía y especialidad o de la fase procesal en que se encuentren, o en su defecto, asignarlas a otro Tribunal, limitándose a casos graves donde se evidencien desórdenes procesales o escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.

Sin lugar a dudas, se trata de una herramienta procesal controvertida considerada como una especie de apelación *per saltum*, poco conocida en el derecho comparado y de extremo cuidado por sus efectos, ya que representa una clara afectación a las garantías del juez natural, de la doble instancia y de la cosa juzgada.

Los orígenes del avocamiento en Venezuela se encuentran en la antigua Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual preveía en su artículo 42.29 en concordancia con el 43¹², que dicha facultad le correspondía única y exclusivamente a la Sala

⁹ Raul A. Ruiz Aguirre y Sebastian J. Zabaleta, "El amparo constitucional contra el arbitraje: una perspectiva venezolana" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XXIX* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2024), 267-294.

¹⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1773/2011, de fecha 30 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1773-301111-2011-11-0381.HTML>; sentencia número. 347/2018, del 11 de mayo de 2018. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/211103-0347-11518-2018-17-0126.HTML>; y sentencia número 151/2021, del 30 de abril de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abr/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>.

¹¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1541/2008, del 17 de octubre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>.

¹² Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Oficial número 1893 del 30 de junio de 1976, cuyo artículo 42.29 rezaba: "Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República... 29. Solicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue pertinente..."; mientras que el 43 rezaba: "La Corte conocerá en Pleno de los asuntos a que se refiere el artículo anterior en sus ordinales 1º al 8º. En Sala de Casación Civil, hasta tanto el Congreso decida la creación de nuevas Salas, de los enumerados en los ordinales 33, 20 y 21, si estos últimos correspondieren a la jurisdicción civil, mercantil, del trabajo o de alguna otra especial; de igual manera conocerá de los asuntos a que se refiere

Político Administrativa, la cual a tenor del texto de la Ley solo tenía que analizar la pertinencia de la solicitud del avocamiento para determinar su admisibilidad, es decir, no existían requisitos o restricciones para su uso, sino que todo dependía del sano criterio de la Sala.

No obstante de la discrecionalidad que le otorgaba la ley a la Sala Político Administrativa, esta fue extremadamente prudente en el uso de dicha facultad. A través de su jurisprudencia fue restringiendo la institución, reconociendo el peligro de esta figura. Por lo que terminó creando y auto imponiéndose requisitos y condiciones para la utilización del avocamiento, tales como: rechazar cualquier solicitud que no tuviese relación con su propia competencia o el interés público, así como cualquier solicitud de avocamiento de causas llevadas por otras Salas de la Corte Suprema; por supuesto, con sus excepciones de rigor¹³.

Así, en más de una oportunidad la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia concibió el avocamiento previsto el artículo 42.29 *eiusdem* como:

...una norma atributiva de competencia y por su naturaleza discrecional y excepcional que debe ser y ha sido hasta ahora, administrada con criterios de prudencia, tomando en consideración fundamentalmente la necesidad de evitar flagrantes injusticias o una denegación de justicia o la presencia de aspectos que rebasan el interés privado, que involucren y afectan de manera directa el interés público, manteniendo como una constante en su aplicación los principios rectores que atañen al orden natural de competencia, en razón de la materia que sea objeto de avocamiento.¹⁴

Inicialmente, la creación del carácter excepcional y prudencial de la figura del avocamiento se debe a la jurisprudencia, así como también lo relacionado a los criterios de procedencia y admisibilidad. Pero, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 y la creación de la Sala Constitucional, el avocamiento da un vuelco. La Sala Constitucional desaplica por control difuso el artículo 42.29 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y, como resultado, el avocamiento se convirtió en una facultad común de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.¹⁵

El vuelco suscitado por la decisión de la Sala Constitucional luego se vería formalmente instaurado en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004, que derogó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y recogió las consideraciones hechas sobre la institución por la Sala Constitucional. Inclusive, creó un tipo de avo-

*el ordinal 34. En Sala de Casación Penal, de los señalados en los ordinales 30 al 32 y en los ordinales 20, 21 y 34, cuando estos últimos correspondan a la jurisdicción penal. En Sala Político Administrativa, de los mencionados en los restantes ordinales del mismo artículo y de cualquier otro que sea de la competencia de la Corte, si no está atribuido a alguna de las otras Salas**

¹³ Rafael J. Chavero Gazdik, *La Jurisdicción Constitucional en Venezuela* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana, 2024), 620-622.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, Caso: Luz Serna del 1 de febrero de 1989.

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 806/2002 del 24 de abril de 2002. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/806-240402-00-3049.HTM>

camiento exclusivo para la Sala Constitucional, estableciendo que puede avocarse, de oficio o a solicitud de parte, al conocimiento de asuntos llevados por otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual ha perdurado en nuestro sistema hasta hoy¹⁶.

Al margen de estas consideraciones, es importante mencionar que a pesar de que la Sala Constitucional tiene la misma jerarquía que las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, la facultad de que pueda avocarse a causas que están en curso en otra Salas solo confirma la tesis jurisprudencial y doctrinal que pregona la superioridad jerárquica de la Sala Constitucional. Lo cual en conjunto con otras facultades como la revisión, interpretación y el control constitucional, permiten que la Sala Constitucional controle cualquier tipo de decisión proferida en nuestro sistema; erigiéndose así como el tribunal con mayor control de nuestro ordenamiento jurídico.

En la actualidad el régimen legal del avocamiento se encuentra consagrado en los artículos 25.16, 31.1 y 106 al 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, los cuales han tenido un desarrollo jurisprudencial lleno de vaivenes y confusiones¹⁷. No obstante, teóricamente ha apuntado a ser un mecanismo de protección constitucional que persigue la protección del orden público, la corrección de graves desórdenes procesales e injusticias, y la salvaguarda de los derechos fundamentales; al igual que la revisión constitucional y el amparo constitucional.

El procedimiento de avocamiento se divide en dos etapas: La primera etapa, que es la admisibilidad y la segunda, que es la procedencia de la solicitud. La admisibilidad del avocamiento se determina por la coexistencia de condiciones concurrentes, a saber: (i) que el objeto de la solicitud de avocamiento sea de aquellas materias afines a la Sala; (ii) que el asunto judicial curse ante otro tribunal o Sala de la República; y (iii) que los remedios judiciales ordinarios (y hasta extraordinarios) resulten inoperantes antes las irregularidades alegadas.

En ese sentido, la primera fase se inicia con una solicitud de avocamiento que puede ser presentada por cualquiera de las partes de un proceso y hasta por cualquier tercero interesado que no sea parte del juicio. Generalmente, una vez presentada la solicitud de avocamiento, la Sala, a luz de la contundencia de los argumentos explanados, podría en un primer supuesto, admitir la solicitud y requerir el expediente (en original o copias certificadas) pudiendo paralizar el proceso en cuestión; en un segundo supuesto,

¹⁶ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Gaceta Oficial número 6684 del 19 de enero de 2022, cuyo artículo 25.16 reza: "Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia... 16. Avocar las causas en las que se presume violación al orden público constitucional, tanto de las otras Salas como de los demás Tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme."

¹⁷ Rafael J. Chavero Gazdik, *La Jurisdicción Constitucional en Venezuela...*647-648. Tal como lo afirma el autor las distintas Salas en su intento de establecer las razones que justificarían el uso del avocamiento, mediante el análisis de sus dos fases (admisibilidad y procedencia) contenidas en los artículos 107 y 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, frecuentemente tienden a confundir o mezclar los requisitos de admisibilidad con los de procedencia, es decir, mezclan ambas fases del avocamiento, lo que en conjunto de criterios poco uniformes sobre la institución y extremadamente casuísticos, generan el uso indiscriminado y el abuso de esta potestad excepcional.

requerir el expediente y suspender el procedimiento para que, una vez estudiados los autos, decidir si admite o no el avocamiento y; en un tercer supuesto, concluir con la solicitud de avocamiento sin necesidad de requerir el expediente o suspender la causa.

Ahora bien, en la segunda fase del avocamiento la Sala respectiva puede tomar alguna de las siguientes decisiones: (i) declarar inadmisibile la solicitud, de acuerdo a las condiciones concurrentes señaladas o por las causales de inadmisibilidad genéricas del artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; (ii) declarar la improcedencia de la solicitud; o (iii) pronunciarse sobre el fondo del avocamiento, tomando los correctivos pertinentes.

El éxito de la segunda fase del avocamiento dependerá de los requisitos de procedencia que se desprenden del artículo 107 *eiusdem*, el cual establece que esta facultad sólo podrá ser ejercida por las Salas con suma prudencia y en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen manifiestamente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática. En el caso de la Sala Constitucional, para avocarse a cualquier causa se exige que se presuma violación al orden público constitucional de conformidad con el artículo 25.16 *eiusdem*.

De tal forma, una vez admitida la solicitud la Sala y se confirme la procedencia de la misma, la Sala pasa a avocarse propiamente sobre el asunto y dicta sentencia definitiva, a propósito de lo cual puede tomar las siguientes medidas: (i) decretar la nulidad y subsiguiente reposición del juicio al estado que tenga pertinencia, (ii) decretar la nulidad de alguno o algunos de los actos de los procesos, (iii) ordenar la remisión del expediente para la continuación del proceso o de los procesos en otro Tribunal competente en la materia o (iv) adoptar cualquier medida legal que estime idónea para el restablecimiento del orden jurídico infringido.

Recientemente, las Salas del Tribunal Supremo de Justicia se han avocado a procedimientos en cursos, y han dictado sentencias de fondo, inclusive a procesos ya terminados, lo cual sólo demuestra que el avocamiento se ha convertido en una especie de potestad discrecional para intervenir en el caso. A menudo, es preocupante que las Salas en cuestión dejan de lado criterios de razonabilidad y comprometen la independencia del Poder Judicial. Lo paradójico de todo es que bajo la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia la Sala Político Administrativa fue bastante prudente con el uso de dicha facultad; mientras que con la actual Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el avocamiento suele utilizarse con mayor facilidad y sin observación estricta de los requisitos legales, especialmente cuando se alega alguna matiz constitucional.

Es por ello que gran parte del foro ha visto el avocamiento como una vía efectiva para contrarrestar cualquier decisión desfavorable a sus respectivos intereses, con lo cual se permite acceder a cualquier Sala para tratar de modificar el curso de una determinada controversia. Es así como esta posición jurisprudencial flexible y casuística es

lo que ha llevado al uso indiscriminado del avocamiento, lo que en algunas ocasiones ha servido para sanear un proceso llevado en forma viciada, pero en otros casos ha servido más bien del canal adecuado para entorpecer el sano curso del mismo.

1.3. Incompatibilidad entre el avocamiento y el arbitraje

A priori, del análisis realizado en los ápices anteriores es claro que una potestad excepcional como el avocamiento fue concebida por el legislador como una herramienta excepcional de control y corrección de graves errores en el despliegue de la actividad jurisdiccional hecha por los tribunales que conforman la estructura del Poder judicial, tanto así que el legislador lo plasmó de manera clara¹⁸; por lo que de primera mano resulta irrisorio el uso de dicha facultad extraordinaria sobre un procedimiento arbitral que no forma parte de esa estructura.

Es evidente que el arbitraje no forma parte del poder judicial, toda vez que se cimienta en la voluntad de las partes, la cual es la fuente principal de la función que ejercen los árbitros. La regulación constitucional del arbitraje y su posterior interpretación para establecer un vínculo con el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, no debería ser tomada como una inclusión del arbitraje dentro sistema del poder judicial y, por tanto, como una extensión de los medios de control propios de la jurisdicción ordinaria.

Entender lo contrario, o lo que es lo mismo, admitir un avocamiento sobre un procedimiento arbitral, implica necesariamente realizar una interpretación extensiva y errónea de esta herramienta judicial con el fin de justificar otra clase de control superior distinto al pautado por el legislador, ya que el acuerdo arbitral es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, así como de sus medios de control. Esto no quiere decir que los procedimientos arbitrales actúen al margen de la Ley, pero si se da el caso ya existen medios idóneos establecidos por el legislador para su control, bien sea vía las causales de oposición en el caso de laudos cautelares o, bien sea vía causales de nulidad o de no ejecución en el caso de laudos finales.

Resulta claro que la relación entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral debe plantearse en términos de colaboración y coordinación, que permite un grado limitado y regulado de control judicial, y no de intromisión. Efectivamente, cuando existe un grado de intervención de la jurisdicción arbitral que violenta los límites deseables, el arbitraje se desnaturaliza y pierde su eficacia¹⁹.

¹⁸ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuyo artículo 108 reza: "La Sala examinará las condiciones de admisibilidad del avocamiento, en cuanto a que el asunto curse ante algún Tribunal de la República..."

¹⁹ Pablo Rey Vallejo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización" *Vniversitas* 126 (2013): 229.

Indiscutiblemente, a la luz de nuestra norma fundamental el arbitraje integra el sistema de administración de justicia, ejerciendo una actividad jurisdiccional tal cual como el Poder Judicial, pero sin ser parte de él. Por lo que, para los particulares siempre debe existir la posibilidad de acudir a la jurisdicción arbitral, como también a la ordinaria no solo por estricto mandato constitucional, sino también universal. Precisamente, en virtud de lo anterior, es que ambas jurisdicciones con sus caracteres distintivos comparten la conquista de valores superiores como lo es la consecución de la justicia y la paz social.

La incompatibilidad entre el avocamiento y arbitraje nace de su propia naturaleza. De manera que equiparar la naturaleza de un tribunal arbitral a la de un tribunal ordinario resulta impropio, pues los tribunales arbitrales no forman parte de la estructura jerárquica del Poder Judicial, por lo que no dictan sus decisiones en nombre de la República y, el hecho de que ambos coincidan en la tarea de administrar justicia, no puede interpretarse como una carta blanca para superponer la naturaleza y caracteres distintivos de la justicia ordinaria sobre la alternativa, incluyendo sus mecanismos de control característicos.

Plantearse el uso del avocamiento como un medio de control del arbitraje no solo distorsiona su desarrollo en el foro venezolano, sino también implica una violación al espíritu de la Ley de Arbitraje Comercial y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así como una violación al contenido de los artículos 20, 257, 253 y 258 de la *Constitución*.

2. Análisis de las decisiones de avocamiento

2.1. Análisis del caso de Alimentos Polar Comercial

En un primer caso, la parte que solicitó el avocamiento de la Sala Constitucional al procedimiento de arbitraje que cursaba en un tribunal arbitral constituido de conformidad con las reglas del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), arguyó que el borrador del laudo final publicado violaba su derecho a la defensa, a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso por no establecer la relación de causalidad en su condena. Alegando que era necesario el avocamiento por el carácter estratégico de su actividad comercial.²⁰

En este caso, la primera sentencia la Sala Constitucional requirió el expediente del CEDCA y además ordenó la suspensión del curso de la causa, tomando en consideración la garantía constitucional de la soberanía alimentaria; así como la preservación

²⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 42/2020 del 20 febrero de 2020. Esta sentencia no se encuentra disponible en línea.

del orden público constitucional.²¹ De por sí, esta primera decisión revela un problema gigante: ¿Cuál fue el grave desorden procesal alegado que justificó el avocamiento? En su argumento, la parte solicitante se refirió al borrador de un laudo, por lo que la decisión se encontraba pronta a ser publicada. Si el laudo realmente representaba una violación a sus derechos, perfectamente pudo haber recurrido de nulidad el laudo una vez proferido, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje Comercial. Es decir, existía un medio ordinario para reparar el supuesto desorden procesal que se presentó, dejando de lado que al ser el borrador de un laudo todavía estaba sujeto a comentarios por las partes.

Afortunadamente, en la segunda sentencia la Sala acogió las observaciones que hemos hecho en el párrafo anterior. En primer lugar, reconoció que la causa no cursaba en un tribunal o sala del Poder Judicial. En segundo lugar, decidió que cualquier desorden podría ser corregido al plantear las observaciones pertinentes al borrador del laudo arbitral. En tercer lugar, reconoció que si persistían las lesiones constitucionales se podría intentar el recurso de nulidad o por vía excepcional los recursos de amparo o revisión constitucional. En razón de ello, la Sala consideró que no se cumplen los supuestos para avocarse, dejando sin efecto la medida de suspensión y devolviendo el expediente al CEDCA.²²

A pesar de que la Sala tomó la decisión correcta para nuestro juicio, las razones con las que resuelve en la segunda sentencia eran evidentes. La Sala tuvo que declarar el recurso inadmisibles *in limine litis* en su primera sentencia, pues no se trataba de un caso con la gravedad requerida para el avocamiento de la Sala Constitucional. Es más, al admitir en la primera sentencia el avocamiento y requerir el expediente vulneró la confidencialidad que buscan las partes al acudir al arbitraje y expuso públicamente este conflicto privado, así como también patentizó una afectación a la autonomía de la voluntad de las partes y a la garantía del juez natural.

Si en Venezuela es necesario encontrar un contenido para el derecho al arbitraje, sin duda ese contenido incluye la mínima intervención judicial, o visto de otra forma, el respeto de los acuerdos arbitrales tanto por el legislador, como por el juez estatal.²³ De igual forma, nos preguntamos: ¿qué valor tiene la libertad de las partes²⁴ para elegir someterse a un método de resolución de conflictos si esto puede ser fácilmente atacado por un avocamiento? Es una preocupación que, como veremos, se mantiene en otros casos.

²¹ Ibid.

²² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 151/2021 del 30 de abril de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>.

²³ Sebastian J. Zabaleta y Raul A. Ruiz Aguirre, "El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje: un examen sobre sus efectos" en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional Nro. 4, Asociación Venezolana de Arbitraje* (Caracas: Asociación Venezolana de Arbitraje, 2023), 288.

²⁴ Ibid, 286. Como hemos afirmado en otras ocasiones, el derecho al arbitraje encuentra fundamento al vincularse con la libertad individual.

2.2. Análisis del caso del Hereford Grill

En un segundo caso, la parte solicitante requirió el avocamiento de la Sala Constitucional a numerosos procedimientos litigiosos relacionados con la desocupación de un local comercial, entre los que se encontraba un procedimiento arbitral. La parte solicitante argumentó que el procedimiento arbitral vulneró sus derechos constitucionales porque no se le había notificado del mismo. De manera que solicitó que la Sala se avocara sobre la sede arbitral, en particular sobre (i) el procedimiento de ejecución de un laudo arbitral de emergencia, (ii) el procedimiento de amparo constitucional ante la amenaza de ejecución de dicho laudo arbitral de emergencia y (iii) el procedimiento arbitral que conocía un tribunal arbitral del CEDCA.²⁵

En la primera sentencia, la Sala evaluó el impacto sobre el derecho de propiedad en conexión con el inmueble objeto de las cautelares, el uso desmedido de los órganos de administración de justicia en relación con el debido proceso y la tutela judicial, así como la afectación a los derechos sociales de los trabajadores que hacían vida en el bien inmueble objeto del litigio; lo que fue expresado como cuestiones susceptibles de quebrantar el orden público constitucional. Como resultado, la Sala Constitucional admitió la solicitud de avocamiento y consecuentemente ordenó la remisión de los expedientes judiciales junto a la suspensión de estas causas y la remisión de copias certificadas del expediente arbitral, sin suspender este último procedimiento.

Esta primera decisión sólo pone de manifiesto, una vez más, que la Sala Constitucional tiene la tendencia de admitir el avocamiento en relación con procedimientos arbitrales. Sostenemos que cabe analizar varias implicaciones: Primero, ¿la admisión de avocamientos sobre arbitrajes significa que la Sala percibe materialmente a la jurisdicción arbitral como un elemento más del poder judicial? Segundo, ¿esta decisión significa que la Sala considera inapropiada la oposición contra laudos arbitrales de urgencia para corregir estas presuntas lesiones? Tercero, ¿acaso basta con argumentar la lesión de un derecho o el quebrantamiento del orden constitucional, de manera somera, para que el poder judicial se entrometa en los procedimientos arbitrales?

Idealmente, la respuesta a las preguntas anteriores debería ser negativa. Empero, en la segunda decisión del avocamiento la Sala parece responder de forma inconsistente y confusa estas preguntas.²⁶

En la segunda sentencia o fase del avocamiento, la Sala hizo una afirmación bastante amplia al analizar la situación jurídica del amparo contra el laudo cautelar²⁷, si bien

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1239/2023 del 14 de agosto de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/328446-1239-14823-2023-23-0685.HTML>

²⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1196/2024 del 4 de diciembre de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/340035-1196-41224-2024-23-0685.HTML>.

²⁷ Concretamente, la Sala declaró que como los tribunales arbitrales ejercen una auténtica función 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."

no afirmó que el arbitraje forma parte del poder judicial, la decisión parece aceptar la idea de que la función jurisdiccional del arbitraje justifica el uso de recursos constitucionales. En relación con la segunda interrogante, la Sala reconoció que el solicitante pudo haber intentado la oposición al laudo cautelar de urgencia²⁸, pero contempló además el amparo constitucional, patentando así su reconocimiento del amparo como medio apropiado contra laudos cautelares haciendo referencia a dos de sus precedentes²⁹. Por último, la Sala deja de lado el supuesto quebrantamiento del orden constitucional que fue denunciado en etapa de admisibilidad.

Si bien es cierto que celebramos la segunda sentencia, en la cual la Sala declara la improcedencia de la solicitud de avocamiento, no es menos cierto que este procedimiento provoca preocupaciones en quienes escriben. De primeras, la Sala aún no ha construido un límite claro entre el arbitraje y el Poder Judicial, generando una situación de constante inseguridad jurídica. Seguidamente, la Sala sigue reiterando la perniciosa aceptación del amparo como recurso contra laudos arbitrales, que como hemos advertido en otra ocasión, sólo provoca el riesgo de lesionar fatalmente al sistema jurídico venezolano.³⁰ Finalmente, aunque no haya resultado relevante para determinar los méritos del avocamiento, la Sala Constitucional consideró el posible quebrantamiento del orden constitucional para admitir la solicitud en su primera sentencia, un concepto jurídico indeterminado que da pie a distorsiones.

Quienes escriben notan con preocupación que en todos estos problemas existe un elemento en común: la falta de un examen apropiado en la procedencia de recursos constitucionales contra el arbitraje, en general. La Sala tuvo que haber declarado inadmisibile *in limine litis* la solicitud de avocamiento, pero al no hacerlo dilató el procedimiento arbitral y reveló la información confidencial del arbitraje que cursaba en el CEDCA. De hecho, la suspensión de los efectos del laudo cautelar decretada por el tribunal que conoció del amparo demuestra, una vez más, la inexistencia de un análisis apropiado de este tipo de circunstancias.

En definitiva, la existencia del recurso de oposición tuvo que haber sido suficiente para que no procediera ninguna de las acciones, este debería ser el primer criterio para dictaminar si se debe o no admitir un recurso constitucional -o el avocamiento en este caso- contra el arbitraje o sus resultados (incluyendo el no agotamiento del recurso de nulidad, si fuere aplicable). Lo que es más, la sola mención de un posible quebrantamiento del orden constitucional no puede ser el fundamento para admitir un avocamiento, es imprescindible que se haga un análisis coherente de la situación jurídica

²⁸ El Reglamento de Arbitraje y Conciliación del CEDCA prevé el recurso de oposición a laudos cautelares en el artículo 38.5.

²⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 894/2012 del 27 de junio de 2012. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/894-27612-2012-12-0136.HTML> ; sentencia número 179/2021 del 14 de mayo de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/312139-0179-14521-2021-16-0390.HTML>.

³⁰ Raul A. Ruiz Aguirre y Sebastian J. Zabaleta, "El amparo constitucional contra el arbitraje..." 289.

examinada para determinar si se quebranta o no el orden constitucional, cosa que debe hacerse con especial atención a los requisitos que impone la Ley antes de estudiar su procedencia.

2.3. Análisis del caso de Carroferla

En un tercer caso no tan similar a los anteriores, en el marco de un arbitraje bajo las reglas del CEDCA, se intentó un amparo contra la ejecución de un laudo cautelar³¹ y luego, se solicitó el avocamiento de la Sala de Casación Civil sobre el procedimiento de nulidad contra el laudo final que cursaba en un juzgado superior.³² Finalmente, la decisión de avocamiento fue objeto de una revisión constitucional que fue decidida por la Sala Constitucional en diciembre de 2024.³³ Todas las decisiones tienen una relevancia particular para entender cómo se viene consolidando la injerencia del poder judicial en el arbitraje, es por ello que en las siguientes las analizamos cada una en particular

2.3.1. El amparo contra la decisión que ejecutaba el laudo cautelar

En el caso del amparo, la parte solicitante interpuso el recurso contra la decisión del tribunal de municipio que ejecutaba el laudo cautelar. Para interponer el amparo, arguyó que el tribunal arbitral incumplió la obligación de notificar a la procuraduría contenida en el artículo 111 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República³⁴, pues afirmó que prestaba un servicio público consistente en la distribución de puntos de venta³⁵. Además, agregó a sus argumentos que el reglamento del CEDCA no tenía

³¹ Juzgado Séptimo Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente número AP71-R-2021-000008, sentencia del 4 de mayo de 2021. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/MAYO/2144-4-AP71-R-2021-000008-HTML>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia número 882/2022 del 1 de noviembre de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/320484-0882-11122-2022-21-0217.HTML>.

³² Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia número 651/2023 del 26 de octubre de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/329614-000651-261023-2023-23-461.HTML>; sentencia número 57/2024 del 23 de febrero de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/332751-000057-23224-2024-23-461.HTML>.

³³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1391/2024 del 12 de diciembre de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/340509-1391-121224-2024-24-0419.HTML>.

³⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Gaceta Oficial número 6220 del 15 de marzo de 2016, artículo 111: "Cuando se decreta medida procesal, de embargo, secuestro, ejecución interdictal y, en general, alguna medida de ejecución preventiva o definitiva sobre bienes de institutos autónomos, empresas del Estado o empresas en que éste tenga participación; de otras entidades públicas o de particulares, que estén afectados al uso público, a un servicio de interés público, a una actividad de utilidad pública nacional o a un servicio privado de interés público, antes de su ejecución, el juez debe notificar al Procurador o Procuradora General de la República, acompañando copias certificadas de todo lo que sea conducente para formar criterio acerca del asunto, a fin de que la entidad pública o privada que corresponda adopte las previsiones necesarias para que no se interrumpa la actividad o servicio a la que esté afectado el bien. En estos casos el proceso se suspende por un lapso de cuarenta y cinco días (45) continuos, contados a partir de la consignación en el expediente de la constancia de la notificación al Procurador o Procuradora General de la República. El Procurador o Procuradora General de la República o quien actúe en su nombre, debe contestar dichas notificaciones durante este lapso, manifestando la ratificación de la suspensión, o su renuncia a lo que quede del lapso, en cuyo caso se tendrá igualmente por notificado." (Resaltado nuestro).

³⁵ Este fue el argumento que consideró el tribunal de primera instancia y, en gran medida, la Sala Constitucional, al decidir sobre el amparo contra la ejecución del laudo cautelar. La sentencia de primera instancia se encuentra disponible en: Juzgado Séptimo Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente

suficientes disposiciones para garantizar sus derechos en el marco de procedimientos arbitrales de urgencia y que la dirección del CEDCA tuvo que haber verificado la procedencia del arbitraje en vista de un requisito previo.³⁶

El tribunal de primera instancia decidió a favor de la parte solicitante y ordenó la notificación de la procuraduría; adicionalmente, dejó constancia de la falta de examinación del cumplimiento del requisito previo y exhortó al CEDCA a modificar su reglamento. Sin embargo, al conocer de la apelación la Sala Constitucional reculó sobre el exhorto para la reforma del reglamento, pero confirmó todos los otros puntos de la sentencia de primera instancia, aunque consideró que la falta de notificación de la procuraduría era razón suficiente para motivar su decisión y no se pronunció sobre las otras denuncias. En definitiva, se decidió que el procedimiento arbitral de urgencia violó los derechos de la parte afectada porque (i) no se notificó a la procuraduría en vista de la existencia servicio público, (ii) porque no se verificó el cumplimiento del requisito previo y (iii) por las circunstancias concretas del procedimiento arbitral.

Al respecto, compartimos la acertada opinión de Fernández Bravo y de Rojas Hernández cuando afirman que la aplicación de la prerrogativa prevista en el artículo 111 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en sede arbitral simplemente genera una desigualdad procesal entre las partes. Así como el uso desproporcionado del concepto de servicio público en contra de la libertad.³⁷

Recalcamos que no es posible pretender la modificación de un reglamento como lo pretendió el tribunal de primera instancia, pues de no haber sido revocado, este punto hubiese representado una total afrenta a la independencia funcional del arbitraje en Venezuela.³⁸ Por otro lado, la verificación del cumplimiento de un requisito previo no tiene por qué condicionar la procedencia de un procedimiento de urgencia con finalidad cautelar.³⁹ En este otro punto, consideramos que la falta de verificación del requisito previo de negociación establecido en la cláusula escalonada del caso⁴⁰ no representa

número AP71-R-2021-000008, sentencia del 13 de abril de 2021. Disponible en: <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2021/ABRIL/2144-13-AP71-O-2021-000008-HTML>.

³⁶ Juzgado Séptimo Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente número AP71-R-2021-000008, sentencia del 4 de mayo de 2021. Disponible en: <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2021/MAYO/2144-4-AP71-R-2021-000008-HTML>.

³⁷ Simón Fernández Bravo y Jesús Rojas Hernández, "Un caso de autoritarismo detrás del servicio público en Venezuela: Breve estudio a través del arbitraje Carrofería vs. TCA Services" *Revista de Derecho Público*, 177/178 (2024): 333-334.

³⁸ Raúl A. Ruiz Aguirre y Sebastián J. Zabaleta, "El amparo constitucional contra el arbitraje...", 283-284.

³⁹ Al respecto, ver: Enrique Urdaneta Fontiveros, "Consideraciones sobre las Cláusulas Arbitrales Escalonadas" en *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken*, coord. por Allan R. Brewer-Carías y Carlos Ayala Corao (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2021), 1185.

⁴⁰ En este caso, la cláusula en cuestión establecía lo siguiente: "Las partes convienen que cualquiera de los reclamos, disputas, controversias y/o diferencias, tengan o no carácter contencioso y que surjan con ocasión o como consecuencia de este contrato, incluyendo las reclamaciones por hecho ilícito que tengan como causa este contrato, o que se deriven de su interpretación, terminación o invalidez, lenguaje y/o intención de las partes; diferencias no resueltas por las partes derivadas de la interpretación de la ley o diferencias respecto a la jurisdicción y/o competencia del árbitro, validez, esfera de aplicación o del presente contrato y/o de la presente cláusula arbitral que no pueda ser resuelta mediante negociaciones dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha en que una de las partes notifique a otra la existencia de dicha controversia, serán resueltas

motivo suficiente para justificar la protección de urgencia del amparo constitucional, ya que las cláusulas escalonadas se encuentran configuradas así en conexión con un procedimiento arbitral.

2.3.2. El avocamiento contra el procedimiento de nulidad

Una vez proferido el laudo final se conoció en sede de nulidad, sobre la cual se solicitó el avocamiento de la Sala de Casación Civil. Para fundamentar la solicitud de avocamiento, la solicitante se apoyó en el aparente carácter de orden público que revestía a su actividad comercial, en la supuesta violencia ejercida para la suscripción del contrato y en el silencio de pruebas que imposibilita demostrar dicha violencia. Como argumento subsidiario, la solicitante también alegó que nunca se resolvió la recusación del juez del tribunal que conocía de la nulidad. Cabe destacar que el laudo recurrido descartó la existencia de un vicio en el consentimiento en el contrato y dió la razón a la parte demandante en el procedimiento arbitral. De forma que la solicitante buscaba la nulidad del procedimiento arbitral.

En su primera decisión, la Sala de Casación Civil evaluó el cumplimiento de cinco requisitos. A saber, (i) que la materia sea competencia de tribunales ordinarios, (ii) que el asunto curse en algún otro tribunal de la República, (iii) que exista manifiesta injusticia, (iv) que exista un desorden judicial que justifique la intervención y (v) que los medios disponibles sean insuficientes para asegurar la defensa. Lo relevante en la primera decisión va más allá de los dos primeros puntos (los cuales son en esencia formales). De estos requisitos, la verificación de la manifiesta injusticia y el desorden judicial son requisitos de procedencia que se corresponden con la segunda etapa del avocamiento. Precisamente, sobre estos puntos hay que recalcar el defectuoso razonamiento de la Sala.

Para empezar, la Sala consideró que existía una manifiesta injusticia la falta de notificación de las partes y porque no se resolvió la recusación del juez. La Sala no esclarece si con la falta de notificación la Sala se refería a las partes o la procuraduría, de hecho en la transcripción de los argumentos presentados por la solicitante no hay rastro alguno de semejante denuncia. Además, la supuesta falta de resolución de la recusación del juez se contradice con lo narrado por la propia sentencia, en donde se especifica que un juzgado superior declaró sin lugar la solicitud. Respecto del grave desorden procesal, la Sala sólo señala como fundamento la aparente desigualdad procesal y la errada valoración del vicio en el consentimiento del contrato a los efectos de la ejecución del laudo cautelar.

en forma exclusiva, definitiva y excluyente por arbitraje institucional de derecho, que se llevará a cabo en la ciudad de Caracas, Venezuela, por ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de Negocios (CEDCA), por tres (3) árbitros designados de conformidad con dichos Reglamentos. El procedimiento arbitral será realizado en idioma castellano. El laudo arbitral, el cual deberá estar debidamente motivado y en forma escrita, será definitivo y vinculante para las partes y no estará sujeto a apelación. Las partes podrán requerir el decreto de medida cautelares en función de lo cual pedirán la constitución de un árbitro de emergencia que atienda su petición cautelar”.

Curiosamente, las razones que fundamentaron esta solicitud se enfocan, mayormente, en los argumentos ya esgrimidos en el procedimiento arbitral e incluso en el amparo intentado con anterioridad, verbigracia, en la existencia de un vicio del consentimiento y la prestación de un servicio público. Dejando de lado las supuestas infracciones ocurridas en el procedimiento de nulidad, pareciera ser que la Sala omitió cual era el verdadero objeto del avocamiento.

En la segunda fase del avocamiento, la Sala retomó los fundamentos expresados en la primera fase. Con la diferencia de que en esa segunda sentencia sí especificó que se refería a la falta de notificación de la Procuraduría. Aunado de ello, considero pertinente apartarse de lo solicitado, dejando a un lado el procedimiento de nulidad para analizar lo relacionado al laudo arbitral final y su tramitación a fin de verificar las infracciones contra el orden público y de orden constitucional, así como el desorden procesal que afectó la igualdad entre las partes; por lo que termina avocándose sobre el laudo arbitral.

En consecuencia, la Sala analiza el fondo del laudo y termina por considerar que el tribunal arbitral erró en su aplicación del derecho respecto de la cláusula penal. También determina la falta de aplicación del Código Procedimiento Civil para resolver la inepta acumulación de pretensiones argumentada en el procedimiento arbitral, razones por las que el tribunal notó un grave desorden procesal y declaró con lugar el avocamiento y nulo el laudo arbitral a la luz del artículo 626 del Código de Procedimiento Civil.⁴¹ Sin embargo y contra todo sentido de racionalidad, la Sala no parece apoyar su decisión en algún otro fundamento distinto a la superposición de los caracteres propios de la jurisdicción ordinaria sobre la arbitral. Lo cual sólo puede ser entendido como el fomento de la judicialización y procesalización del arbitraje.⁴²

En la extensa enumeración de precedentes que hace la Sala para justificar su decisión de alguna manera, presentó un análisis del caso de Alimentos Polar examinado en este artículo. Al respecto, la Sala de Casación Civil afirmó que

...la enumeración que hace la Sala Constitucional con respecto a los recursos interpuestos (sic) por vía de excepción contra un laudo arbitral **sería enunciativa mas no taxativa**, partiendo del hecho de que el avocamiento es una solicitud que va en protección del orden público y de los derechos supremo constitucionales, así como la revisión constitucional y el amparo constitucional... (Resaltados nuestros).

⁴¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia número 57/2024 del 23 de febrero de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/332751-000057-23224-2024-23-461.HTML>

⁴² 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?" *Revista Derecho & Sociedad* 46 (2016): 485-497, en España: Rafael Hinojosa Segovia, "La judicialización del Arbitraje" *La Ley. Mediación y Arbitraje* 12 (2022): 285-297, en un ámbito más generalizado: Pablo Rey Vallejo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en Latinoamérica: un estudio sobre formalización...": 199-237 y; Roger Rubo, "Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones" *Revista Themis* 53 (2007): 7-28.

Es decir, la Sala de Casación Civil equipara lo dicho por la Sala Constitucional sobre el uso del amparo y la revisión constitucional para justificar el uso de avocamientos contra laudos arbitrales. De por sí, este tipo de interpretaciones son extremadamente peligrosas, pero es que además consideramos que la Sala de Casación Civil desproporciona lo establecido por la Sala Constitucional. La lectura apropiada de esa decisión no debe ser extensiva, sino restrictiva, especialmente en vista de los efectos nocivos que tiene el avocamiento.

A lo anterior debemos sumar la errónea aplicación del artículo 626 del Código de Procedimiento Civil por la Sala de Casación Civil. La Sala determinó que el procedimiento arbitral incumple con formalidades sustanciales, a la luz de lo expuesto en el artículo 626.3 *eiusdem*. Empero y tal como se alega en la revisión constitucional, la aplicación de esa norma es contraria a la *lex arbitri* aplicable al caso, que en todo caso es el reglamento del CEDCA; por no decir que supone un análisis inapropiado ya que el arbitramento es una cuestión distinta al arbitraje institucional regulado en el artículo 12 de la Ley de Arbitraje Comercial.

2.3.3. La revisión constitucional del avocamiento

La historia del caso de Carroferla concluye con la decisión del recurso de revisión constitucional por la Sala Constitucional.⁴³ La representación judicial de TCA Services, la contraparte en todo este conflicto, solicitó la revisión constitucional alegando la manifiesta improcedencia del avocamiento. En resumen, denuncian que la Sala de Casación Civil entró a conocer la materia decidida en arbitraje y que se fundamentó en hechos falsos, como la falta de notificación o la inexistencia de la decisión que resuelve sobre la recusación, así como la errónea aplicación del artículo 626 del Código de Procedimiento Civil a pesar de las disposiciones de la Ley de Arbitraje Comercial.

La Sala Constitucional consideró todas las denuncias planteadas y, afortunadamente, decidió favorablemente. En primer lugar, observó que la Sala de Casación Civil no tenía competencia funcional para actuar como tribunal de instancia, es decir, para decidir sobre el fondo del asunto. En segundo lugar, determinó que los hechos sobre los que se fundamenta el avocamiento son esencialmente falsos o injustificados y, por ende, no se cumplían los requisitos de procedencia del avocamiento. En tercer lugar, afirmó que el arbitramento del Código de Procedimiento Civil y el arbitraje institucional son dos cosas distintas, de manera que la Sala de Casación Civil erró aplicando el derecho.

En ese orden de ideas, la Sala concluyó que no existía motivo alguno para que la Sala de Casación Civil hiciera uso de esta facultad extraordinaria y menos aún, para decidir sobre el fondo del asunto planteado actuando como un tribunal arbitral, violen-

⁴³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1391/2024 del 12 de diciembre de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/340509-1391-121224-2024-24-0419.HTML>.

tando así principios derechos y garantías constitucionales e incurriendo en una falsa y grave aplicación del derecho en relación con el arbitraje y con el avocamiento, por lo que anula el avocamiento de la Sala de Casación Civil por contravenir el orden público constitucional. Seguidamente, procedió a estudiar el recurso de nulidad intentado y declaró sin lugar la nulidad por no existir caución en los términos previstos en la Ley de Arbitraje Comercial, reviviendo así el laudo arbitral

Insistimos, el análisis de la Sala Constitucional es, sorprendentemente, de celebrar. En la motivación, la Sala corrigió la lectura de la sentencia de Alimentos Polar en relación con el avocamiento, enfatizando la relación de colaboración del arbitraje con el poder judicial, acogiendo un criterio restrictivo y estableciendo, al menos para ese caso, que el avocamiento no procede contra el arbitraje.

3. La perpetuación de los efectos negativos de la constitucionalización del arbitraje

3.1. Aproximación al fenómeno de la constitucionalización del arbitraje

El arbitraje es una figura percibida como esencialmente de derecho privado. Incluso en aquellos casos donde puede decirse que el arbitraje no es una figura totalmente propia del derecho privado y de las relaciones entre los particulares, es raro pensar que se encuentra en el ámbito del derecho público. Sin embargo, a finales del siglo XVIII apareció por primera vez una constitución que reguló el arbitraje como un derecho. Esta técnica constitucional se vió replicada en gran parte de Iberoamérica, hasta el punto que nuestra Constitución contiene normas que aluden directamente al arbitraje. Esta regulación constitucional del arbitraje y sus posibles efectos es a lo que llamamos el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje.

Como hemos afirmado en otra ocasión, este fenómeno "*...es una de las muchas manifestaciones que permiten observar cómo el derecho constitucional se relaciona con todo el ordenamiento jurídico...*"⁴⁴ Si es deseable o no que las constituciones establezcan normas sobre el arbitraje, es una cuestión que aún debe ser debatida a profundidad. Pero lo cierto es que en la medida que existan normas constitucionales en la materia, los tribunales constitucionales serán más propensos a interpretar la institución desde una perspectiva propia de su competencia.

La presencia de normas constitucionales que regulan al arbitraje tiene entonces, *grosso modo*, un impacto en cómo los tribunales tramitan solicitudes en relación con procedimientos arbitrales. Resumidamente, creemos que esto puede ser ejemplificado en dos posturas para el entorno venezolano.

⁴⁴ Sebastian J. Zabaleta y Raul A. Ruiz Aguirre, "El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje...", 306.

En una primera postura, los tribunales podrían reconocer la existencia de un derecho al arbitraje, en cuyo caso ese reconocimiento implica los rasgos esenciales y definitivos del arbitraje y, consecuentemente, no debería existir mayor problema. La Sala Constitucional ya ha reconocido la existencia de un derecho al arbitraje partiendo de la interpretación de los artículos 253 y 258 de la Constitución.⁴⁵ Aunque a menudo ha limitado los fundamentos del derecho al arbitraje a razones de justicia, recientemente ha admitido que ese derecho también se encuentra soportado por el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad jurídica consagrado en el artículo 20 de la Constitución, el cual también implica la libre autonomía de la voluntad de las partes.⁴⁶

En ese sentido y como hemos defendido en otras oportunidades, el propio reconocimiento del derecho al arbitraje establece limitaciones a la injerencia del poder judicial.⁴⁷ Especialmente si se trata de la admisión de recursos propios de la justicia constitucional, es importante comprender que también existe un interés fundamental en el arbitraje, el cual colisiona directamente contra esta clase de recursos.⁴⁸ En el mejor de los casos, de este análisis se desprende que los recursos de la justicia constitucional son directamente inadmisibles por la naturaleza del arbitraje. En el peor de los casos, esto significa que al conocer de una solicitud de amparo o avocamiento, por ejemplo, debe evaluar con criterios de colisión constitucional si esa solicitud debería ser procedente.

Pero, en una segunda postura, los tribunales podrían analizar dichas solicitudes desde una perspectiva de derecho público, lo cual puede llevar a interpretaciones contradictorias. Por un lado, los tribunales podrían entender que contra el arbitraje aplican los recursos propios de la justicia constitucional por la especie de función jurisdiccional que ejercen. Por otro lado, los tribunales podrían terminar por sobrevalorar elementos sustantivos insuficientes para admitir o tramitar esta clase de recursos.

En esta segunda postura, notamos que la Sala Constitucional ya aceptó la primera posibilidad. Pues de manera más o menos uniforme ha sentenciado que contra el arbitraje procede excepcionalmente el recurso de amparo y revisión constitucional⁴⁹; aunque como reconoce la Sala en la revisión de Carroferita, esto no debe extender al

⁴⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 702/2018 del 18 de octubre de 2018. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>; sentencia número 1541/2008 del 17 de octubre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763-HTML>; sentencia número 192/2008 del 28 de febrero de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134-HTML>.

⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1196/2024 del 4 de diciembre de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/340035-1196-41224-2024-23-0685.HTML>; Sala Constitucional, sentencia número 842/2023 del 26 de junio de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/326498-0842-26623-2023-23-0068.HTML>.

⁴⁷ Sebastian J. Zabaleta y Raul A. Ruiz Aguirre, "El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje...", 286.

⁴⁸ Raul A. Ruiz Aguirre y Sebastian J. Zabaleta, "El amparo constitucional contra el arbitraje...", 270-271.

⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 702/2018 del 18 de octubre de 2018. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>.

avocamiento. Sobre la segunda posibilidad, los tribunales nacionales ya incurrir en esa conducta. Por ejemplo, en el amparo constitucional de Carroferla el tribunal analizó la operación con puntos de venta como un servicio público, lo que provocó la admisión del amparo. En el caso del Hereford Grill también se admitió en primera fase el avocamiento para proteger los derechos de los trabajadores. Igualmente, en el caso de Alimentos Polar se admite en primera fase el avocamiento por el carácter estratégico de la actividad comercial de Polar.

La segunda posibilidad que se presenta en el marco de la segunda postura es, sin duda alguna, un problema estructural que no solo se manifiesta en el arbitraje. Aunque, debemos advertir que los litigantes presentan argumentos cada vez más irrisorios y deshonestos para invalidar los compromisos que representa obligarse a acudir a arbitraje. Como sucede en el caso del amparo, esta posibilidad en torno al avocamiento sólo dinamita el funcionamiento de la práctica arbitral y del sistema de justicia nacional.

3.2. El pensamiento de la Sala Constitucional en el avocamiento

Redundando en las posturas explicadas en la sección anterior, los tribunales venezolanos tienden a fundamentar la admisión de recursos constitucionales en las implicaciones derivadas de la interpretación de los artículos 253 y 258 de la Constitución. Esta observación se colige de lo expuesto en la segunda postura, pero además es un problema que tiene arraigo en las primeras interpretaciones judiciales de dichos artículos. En concreto, sostenemos que la Sala Constitucional ha ido gestando un pensamiento defectuoso con el paso del tiempo, de donde se desprende el efecto negativo de la constitucionalización del arbitraje que se manifiesta a través del avocamiento.

El pensamiento que denunciamos no se hace evidente sino hasta los últimos años. Por eso, notamos que en la sentencia de Bernardo Weinger la Sala Constitucional no hace ningún tipo de declaración aberrante.⁵⁰ De hecho, apoya su decisión en un *dictum* que excluye al arbitraje del poder judicial. Sin embargo, al reconocer la relación que existe entre el arbitraje y el derecho de acceso a la justicia, la Sala obvió reconocer esa parte consensual que tiene arraigo en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad jurídica y que implica a la libertad contractual. En nuestra opinión, la falta de reconocimiento de este factor esencial en la naturaleza del arbitraje sólo enalteció su vínculo con la justicia.

Acto seguido, al interpretar el artículo 258 de la Constitución la Sala Constitucional marca un límite sumamente claro al afirmar que "*...las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de*

⁵⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 192/2008 del 28 de febrero de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>.

*resolución de conflictos.*⁵¹ Sin embargo, en este razonamiento todavía falta el reconocimiento de la libertad inherente al arbitraje. Por apropiado que sea, reconocer el valor jurisdiccional del arbitraje y su vínculo con el sistema de justicia sin reconocer, a la par, el arraigo que tiene en la libertad individual, es algo que trae múltiples problemas.

Ambas sentencias, por demás relevantes para el arbitraje en Venezuela, establecen la existencia de un derecho al arbitraje vinculado con el derecho de acceso a la justicia. Aunque reconocen al mismo tiempo que la autonomía de la voluntad de las partes es esencial en el arbitraje, lo que notamos es que esa afirmación no acompaña la declaración del derecho al arbitraje. Es decir, la Sala no afirmó que existe un derecho al arbitraje por razones de justicia y de libertad individual, sino que existe un derecho por razones de justicia, que además tiene como componente esencial la autonomía de la voluntad de las partes.

Si aquella sutileza en el lenguaje empleado por la Sala causó directamente los problemas que notamos en relación con el uso de recursos constitucionales, es algo realmente difícil de determinar. Empero, creemos que si la Sala hubiera reconocido el fundamento de la libertad en el derecho al arbitraje, ello habría marcado un límite mucho más claro para el uso de recursos constitucionales. Así, al menos habría sido más difícil burlar la decisión sobre la interpretación de 258, que expresamente señala que los recursos constitucionales no son idóneos para impugnar el arbitraje.

A pesar de lo señalado en estas dos decisiones, la Sala Constitucional fue haciendo más ambiguo el límite entre poder judicial y arbitraje en decisiones posteriores. Por ejemplo, aunque la sentencia del caso Gustavo Yelamo rechaza el amparo contra laudos y afirma que el orden público no debería excluir a los medios alternativos, también repite el siguiente pasaje extraído de la interpretación del artículo 258:

...en caso que la decisión del correspondiente órgano [arbitral] contrarie (sic) el sistema jurídico constitucional interno, la misma sería inejecutable en la República, circunstancia que no debería producirse en la medida que la misma esté fundamentada correctamente en el marco jurídico aplicable para la resolución del correspondiente conflicto, como serían tratados internacionales, leyes o disposiciones contractuales, los cuales en todo caso deberán necesariamente atender a las normas de orden público de cada Estado en los cuales se pretenda ejecutar la decisión... (Resaltado nuestro y agregado original).⁵²

Es importante señalar lo reiterativa que ha sido la Sala Constitucional en enunciar que ninguna afirmación sobre la función jurisdiccional del arbitraje o su situación en el sistema de justicia venezolano, implica la aceptación de la justicia constitucional como medio idóneo para el control del arbitraje. Pero, la Sala abona a la confusión cuando establece en la sentencia del caso Astivenca lo siguiente:

⁵¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1541/2008 del 17 de octubre de 2008. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>

⁵² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 462/2010 del 20 de mayo de 2010. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML>.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, cabe afirmar que la relación entre los órganos del Poder Judicial y los de arbitraje a los fines de lograr **“por vías distintas pero complementarias, el mismo ideal de justicia”, se generan un conjunto de relaciones jurídicas que suponen una necesaria asistencia y, comportan igualmente, un control que garantice la eficacia de los medios de resolución de conflictos como una manifestación del derecho fundamental a una tutela “judicial” efectiva**, en los términos expuestos en la sentencia de esta Sala N° 192/08.⁵³ (Resaltados originales).

El pasaje anterior sólo demuestra que, progresivamente, la Sala Constitucional ha introducido una relativización de lo que sostuvo con fervor sobre el arbitraje y su relación con el poder judicial. Al afirmar que se persigue un mismo ideal de justicia -cosa que no es falsa- y que por tanto existe una relación entre el poder judicial y el arbitraje que requiere *“...un control que garantice la eficacia de los medios alternativos (...) como una manifestación del derecho fundamental...”* la Sala parece admitir, implícitamente, que el entramado constitucional del arbitraje justifica la intromisión del control constitucional si se quiere.

Por sí solas, las sentencias anteriores no son el origen del problema. De hecho, hoy en día sería deseable contar con la calidad de las sentencias examinadas hasta este punto, que aunque no son perfectas, sí intentan esclarecer un límite claro. Empero, nuestro temor probablemente se ve mejor ejemplificado con un pasaje de la sentencia del caso Van Raalte, en donde la Sala Constitucional establece que:

Por lo tanto, sobre la base de la jurisprudencia parcialmente transcrita, es claro que no procede el recurso de casación, contra la sentencia que resuelve la pretensión de nulidad de un laudo arbitral, bien sea resolviendo el fondo o inadmitiéndolo, **lo cual no obsta para la procedencia de otros medios de control jurisdiccional, que en virtud de la Constitución u otras leyes especiales, sometan cualquier decisión jurisdiccional al control de los órganos competentes que integran el Poder Judicial, tal como ocurre en caso del amparo constitucional o la solicitud de revisión constitucional.**⁵⁴ (Resaltado nuestro).

Si bien es cierto que la Sala se refería a la decisión del recurso de nulidad y no al laudo arbitral en sí, ello no fue un obstáculo para que en el año 2018 la Sala Constitucional desdibuje aún más el límite entre arbitraje y poder judicial. En aquella sentencia, la Sala conoció en consulta un laudo que desaplica por control difuso la prohibición de arbitraje en la legislación de arrendamiento comercial. Al respecto, la Sala consideró que el deber que tienen los jueces de preservar la Constitución ex artículo 334 era extensivo a los árbitros.⁵⁵

⁵³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1067/2010 del 3 de noviembre de 2010. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>.

⁵⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1773/2011 del 30 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1773-301111-2011-11-0381.HTML>.

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 702/2018 del 18 de octubre de 2018. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>. Aunque el resultado de esta decisión haya sido beneficioso, consideramos que el problema de la arbitrabilidad en relación con el arrendamiento había sido resuelto en otros fallos vinculantes.

Después, en las sentencias de los casos de Alimentos Polar (analizada en este espacio)⁵⁶, Desarrollos Mercayag⁵⁷ y Grupo GECC⁵⁸, la Sala Constitucional terminó por relativizar la separación entre el poder judicial y el arbitraje, al establecer que contra el laudo procede el amparo y la revisión constitucional, respectivamente. En este punto, la Sala Constitucional ya había consolidado un pensamiento según el cual los recursos de la justicia constitucional eran idóneos para controlar el arbitraje. Contradiendo lo que había establecido en las primeras sentencias sobre la materia y revelando un problema para la práctica arbitral venezolana.

Lo que empezó como una clara separación, paulatinamente se convirtió en un espacio gris poco delimitado. Quienes escriben se encuentran convencidos de que esto se debe a una mala interpretación de los preceptos constitucionales, pero además, también sostenemos que este resultado se debe a un ejercicio judicial que bien puede ser descrito como dar puntadas sin dedal. Desde un inicio, sobre la relación entre arbitraje y constitución era importante hilar fino, establecer límites bien marcados y dejar por sentado que implican los artículos 253 y 258. No obstante, parece ser que en la actualidad los tribunales del poder judicial venezolano entienden su relación con el arbitraje como una de control, en lugar de una de cooperación.

3.3. Lo negativo de admitir avocamientos contra el arbitraje

Luego de la revisión de los casos de avocamiento que involucran procedimientos arbitrales, es fácil afirmar que el avocamiento contra el arbitraje, al igual que en el caso de otros remedios constitucionales, no es deseable por una gran variedad de razones. De entrada, existe una incompatibilidad conceptual entre el avocamiento y el arbitraje. Pero además, vale la pena hacer énfasis en algunas razones adicionales que hacen totalmente indeseable el avocamiento.

En primer lugar, el avocamiento contra procedimientos arbitrales sólo perpetúa los efectos negativos de la constitucionalización del arbitraje. Para ser más exactos, representa un caso más de judicialización del arbitraje, en el que las partes bien podrían beneficiarse de criterios judiciales poco claros para recurrir el contenido de fondo de los laudos, contrariando el control que se encuentra establecido en la Ley de Arbitraje Comercial.

⁵⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 151/2021 del 30 de abril de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>.

⁵⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 179/2021 del 14 de mayo de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/312139-0179-14521-2021-16-0390.HTML>.

⁵⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1191/2022 del 15 de diciembre de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/322083-1191-151222-2022-22-0699.HTML>.

En segundo lugar, el avocamiento contra procedimientos arbitrales arruina la confidencialidad de los arbitrajes. La confidencialidad es un elemento clave en los arbitrajes comerciales, por lo que es lógico pensar que se debe evitar el escenario en el que se divulga la información de estos procedimientos. Si bien es cierto que este problema se presenta en los recursos de nulidad y de ejecución, no es menos cierto que el avocamiento supone un problema distinto, pues es un recurso conocido por los tribunales más consultados del país.

En tercer lugar, el avocamiento contra procedimientos arbitrales dilata el curso de estos procedimientos. De por sí, los tiempos en los que un tribunal de la jurisdicción ordinaria se pronuncia son tardados, pero si a ello se suma la complejidad estructural de un avocamiento, entonces es fácil notar como la decisión puede tardar hasta un año. Aunado a lo anterior, los tribunales que conozcan de una solicitud de avocamiento pueden -y así lo han hecho- suspender el curso de un procedimiento arbitral. Debemos recalcar que las decisiones examinadas han admitido los avocamientos en primera fase, por lo que es particularmente importante que los tribunales venezolanos evalúen con seriedad si el avocamiento es o no admisible.

A grandes rasgos, estas tres razones explican por qué el avocamiento contra el arbitraje es indeseable para el desarrollo de la práctica arbitral en Venezuela. De las tres, probablemente la más preocupante sea la judicialización del arbitraje. Es inaudito que se pretenda la revisión del contenido de fondo de los laudos arbitrales a través de recursos de avocamiento, cosa que además genera una gran inseguridad jurídica.

Una cuestión distinta y que queda pendiente es el avocamiento sobre recursos de nulidad contra laudos arbitrales. En general, sostenemos la misma postura por exactamente las mismas razones. El recurso de nulidad es el medio apropiado para controlar e impugnar laudos arbitrales, aceptar el avocamiento o la revisión constitucional contra los procedimientos de nulidad sólo propugna una tediosa práctica judicial que además no tiene ningún sentido práctico. El fin que persigue el avocamiento puede lograrse perfectamente a través del recurso de revisión constitucional, si a esas vamos. Aunque esta última posibilidad necesita ser estudiada por separado.

CONCLUSIONES

A pesar de que los avocamientos fueron admitidos en primera fase con fundamentos y razonamientos visiblemente errados, la segunda fase corrigió los males en cada caso. Sin embargo, no podemos celebrar en su totalidad estas decisiones. Del análisis que hemos realizado queda claro que los avocamientos causaron un perjuicio importante en los procedimientos arbitrales de cada caso.

Adicionalmente, la admisión de esos avocamientos forma parte de un problema más grande que se ha manifestado en el sistema arbitral de Venezuela como producto

de una equívoca concepción del arbitraje. Con una técnica interpretativa dudosa, los tribunales de Venezuela se han apoyado en distintas decisiones que intentaban esclarecer el alcance y límites de la regulación constitucional del arbitraje. Como resultado, lo que alguna vez se acercó a una separación muy clara entre la justicia constitucional y el arbitraje, hoy es un espacio gris y relativo.

Notamos con preocupación que estos casos representan un antecedente más de los efectos negativos de la constitucionalización del arbitraje. Sobre todo, es importante transmitir la preocupación de que estos avocamientos no fueron declarados inadmisibles *in limine litis*. La progresiva judicialización del arbitraje, sustentada por un terrible análisis de la constitucionalización del arbitraje, sólo pone de manifiesto la inseguridad jurídica que existe en torno al arbitraje en Venezuela.

Resulta incluso más preocupante que en todos estos casos se alegó una supuesta infracción al orden público constitucional. La aplicación de ese concepto indeterminado como fundamento para admitir recursos de avocamiento es la máxima manifestación de la inseguridad jurídica que existe en el arbitraje venezolano como síntoma de su constitucionalización. En el estado actual de las cosas, parece que uno puede acudir a un tribunal y alegar que hay algún derecho fundamental en el conflicto para que se admita el recurso de avocamiento. Lo peligroso de esta posibilidad es que podría funcionar como una táctica dilatoria por absurdo que resulte el argumento, pues así sucedió en estos casos.

El poder judicial venezolano necesita establecer un criterio claro sobre el uso de la justicia constitucional para ejercer el control del arbitraje. De lo contrario, solo seguiremos observando cómo este anhelado y funcional medio alternativo se vuelve cada vez más ineficiente frente a un sistema judicial abrasivo. Las amplias y desmedidas potestades de la Sala Constitucional ya arruinaron el sistema de resolución de conflictos de la jurisdicción ordinaria, tan solo hacemos estas advertencias esperando que no arruinen el arbitraje comercial, que en definitiva es una solución alternativa.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Born, Gary. "The Principle of Judicial Non-Interference in International Arbitration Proceedings". *University of Pennsylvania Journal of International Law* 4, Vol. 30 (2009): 999-1033.

Chavero Gazdik, Rafael J., *La Jurisdicción Constitucional en Venezuela*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana, 2024.

Fernandez, Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional. Parte Orgánica de la Constitución de 1999*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello y Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.

- Hinojosa Segovia, Rafael, "La judicialización del Arbitraje". *La Ley. Mediación y Arbitraje* 12 (2022): 97-125.
- Limas Calderon, Sherin, "Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?". *Revista Derecho & Sociedad* 46 (2016): 485-497.
- Mezgravis, Andrés A., Carillo, Marcos y Saghy, Pedro Pedro Saghy, "El recurso de nulidad contra el laudo arbitral" en *El Arbitraje en Venezuela Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coordinado por Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt C., Diana C. Droulers y Carlos Lepervanche M. 503-557. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español de Arbitraje, 2013.
- Rey Vallejo, Pablo, "El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización". *Vniversitas* 126 (2013): 199-237.
- Rubo, Roger, "Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones". *Revista Themis* 53, (2007): 7-28.
- Ruiz Aguirre, Raul A. y Zabaleta, Sebastian J. "El amparo constitucional contra el arbitraje: una perspectiva venezolana" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XXIX*. 267-294. Bogota: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2024.
- Shaggy, Pedro y Tejera, Victorino, "Arbitraje comercial y casación civil". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Monteavila*, No. 9, (2010): 245-266.
- Vargas, Fernando, "La importancia de la flexibilidad en el arbitraje". *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* 75, (2021): 66-76.
- Zabaleta, Sebastian J. y Ruiz Aguirre, Raul A., "El fenómeno de la constitucionalización del arbitraje: un examen sobre sus efectos" en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* 4. 277-312. Caracas: Asociación Venezolana de Arbitraje, 2023.

Jurisprudencia

- Juzgado Séptimo Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente número AP71-R-2021-000008, sentencia del 13 de abril de 2021. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/ABRIL/2144-13-AP71-O-2021-000008-.HTML>.
- Juzgado Séptimo Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente número AP71-R-2021-000008, sentencia del 4 de mayo de 2021. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/MAYO/2144-4-AP71-R-2021-000008-.HTML>.

- Juzgado Séptimo Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Expediente número AP71-R-2021-000008, sentencia del 4 de mayo de 2021. Disponible en: <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2021/MAYO/2144-4-AP71-R-2021-000008-HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1196/2024 del 4 de diciembre de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/340035-1196-41224-2024-23-0685.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1196/2024 del 4 de diciembre de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/340035-1196-41224-2024-23-0685.HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1239/2023 del 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 número 1391/2024 del 12 de diciembre de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/340509-1391-121224-2024-24-0419.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1391/2024 del 12 de diciembre de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/340509-1391-121224-2024-24-0419.HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 151/2021, del 30 de abril de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 151/2021 del 30 de abril de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/312015-0151-30421-2021-20-106.HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1541/2008, de 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 número 1541/2008, del 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 número 1773/2011, de fecha 30 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1773-301111-2011-11-0381.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 179/2021 del 14 de mayo de 2021. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/312139-0179-14521-2021-16-0390.HTML>.

- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 192/2008, del 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 número 347/2018, del 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 número 462/2010 del 20 de mayo de 2010. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/462-20510-2010-10-0080.HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 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>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 702/2018 del 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 número 806/2002 del 24 de abril de 2002. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/806-240402-00-3049.HTM>
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 842/2023 del 26 de junio de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/326498-0842-26623-2023-23-0068.HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia número 882/2022 del 1 de noviembre de 2022. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/320484-0882-11122-2022-21-0217.HTML>.
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 894/2012 del 27 de junio de 2012. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/894-27612-2012-12-0136.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia número 57/2024 del 23 de febrero de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/332751-000057-23224-2024-23-461.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia número 57/2024 del 23 de febrero de 2024. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/332751-000057-23224-2024-23-461.HTML>
- Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia número 651/2023 del 26 de octubre de 2023. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/329614-000651-261023-2023-23-461.HTM>

Normativa

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial número 36.860 del 30 de diciembre de 1999.

Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial número 36.430 del 7 de abril de 1998.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Gaceta Oficial número 1893 del 30 de junio de 1976.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Gaceta Oficial número 6220 del 15 de marzo de 2016.

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Gaceta Oficial número 6684 del 19 de enero de 2022.

Miscelánea

Crónica de la Quinta Semana del Arbitraje de Caracas

José Alberto Ramírez León*
Presidente del Consejo Directivo de la
Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA)

Entre los días 28 de octubre y 01 de noviembre de 2024, la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) llevó a cabo exitosamente la quinta 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 "Quinta Semana del Arbitraje de Caracas" se inició el día lunes 28 de octubre, con una edición especial del programa "Al Día", conducido por Adolfo Hobaica y dedicado al Arbitraje Comercial y de Inversión, que contó con la participación de los profesores (i) Jorge González Carvajal, quien desarrolló el tema de "El comportamiento de los protagonistas en el arbitraje", (ii) Carmine Pascuzzo, quien desarrolló el tema de "La Cláusula Paraguas en el arbitraje de inversión" y (iii) Guillermo Gorrín, quien desarrolló el tema de "La adecuada motivación de los Laudos. Este evento se encuentra

* 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

a disposición del público a través del siguiente enlace <https://www.youtube.com/watch?v=TZKBpC3U8qY&t=4024s>

El programa de eventos continuó el día martes 29 de octubre, con un programa especial del "CEIA con" denominado "CIAM CIAR una opción innovadora para el mercado del arbitraje internacional". Este evento moderado por José Antonio Eliaz y Adolfo Hobaica, presidente en funciones y presidente de honor, respectivamente, del Capítulo Venezolano del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje (CEIA), contó con la participación desde Madrid de Marta Lalaguna, María Arias y Paula Jijón. Este evento se encuentra a disposición del público a través del siguiente enlace <https://www.youtube.com/watch?v=syXb35hiyVM>

El día miércoles 30 de octubre, la V Semana del Arbitraje continuó con una sesión especial del Comité de Arbitraje de Venamcham dedicada al "Arbitraje Comercial en Contratos de Seguro Patrimonial", cuya ponencia magistral estuvo a cargo del profesor Fred Aarons, Director del Centro de Estudios Bancarios y Financieros de la Universidad MonteAvila. El evento contó con la moderación de María Eugenia Salazar, presidenta del comité.

El jueves 31 de octubre tuvo lugar el "Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional", esta vez en su décima edición. En esta oportunidad, el Congreso estrenó una nueva sede, el auditorio Manoa de la Universidad Metropolitana en Caracas. Fue un evento híbrido que contó con la presencia de más de cien participantes de forma presencial y contó con el apoyo tecnológico de Universitas Fundación, quienes facilitaron la transmisión en vivo del evento para una audiencia de más de seiscientas personas.

El X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional tuvo como hilo conductor los "Arbitrajes Especiales". Se desarrollaron cinco mesas de trabajo que abordaron los siguientes temas: (i) Arbitraje Societario, (ii) Arbitraje Deportivo, (iii) Arbitraje de Inversión, (iv) Arbitraje de Consumo, y (v) Arbitraje Tributario. El evento finalizó con una mesa sobre retos y oportunidades para el arbitraje venezolano en la que participaron los presidentes de honor de la AVA, Diana Droulers, Alvaro Badell Madrid y José Gregorio Torrealba. Las palabras de apertura y de cierre del Congreso estuvieron a cargo de José Alberto Ramírez, presidente en funciones de la AVA, quien destacó y agradeció el buen trabajo realizado por el comité organizador, los ponentes, moderadores, relatores, patrocinantes y colaboradores institucionales.

El X Congreso contó con la participación de más de 30 expositores, incluyendo 5 invitados internacionales que se unieron por vía telemática desde Argentina, Panamá, España, Guatemala, y México. Participaron como moderadores de cada mesa los Decanos de las facultades de derecho de las Universidades Central de Venezuela, Metropolitana y Santa María, así como representantes de las Universidades Católica Andrés Bello y MonteAvila. También es importante destacar que cada mesa contó con la relatoría de un miembro de la Red de Jóvenes de la AVA.

El X Congreso de arbitraje AVA se encuentra disponible para consulta en el canal de Youtube de la AVA a través del siguiente enlace https://www.youtube.com/results?search_query=X+CONGRESO+AVA

La V Semana del Arbitraje cerró el viernes 01 de noviembre con un evento organizado por la Red de Jóvenes de la AVA. Se trató de un conversatorio presencial donde la generación más joven de nuestra institución tuvo la oportunidad de compartir de primera mano con un grupo de árbitros experimentados y con los equipos gerenciales de los Centros de Arbitraje, CEDCA y Cámara de Caracas.

Para finalizar, es importante destacar que la organización de estos eventos se hizo posible gracias al apoyo de diversas instituciones colaboradoras que incluyen al capítulo venezolano del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje CEIA, el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM-CIAR), el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), el Comité de Arbitraje de Venamcham, la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (Sovedem), el Centro de Investigación y Estudios de Resolución de Conflictos de la Universidad Monteávila (CIERC), Universitas Fundación, la escuela de derecho de la Universidad Metropolitana, quienes muy gentilmente ofrecieron sus espacios para la realización del Congreso, y las escuelas de derecho de las Universidades Católica Andrés Bello, Monteávila, UCV y Santa María; así como las firmas de abogados patrocinantes: Badell & Grau, PTCK, Torres Plaz & Araujo, Travieso Evans Arria Rengel & Paz y el Club Español e Iberoamericano del Arbitraje CEIA en categoría ORO; AraqueReyna, Baker & McKenzie, Dentons, Hexa Legal, Victum Legal, y Viso Rodríguez Cottin Medina Ramírez, en categoría PLATA, y las firmas Mezgravis & Asociados, MBG Legal y Tinoco Travieso Planchart & Núñez, en categoría BRONCE, a quienes agradecemos por su valioso y constante apoyo al desarrollo de las actividades académicas de la AVA.

X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional

MESA 1: ARBITRAJE SOCIETARIO Informe de relatoría

Wilfredo Monsalve García*

A continuación, se presentan las conclusiones más importantes de cada panelista de la Mesa 1: Arbitraje societario, moderada por el Dr. Juan Carlos Apitz, en el marco del X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, celebrado el pasado 31 de octubre de 2024 en la Universidad Metropolitana de Caracas.

1. Comisión de Arbitraje Societario CAS/CEMARC de la Cámara Argentina de Comercio – Dra. Lorena Schneider¹

- Con base en la experiencia que nos ha dado la creación de la Comisión de Arbitraje Societario CAS/CEMARC de la Cámara Argentina de Comercio, nos situamos en la importancia de crear este Centro integrado por expertos en la materia societaria, dado que el conflicto de socios no encuentra en la justicia estatal solución adecuada y, asimismo, la particular disposición de las acciones societarias, hacen que resulte dificultoso en dicho ámbito obtener respuesta favorable.
- Este tipo de arbitraje, hoy -luego de haber sido desarrollado y receptado por diversas legislaciones, encuentra respuesta a varios de los interrogantes que presentaba (sobre todo con relación a las nociones de arbitrabilidad, pactos separados de socios, mayorías modificaciones estatutarias y extensión de la cláusula arbitral a los administradores, entre otras).

* Abogado, UCV. Cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Cursante de la Especialización en Derecho Procesal, UCV. Estudios avanzados en Arbitraje Societario (Universidad de Austral, Argentina) y Arbitraje de Inversión (ARBANZA, Escuela de Arbitraje). Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Cofundador de la Red de Jóvenes de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Socio Correspondiente Extranjero -40 del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. Miembro incorporado de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil.

¹ Doctora en Derecho Área Mercantil (Tesis sobresaliente recomendada al Premio Facultad, UBA). Fundadora y Presidente de la Comisión de Arbitraje Societario (CAS/CEMARC) de la Cámara Argentina de Comercio. Miembro del Departamento de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Máster en Derecho Comercial y de los Negocios (Tesis Sobresaliente, UBA). Posgrado en Sociedades Mercantiles (Universidad Oberta de Catalunya, España- Título Sobresaliente). Posgrado de Actualización en Derecho Societario (UBA). Miembro del Comité de Expertos en Derecho Societario del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (Madrid). Directora del Curso de Arbitraje Societario (Universidad AUSTRAL). Profesora del Máster de Formación Permanente en Arbitraje y Mediación en la Práctica Comercial (Universidad de Salamanca con colaboración del CIAR y Tirant Lo Blanch). Directora de los Institutos de Conciliación y Arbitraje y, de Tecnología y Comunicación, CALP. Árbitro Permanente de diversas instituciones arbitrales. Profesora de Grado y Posgrado en diversas universidades del interior y exterior del país. Autora de libros individuales, colectivos y numerosos artículos de Doctrina publicados en Revistas y diarios especializados.

- De tal modo, sus ventajas son notorias (celeridad, transparencia, especialidad y costo). Sin embargo, persisten algunos interrogantes tales como la extensión de la cláusula arbitral hacia los terceros, en tanto ello colisiona con los principios de relatividad contractual y inoponibilidad de los actos jurídicos. Este es uno de los desafíos que presenta el arbitraje societario.

2. Legalidad del arbitraje societario en Venezuela – Prof.^a María Alejandra González²

- En Venezuela el arbitraje societario no está regulado por la Ley de Arbitraje Comercial.
- Si bien la utilización del arbitraje societario no es masiva, los casos que llegaron al Tribunal Supremo de Justicia fueron resueltos a favor del arbitraje.
- Al no estar regulado en la Ley de Arbitraje Comercial, por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el arbitraje societario podría tener lugar bajo la modalidad de arbitraje institucional o ad-hoc.
- Mientras no exista regulación expresa en la materia, el arbitraje societario podría ser de derecho o de equidad.

3. Arbitrabilidad objetiva en materia societaria – Prof. Mark Melilli³

- En Venezuela todas las controversias intrasocietarias pueden ser sometidas a arbitraje societario.
- La arbitrabilidad objetiva está limitada por el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, según el cual se pueden someter a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.
- El orden público no es una limitación. No debe confundirse la arbitrabilidad objetiva con la existencia de normas imperativas o de orden público, las cuales son igualmente vinculantes para jueces y árbitros.
- No es recomendable incluir en la redacción de las cláusulas arbitrales una lista de las controversias que se puedan someter a arbitraje.
- En las controversias intrasocietarias es posible la mediación y conciliación a través de la incorporación de cláusulas escalonadas de resolución de controversias.

² Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela, con estudios culminados en la especialización en Derecho del Trabajo en la UCV. Es egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila y del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Tecnológico de la Universidad Católica Andrés Bello. Es Directora Ejecutiva del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA desde el 2018, centro de resolución de controversias creado por Venamcham. Miembro del Consejo Directivo de la AVA, y del Capítulo venezolano del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. Editora Ejecutiva de la Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos "Revista MARC".

³ Abogado. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 1999. Especialista en Derecho Procesal Civil. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2006. Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, 2009. Socio del área de litigios civiles y mercantiles en LEGA Abogados. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Metropolitana y en la Universidad Monteávila. Cuenta con diversas publicaciones en el ámbito de arbitraje y procedimiento civil.

4. Arbitrabilidad subjetiva en materia societaria – Dr. Diego Castagnino⁴

- El alcance de la arbitrabilidad subjetiva en el arbitraje societario abarca a la propia sociedad como persona jurídica, a los socios fundadores (inclusive a los ausentes y disidentes para el momento de la decisión), a los socios nuevos que se incorporen con posterioridad a la sociedad, a los herederos de los socios, a los administradores y a los comisarios.

5. El acuerdo de arbitraje societario – Prof. Mario Bariona⁵

- Al acuerdo de arbitraje societario se aplican las mismas reglas generales previstas en los artículos 5 y 6 de la Ley de Arbitraje Comercial.
- El acuerdo de arbitraje societario se puede insertar en unos estatutos ya en funcionamiento, pero ello trae discusiones importantes: ¿Es una decisión societaria o es una decisión personal?
- La extensión del acuerdo de arbitraje es perfectamente posible.
- El acuerdo arbitral societario en caso de cesación de pagos o quiebra será aplicable solamente entre socios y administradores, pero nunca a síndicos ni acreedores.

Las intervenciones completas de los panelistas están disponibles públicamente en el canal de YouTube de la Asociación Venezolana de Arbitraje o de Universitas Fundación⁶.

⁴ Doctor en Derecho, Universidad Católica Andrés Bello - Venezuela (UCAB). Abogado, UCAB. Abogado, Universidad Internacional de La Rioja - España. Máster en Derecho de la Empresa, y Máster en Negocio Bancario, Universidad de Alcalá - España. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela (UCV). Magíster en Educación Universitaria, Universidad del Istmo - Guatemala. Profesor de pre y postgrado UCV y UCAB. Árbitro del CACCC y del CEDCA. Miembro Fundador y Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Club Español del Arbitraje, Latin American International Arbitration, ALARB y CIARB. Email: diego.castagnino@gmail.com.

⁵ Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas en 1984, Árbitro del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Ex Director General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil. Vice Presidente de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Miembro del Chartered Institute Of Arbitrators. Diplomado en "Arbitraje Nacional e Internacional" por la Cámara de Comercio de Bogotá (2019). Es profesor de "Obligaciones y Contratos Mercantiles" y de "Derecho Societario" en el postgrado en Derecho Mercantil de la Universidad Central de Venezuela y Universidad Católica Andrés Bello. Es profesor invitado de la Universidad de Pisa. Autor de numerosas publicaciones en materia de arbitraje y derecho mercantil, incluyendo arbitraje societario.

⁶ X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional [Canal de YouTube], emitido en directo el 31 de octubre de 2024, <https://www.youtube.com/watch?v=CoHwL6Lx6ys>

MESA 2: ARBITRAJE DEPORTIVO – APRENDIZAJES Y OPORTUNIDADES

Informe de relatoría

Carol Jiménez López*

A continuación, se presentan las conclusiones de cada panelista de la Mesa 2: Arbitraje Deportivo, moderada por el Dr. Guillermo Tell Aveledo, en el marco del X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, celebrado el pasado 31 de octubre de 2024 en la Universidad Metropolitana de Caracas.

1. Arbitraje Deportivo desde el Derecho comparado – Mgtr. Aracely Sáenz Ospino¹

- El reconocimiento del arbitraje deportivo en Panamá, tras extensas discusiones, ha demostrado ser un instrumento eficaz para salvaguardar los derechos de los deportistas, considerando la naturaleza dinámica de las competiciones y la necesidad de resolver controversias con celeridad y eficiencia.
- A pesar de que, en Panamá no existe ley en materia deportiva, hace unos años el Comité Olímpico de ese país creó el Tribunal de Arbitraje Deportivo de Panamá (Tadpan)².
- Este Tribunal permite que los deportistas de bajo recursos puedan solucionar sus controversias sin necesidad de acudir al Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS por sus siglas en inglés) en Suiza.
- Asimismo, la ubicación centroamericana de Panamá genera un beneficio para los deportistas e internacionalidad para esta materia.

2. Marco regulatorio del Arbitraje Deportivo – Prof.^a Andrea Cruz Suárez³

- El TAS funciona bajo un marco normativo específico, regido especialmente por el Código de Arbitraje Deportivo. Un marco normativo bien definido se traduce en mayor predictibilidad y mayor confianza en el sistema de arbitraje para casos deportivos.

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA), Universidad Monteávila. Cursante de la Especialización en Derecho Procesal, Universidad Católica Andrés Bello. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Socia -40 del Club Español e Iberoamericano de Arbitraje (CEIA).

¹ Licenciada en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Concursal International Business, Trade, and Tax Law, Universidad de Deusto, España. Especialista en Derecho Deportivo, Universitat de Lleida, España.

² En atención al marco legal que rige el arbitraje en Panamá, el numeral 13 del artículo 5 del Estatuto del COP le confiere la facultad de crear un órgano arbitral a través del cual puedan resolverse mediante arbitraje voluntario las disputas y conflictos que puedan surgir en el seno del COP, de las federaciones deportivas, sus afiliados, las ligas, clubes y/o deportistas. <https://tadpan-cecav.org/> (Consultado el 07 de diciembre de 2024)

³ Abogada (*magna cum laude*), Universidad Central de Venezuela. Socia en Torres Plaz & Araujo. Profesora de Contratos y Garantías en la Universidad Central de Venezuela.

- Asimismo, la capacitación y alta especialización de árbitros garantiza una mayor calidad en las decisiones y refuerza la confianza de las partes en el proceso.
- La independencia de la institución arbitral, como la del TAS, incrementa su credibilidad entre los participantes de este medio de resolución de controversias.
- A los fines de mejorar el actual marco regulatorio del arbitraje deportivo en Venezuela, se requiere lograr un mayor reconocimiento y ejecutabilidad de los laudos dictados en materia de arbitraje deportivo en Venezuela, ya que la reducción de los medios de impugnación disponibles contra un laudo dictado en el marco de un arbitraje deportivo contribuye a incrementar su credibilidad.

3. Sistema arbitral deportivo – Prof. Rafael Chavero Gazdik⁴

- Para que pueda existir un mecanismo arbitral confiable en materia deportiva a nivel nacional es indispensable que exista un ente o corporación confiable encargado de conocer las solicitudes de arbitrajes (impugnaciones que se ejerzan contra las decisiones de las organizaciones deportivas).
- Es decir, el equivalente a la llamada Comisión de Justicia Deportiva en la Ley Orgánica del Deporte; la cual regula el procedimiento respectivo. A su vez, que se establezca un listado de abogados expertos en materia deportiva que puedan ser designados como árbitros para conocer de los recursos presentados.
- Finalmente, que los costos sean razonables; y que las decisiones dictadas por dicho ente sean definitivas, quizás con la única posibilidad de ejercer algún recurso judicial de una sola instancia y por razones ajenas al fondo del asunto.

4. Claves del procedimiento arbitral en el Arbitraje Deportivo – Prof. Humberto Angrisano⁵

- La palabra deporte aparece por primera vez en la Constitución de Venezuela de 1999 y se esta manera se constitucionaliza la actividad deportiva. En el año 2011 se crea la Ley del Deporte, sin embargo, actualmente, su aplicabilidad es casi nula.
- El Código Mundial Antidopaje -normas de obligatorio cumplimiento en Venezuela- ordena como principios rectores la independencia y autonomía en los órganos involucrados.

⁴ Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialización en Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela, Maestría en Leyes (LL.M.), de Duke University, Carolina del Norte. Profesor de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela, la Universidad Metropolitana y la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Derecho Deportivo de la Universidad Metropolitana.

⁵ Abogado, Universidad Santa María. Especialista en Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela. Magíster en Gobierno y Políticas Públicas EEG. Profesor de pre y postgrado de la cátedra de Procesal Civil en la Universidad Central de Venezuela y Universidad Monteávila.

- En el béisbol venezolano se establecen cláusulas de solución de controversias a través del Presidente de la liga, luego ante una comisión tripartita. En caso que el jugador esté inscrito en la *Major League Baseball*, éste puede reclamar la decisión ante el comisionado de las grandes ligas. Todo lo anterior a los fines de evitar que los jugadores tengan que acudir a la vía ordinaria.
- La mejor vía para solucionar conflictos en deportiva, llámese en materia laboral, contractuales, de mercadeo, disciplinarios, es el arbitraje, debido a su efectividad.
- En la lucha antidopaje desde la Organización Nacional Antidopaje (ONAD) hasta los órganos disciplinarios debemos impulsar el reconocimiento del Arbitraje como la mejor manera de solucionar los conflictos.

5. Recursos contra el laudo arbitral – Alfredo Abou-Hassan⁶

- Desde la perspectiva del derecho arbitral, el arbitraje deportivo constituye una excepción al principio que el arbitraje es final y uni-instancial. Y nos conseguimos que cuenta bajo ciertas reglas tanto con una apelación como con el recurso de nulidad o no reconocimiento.
- En materia de arbitraje deportivo en el que medie apelación el órgano de apelación hace un análisis tanto de la determinación de hechos como aplicación del derecho realizado por el tribunal inferior (análisis de nuevo sobre la decisión o laudo impugnado).
- El recurso de apelación en arbitraje deportivo se distingue del procedimiento ordinario que conocemos no sólo en el lapso, sino también en qué existe un procedimiento de revisión del laudo en forma previa a su emisión. Además se puede informar a las partes la parte dispositiva del laudo en forma anterior a su motivación.
- El laudo que se dicte en apelación es final y vinculante, y su nulidad sólo puede ser solicitada en Suiza. Las decisiones del TAS son publicadas.

Las intervenciones completas de los panelistas están disponibles públicamente en el canal de YouTube de la Asociación Venezolana de Arbitraje o de Universitas Fundación⁷.

⁶ Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Procesal de la misma universidad. Profesor de las cátedras Teoría General de la Prueba, Potestad Jurisdiccional, Procedimiento Oral, Teoría General de los Recursos, y Proceso y Principios Procesales en la Universidad Católica, y de Procesal Civil I en la Universidad Monteávila.

⁷ X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional [Canal de YouTube], emitido en directo el 31 de octubre de 2024, <https://www.youtube.com/watch?v=CoHw6Lx6ys>

MESA 3: ARBITRAJE DE INVERSIÓN

Informe de relatoría

Alejandro Ramírez Padrón*

A continuación, se presentan las conclusiones más importantes de la Mesa 3: Arbitraje de inversión, moderada por la Prof.^a Isaura Pacheco, el marco del X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, celebrado el pasado 31 de octubre de 2024 en la Universidad Metropolitana de Caracas.

1. Las consecuencias de volver al CIADI – Prof.^a Krystle Baptista¹

- Reincorporarse al CIADI aportaría a Venezuela múltiples beneficios en su búsqueda por revitalizar la economía y atraer inversión extranjera. Entre ellos destacan:
 - i. La reducción de riesgos de inversión al ofrecer un foro confiable para la resolución de disputas que disminuya la percepción del riesgo y vuelvan al país más atractivo al momento de invertir.
 - ii. El establecimiento de procedimientos eficientes, aportando una estructura legal estable con procedimientos especializados que permitan un manejo relativamente ágil de las controversias internacionales
 - iii. El refuerzo de la confianza internacional, mostrando una señal clara de compromiso con los estándares globales de protección de inversiones.
- No es suficiente firmar y ratificar el Convenio CIADI. Adicionalmente es necesario respaldar esta decisión con acciones concretas que demuestren compromiso, como pueden ser: reformas que adecuen la legislación interna de inversión, fortalecimiento institucional y resolución de disputas pendientes.
- Regresar al CIADI no es la única opción que posee Venezuela para atraer inversiones extranjeras, contando además con otros mecanismos como: los TBIs existentes que remiten a otras instancias distintas al CIADI y también mediante el desarrollo de nuevos acuerdos con sus principales socios.

* Abogado (UCAB, 2022). Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil (UCAB). Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Corporativo (UCAB, 2024). Director editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC-UMA). Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Consultor jurídico en BECO&Co.

¹ Árbitro y Socia Fundadora de Krystle Baptista INT'L LAW & ARBITRATION en Madrid, España. Actúa como miembro de Juntas de Resolución de Controversias. Secretaria General del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. En 2022, la Comisión Europea la incluyó en la lista de árbitros y expertos elegibles para nombramientos en disputas basadas en tratados entre la Unión Europea y terceros países Licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra Pamplona, LL.M. NYU School of Law, New York. Miembro del Colegio de Abogados del Estado de Nueva York. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

2. Arbitraje de inversión y sanciones internacionales – Prof.^a María Eugenia Salazar²

- La génesis de un régimen de sanciones resulta opuesta a la promoción de las inversiones, siendo esta primera la intención que tiene un Estado o grupos de Estados en restringir la libertad que tiene un inversionista o el Estado receptor de la inversión en atraer la inversión.
- Esto trae consigo un profundo cambio en el esquema de argumentación al momento de desarrollar un proceso arbitral que repercute tanto en el análisis de jurisdicción y mérito como en la ejecución.
- Las sanciones no son materia de un procedimiento arbitral de inversión, pero sí es posible impugnar la manera en que fueron aplicadas las sanciones que conduzcan –por ejemplo- a un trato no justo y equitativo o un trato discriminatorio, teniendo incidencia en los derechos del inversionista. Generalmente, es más común observar esta tensión en contra del derecho de propiedad que podría canalizarse bajo la cláusula de expropiación o de un efecto equivalente de darse las circunstancias para esta calificación.

3. Laudos recientes en materia de arbitraje de inversión – Prof. Pedro Rengel Núñez³

- La data oficial del CIADI refleja un histórico hasta la actualidad de 1.046 casos, mostrando un crecimiento constante a través del tiempo. En esta tabla aportada por la institución, los países que más han sido demandados son en primer lugar Argentina con 64 casos, y, en segundo lugar, Venezuela con 55 casos.
- En Venezuela, encontramos 13 laudos que resultaron a favor del Estado, 11 por motivos de jurisdicción y 2 por motivos de fondo. Adicionalmente, hay 12 casos en donde el Estado celebró transacciones o fueron descontinuados.
- La mayor parte de los casos en donde el inversionista ha resultado favorable se deben a la falta de indemnización por expropiación directa, por expropiación indirecta y unos pocos referidos a la violación del trato justo y equitativo, constituyendo este el perfil de los casos de arbitraje de inversión atados a Venezuela.

² Abogada, UCAB (1994). LL.M McGill University, Montreal (2000). Especialista en Derecho Administrativo, UCV (2005). Profesora de Derecho de las Telecomunicaciones (UCAB) y de Arbitraje Internacional de Inversión (Universidad Monteávila). Socia del despacho de abogados Baker & McKenzie, Caracas. Presidente del Comité de Arbitraje de VenAmCham.

³ Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, Profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA (2023-2025), Presidente Honorario del Capítulo Venezolano del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, miembro y expresidente del Comité de Arbitraje de Venamcham, miembro de la lista de conciliadores y árbitros del CEDCA y del CACC, socio de Travieso Evans Arria & Rengel.

4. Legitimidad del arbitraje de inversión ¿Una reforma necesaria? – Prof.^a Militza Santana⁴

- Con la evolución y el crecimiento exponencial del arbitraje de inversión, también han surgido críticas de diversa naturaleza por algunos sectores, algunas son: i. Se ha señalado a los árbitros de asumir roles de legislador, ii. Otros critican la falta de uniformidad en las decisiones arbitrales llevando a inconsistencias o contradicciones, iii. También, ha sido un tema recurrente lo que se conoce como *double hatting* que consiste en aquellos supuestos en donde los profesionales del arbitraje ejercen múltiples roles, ejemplo, un individuo que se dedica tanto a ser árbitro como a ser abogado de parte.
- Estas críticas siguen siendo un asunto sensible, polémico y acompañado de incertidumbre en donde se continúan buscando soluciones. Así, existen algunos esfuerzos en donde destaca la labor del Grupo de Trabajo Nro. 3 de la CNUDMI que persigue: i. Identificar cuáles son las críticas más relevantes, ii. Determinar cuáles son los posibles mecanismos, iii. Plantear las posibles soluciones para enfrentar esta crisis de legitimidad del arbitraje de inversión.
- De igual modo, existen situaciones en donde se han planteado tensiones entre los tratados bilaterales de protección de inversión y la jurisdicción comunitaria, las cuales conducen a repensar la manera en que está establecido el sistema internacional y su congruencia institucional-material.

5. Recomendaciones para la protección de las inversiones extranjeras – Prof.^a María Cecilia Rachadell⁵

- Aunque Venezuela posee un número importante de TBIs vigentes, los resultados han mostrado que el arbitraje de inversión no ha sido idóneo para proteger la inversión en Venezuela. La legislación nacional contiene disposiciones que están directamente en contra de los tratados y que resultan excesivamente onerosas para el inversionista.
- Ejemplo de ello encontramos aquellas normativas que para atribuir la calificación de inversión extranjera, pauta montos de excesiva cuantía, o aquellas normativas que establecen que los derechos del inversionista nacen con el registro de la inversión, considerando que dichos registros suelen ser inexistentes o deficientes.
- Relacionado a lo anterior, la situación política y el marco regulatorio relativo a sanciones vuelven complejo el desarrollo del arbitraje de inversión. Asimismo, aunque volver al CIADI resulte beneficioso, esto no es suficiente, siendo igual-

⁴ Abogada, UCV (1999). Magister en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV (2006). LL.M Comercio Internacional y Derecho Comercial, Durham University, Reino Unido (2008). Socia de Mezgravis & Asociados.

⁵ Abogado Summa Cum Laude, UCAB (1994). Master (LL.M.), Escuela de Derecho de Harvard (1996). Profesora adjunta, University of Miami School of Law. Socia fundadora de Interjuris Abogados.

mente necesario fortalecer la confianza de los inversionistas a través de cambios legales profundos y políticas públicas que logren la consecución de un ambiente de seguridad jurídica y garantías legales.

Las intervenciones completas de los panelistas están disponibles públicamente en el canal de YouTube de la Asociación Venezolana de Arbitraje o de Universitas Fundación⁶.

⁶ X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional [Canal de YouTube], emitido en directo el 31 de octubre de 2024, <https://www.youtube.com/watch?v=CoHw6Lx6ys>

MESA 4: ARBITRAJE DE CONSUMO

Informe de relatoría

Jorge Luis Henríquez Z.*

A continuación, se presentan las conclusiones más importantes de cada panelista de la Mesa 4: Arbitraje de Consumo, moderada por el Prof. Fernando Sanquírigo, en el marco del X Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional, celebrado el pasado 31 de octubre de 2024 en la Universidad Metropolitana de Caracas.

1. El Arbitraje de Consumo en el Derecho Español – Prof. Edson López¹

- España tiene un sistema de Arbitraje de Consumo que está conformado por una entidad que administra y supervisa el proceso, contando con un listado de árbitros y unas reglas adjetivas que trazan el camino que se debe seguir, lo que lo diferencia de otras latitudes.
- Este sistema español cuenta con incentivos para que las empresas utilicen este mecanismo para resolver sus controversias con los usuarios, tales como:
 - i. Las empresas que se adhieren al Sistema Arbitral de Consumo pueden utilizar un distintivo oficial en su publicidad que implica una garantía de buen servicio para los consumidores, porque les ofrece la posibilidad de resolver sus disputas de forma rápida, gratuita y eficaz.
 - ii. Los consumidores tienen la certeza de utilizar un medio de resolución de controversias que tiene una regulación adecuada para sus necesidades.
- Esto genera que arbitraje de consumo sea más atractivo tanto para consumidores y usuarios como para las empresas, lo que incentiva su uso, lo que no ocurre usualmente en Latinoamérica.

2. Origen y relación entre el Arbitraje y Consumo – Dra. Nayibe Chacón²

- La relación entre Arbitraje y Consumo, a pesar de ser 2 palabras que parecen tener conceptos antagónicos, surge como parte del desarrollo de los derechos de los consumidores y usuarios.

* Abogado, UCAB. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil, UCAB. Miembro de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM), Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA) Socio Correspondiente Extranjero -40 del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. Miembro de la Junta Directiva del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala.

¹ Abogado egresado de la Universidad Rafael Landívar. Director de Arbitraje para ECIJA Centroamérica y Co-líder del Grupo Global de Arbitraje. Presidente del Capítulo Guatemalteco del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje.

² Abogada (UCV, 1999). Especialista en Derecho Mercantil (UCV, 2005). Doctora en Ciencias Mención Derecho (UCV, 2009). Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, actualmente Directora del Instituto de Derecho Privado de esa universidad y Secretaria General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil – SOVEDEM. Electa Individuo de Número para ocupar el Sillón No. 19 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

- En especial, el Arbitraje de Consumo busca solucionar los conflictos que surgen en las relaciones de consumo a través de un procedimiento con carácter vinculante y ejecutivo.
- Este tipo de arbitrajes toma en cuenta la situación particular de los consumidores y usuarios en estas relaciones, es decir, su posición de minusvalía o de débil jurídico que le reconoce el ordenamiento jurídico frente a las empresas que proveen los bienes o servicios.

3. Perspectiva empresarial sobre el Arbitraje de Consumo – Dr. Juan Manuel Raffalli³

- Hay sobradas razones que justifican el desarrollo de un sistema de arbitraje de consumo confiable y accesible, debido a que el Arbitraje de Consumo presenta grandes beneficios tanto para el consumidor como para los empresarios.
- Los beneficios no solo se dan en temas cuantificables en términos de patrimonio sino en áreas como la reputación y la prevención regulatoria.
- Aun así, no existe esa cultura en Venezuela en buena medida por la falta de un marco normativo adecuado y de información masiva relevante.

4. Experiencias en el Derecho Comparado aplicables al foro venezolano – Prof. José Antonio Eliaz⁴

- A pesar de encontrar diversos ejemplos en distintas latitudes en las cuales el Arbitraje de Consumo es viable, sostenible y atractivo, se puede evidenciar que actualmente en la legislación venezolana, se hace muy difícil la incorporación de este arbitraje especial similar a los que ya se encuentran establecidos.
- Para la implementación de este tipo de Arbitraje, la reforma de las leyes sustantivas y adjetivas sería el pilar fundamental en un camino a la implementación de este tipo de arbitrajes en Venezuela.

³ Abogado. Socio de Raffalli de Lemos Halvorssen Ortega y Oliveira. Doctor en Derecho Summa Cum Laude por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor en la Universidad Metropolitana de Caracas y del IESA.

⁴ Abogado, UCAB. Especialización en Derecho Procesal, UCAB. Profesor de pregrado y postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello y la Universidad Metropolitana de Caracas. Presidente del Capítulo Venezolano del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. Miembro fundador de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

5. Cambios legislativos requeridos para implementar el Arbitraje de Consumo en Venezuela – Prof. Luis Ernesto Andueza⁵

- Las legislaciones actuales en materia de precios justos y de arbitraje comercial no fueron diseñadas para admitir un procedimiento de conciliación y/o arbitraje sencillo, expedito y especialmente gratuito para los consumidores.
- En primer lugar, se hace necesario regresar a que se dicte una verdadera ley de protección al consumidor donde de forma clara se establezcan los derechos y obligaciones de los consumidores y comerciantes y donde.
- Y, en segundo lugar, se es necesario que se regulen procedimientos expeditos y la creación de centros de conciliación y arbitraje idóneos para el volumen de controversias que se suelen presentar en materia de consumo sin dejar de un lado que existan, de manera alternativa, entes públicos que presten este servicio como en el pasado, en todo el territorio nacional.

Las intervenciones completas de los panelistas están disponibles públicamente en el canal de YouTube de la Asociación Venezolana de Arbitraje o de Universitas Fundación⁶.

⁵ Abogado, UCAB. LL.M., Temple University. MBA, University of Warwick. Socio del Despacho de Abogados Miembros de Dentons, encargado del Departamento de Derecho público y asuntos regulatorios.

⁶ X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional [Canal de YouTube], emitido en directo el 31 de octubre de 2024, <https://www.youtube.com/watch?v=CoHwI6Lx6ys>

Mesa 5: Arbitraje tributario como ventaja para una gestión estratégica

Informe de relatoría

Leisbeth Berríos González*

En el marco del X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional, celebrado el 31 de octubre de 2024, se desarrollaron diversas reflexiones durante la Mesa 5, titulada "Arbitraje tributario como ventaja para una gestión estratégica", moderada por el Dr. José Antonio Bonvicini. A continuación, se presentan las conclusiones más relevantes de los panelistas:

1. Introducción al arbitraje tributario internacional – Dr. José Antonio Rodríguez Márquez¹

- El arbitraje tributario internacional ha sido un tema del que históricamente poco se publicado, en gran medida debido a las disposiciones de confidencialidad que rigen estos procedimientos. A diferencia del arbitraje de inversión, donde los documentos relativos a la controversia suelen ser públicos, el arbitraje tributario se caracteriza por un gran hermetismo, lo que ha dificultado su desarrollo.
- En contraste con otros tipos de arbitraje, el arbitraje tributario es iniciado por el contribuyente mediante un procedimiento de acuerdo mutuo (MAP, por sus siglas en inglés, *Mutual Agreement Procedure*).
- Este tipo de arbitraje requiere un marco normativo claro, establecido mediante tratados internacionales diseñados para prevenir la doble tributación entre los Estados involucrados.
- Existen diversos modelos de tratados para evitar la doble tributación, siendo los más conocidos los modelos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de Estados Unidos y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Actualmente, el modelo más utilizado a nivel mundial es el de la OCDE, que ha sido adoptado por más de 2.000 tratados bilaterales.
- En 2005 y 2008 la OCDE incluyó en el artículo 25 de su modelo la posibilidad de recurrir a arbitraje tributario.
- Los primeros tratados para evitar la doble tributación fueron celebrados por México a finales de los años 80 y principios de los 90, con Alemania y Estados Unidos.

* Abogada *Magna Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela (UCV). Abogada asociada en LEGA Abogados. Cursante de la Especialización en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela (UCV). Estudios avanzados en Arbitraje de Inversión (ARBANZA, Escuela de Arbitraje). Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

¹ Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), mención honorífica y medalla Gabino Barreda. Académico de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional. Doctor en Derecho con la tesis "Arbitraje Tributario Internacional". Especialización en Derecho Fiscal y Juicio de Amparo, Universidad Panamericana. Chartered Arbitrator por el Chartered Institute of Arbitrators. Socio Fundador de Rodríguez Márquez, S.C.

- Un caso interesante es el de Estados Unidos y Canadá, que a principios del siglo XXI establecieron sus propias reglas para el arbitraje tributario, adoptando el esquema del llamado arbitraje de la “última oferta” o “béisbol”.
- Por otro lado, la Unión Europea cuenta con la Convención de Arbitraje de la Unión Europea, en vigor desde 1995, la cual establece un procedimiento para resolver controversias derivadas de la doble tributación entre empresas de diferentes países miembros, como resultado de ajustes de precios de transferencia.
- Más recientemente, la OCDE desarrolló un Instrumento Multilateral para implementar medidas relativas a los tratados fiscales con el fin de prevenir la erosión de las bases imponibles y la transferencia de beneficios (BEPS). Este instrumento, adoptado por varios países, incluidos México, establece que las jurisdicciones contratantes pueden incluir el arbitraje vinculante y obligatorio en sus acuerdos fiscales, conforme con los procedimientos previstos en dicho instrumento, que incluyen el arbitraje de “última mejor oferta”, el arbitraje con “resolución razonada” o de “opinión independiente”.

2. Arbitraje Tributario en Venezuela: Visión y análisis crítico - Dra. María Carolina Cano²

- El arbitraje tributario en Venezuela enfrenta varios obstáculos, especialmente en lo relativo a la falta de distinción entre las materias susceptibles de transacción y arbitraje. Esta ambigüedad genera confusión y dificulta la aplicación práctica de ambas figuras. A nivel internacional, existen concepciones que pueden servir de guía para lograr esta diferenciación en el país.
- Es urgente reformar el Código Orgánico Tributario (COT) para que el arbitraje y la transacción se conviertan en herramientas efectivas dentro del sistema de justicia venezolano. Esta reforma debe enfocarse en ampliar el ámbito de acción de las partes de la relación tributaria, permitiendo la posibilidad de celebrar transacciones y de alcanzar acuerdos procedimentales durante la fase de fiscalización o de revisión en sede administrativa del acto de determinación tributaria.
- Es imperativo eliminar la posibilidad de apelabilidad del laudo arbitral que prevé el COT. Esta disposición no solo carece de fundamento jurídico, sino que también se aparta las tendencias internacionales en materia arbitral. Permitir apelaciones en este ámbito desnaturaliza el arbitraje, puesto que convierte este mecanismo en un procedimiento dilatado e incierto.
- Es recomendable incorporar el arbitraje institucional, esto permitiría aprovechar la experiencia y evolución del arbitraje en otras áreas del Derecho. Al recurrir a

² Abogada, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialización en Derecho Tributario, Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora de la cátedra de Finanzas Públicas, Escuela de Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Socia de ARAQUEREYNA.

centros institucionales de arbitraje, se garantizaría una mayor seguridad jurídica en términos de plazos, costos y otros aspectos procedimentales, lo que brindaría mayor confianza a las partes involucradas.

3. Algunos mitos y leyendas del arbitraje tributario que se han desmontado gracias a la experiencia internacional – Rodrigo Lepervanche Rivero³ y Leonardo Enrique Viloria⁴

- El arbitraje tributario en Venezuela depende de un acuerdo entre la administración tributaria y el contribuyente. Este requerimiento puede dificultar la implementación práctica de este tipo de arbitraje y contrasta con la experiencia adoptada en países como Portugal, donde la ley ha promovido el arbitraje tributario como un medio obligatorio, eliminando la necesidad de un acuerdo previo entre las partes.
- La calidad de las decisiones arbitrales en Portugal ha sido mejorada mediante la creación de un consejo deontológico encargado de garantizar la idoneidad de los árbitros.
- A pesar de que el Código Orgánico Tributario de Venezuela incluyó el arbitraje tributario en 2001, su implementación efectiva se ha visto obstaculizada, en gran medida, por la desconfianza recíproca entre el Estado y los contribuyentes.
- En Venezuela se ha cometido el error de recurrir directamente al arbitraje sin haber agotado procedimientos previos como la mediación y la conciliación. Sin embargo, actualmente la conciliación ocurre de facto entre la administración tributaria y los contribuyentes en los procedimientos de fiscalización.
- La experiencia internacional muestra que la incorporación de mecanismos previos como la mediación y la conciliación pueden favorecer el sistema de resolución de disputas en materia tributaria. En Argentina, por ejemplo, los acuerdos conclusivos voluntarios han permitido resolver controversias fiscales de manera eficiente. En Italia, la conciliación fiscal basada en acuerdos sobre la deuda tributaria ha promovido la confianza entre las partes, mientras que en España se han implementado figuras como la tasación pericial contradictoria, las actas con acuerdo y las actas con conformidad, que son tres tipos de conciliación. Estados Unidos, por su parte, ha desarrollado sistemas de mediación para abordar conflictos tributarios.

³ Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Especialista en Derecho Financiero, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Socio fundador de Victum Legal. Presidente de la Asociación de Jóvenes Empresarios de Venezuela. Profesor de Derecho Tributario, Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos de la Universidad Metropolitana (UNIMET). Profesor de Tributación Municipal, Escuela de Administración y Contaduría de la misma Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

⁴ Abogado, Universidad de Carabobo (UC). Abogado asociado en Travieso Evans Arria & Rengel (T&E). Especialista en Derecho Financiero por la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Cursante de la especialización en Derecho Procesal en la Universidad Central de Venezuela (UCAB).

- Estos ejemplos internacionales, por mencionar solo algunos, evidencian la necesidad promover y regular la mediación y la conciliación dentro de la fase de determinación de obligaciones tributarias o fiscalización en el Código Orgánico Tributario.

4. Aspectos tributarios implícitos en el arbitraje comercial y de inversión – Dr. Juan Esteban Korody⁵

- Existen controversias de naturaleza tributaria de índole privada que pueden ser resueltas en procedimientos arbitrales. Por ello, es esencial superar los dogmas tradicionales que buscan excluir la aplicación de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (MARC) en disputas tributarias.
- Desde el ámbito del derecho internacional público, también es posible solicitar protección o reparación frente a daños ocasionados por actuaciones de los Estados, cuando ejerzan potestades tributarias que vulneren los derechos de particulares.
- En este contexto, los árbitros tienen el deber de resolver los conflictos conforme a la voluntad de las partes, emitiendo laudos que sean ejecutables. Por ello, tanto las partes como los árbitros deben considerar los efectos fiscales de las decisiones adoptadas, a fin de evitar conflictos durante su ejecución.

Las intervenciones completas de los panelistas están disponibles públicamente en el canal de YouTube de la Asociación Venezolana de Arbitraje o de Universitas Fundación⁶.

⁵ Abogado, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), con estudios de postgrado en Derecho Financiero y Derecho Administrativo. Miembro de la Lista Oficial de Conciliadores y Árbitros del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Profesor de pre y postgrado de Análisis Económico de Derecho, Universidad Monteávila (UMA). Profesor de Postgrado de Derecho Financiero, Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT).

⁶ X Congreso Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional [Canal de YouTube], emitido en directo el 31 de octubre de 2024, <https://www.youtube.com/watch?v=CoHwI6Lx6ys>

X Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Mesa 3: sobre arbitraje de inversión.

Los casos venezolanos en el CIADI

Pedro Rengel Núñez*

El 31 de octubre de 2024 se celebró en la Universidad Metropolitana en Caracas el X Congreso de Arbitraje Nacional e Internacional de la AVA. Es de destacar el esfuerzo y constancia que ha venido demostrando la AVA para montar estos Congresos anuales, esta vez nada menos que en su décima edición, en consonancia con su objetivo de promover y difundir el uso del arbitraje, así como la experticia de los abogados venezolanos en la materia.

En esta oportunidad le correspondió a la mesa 3 tratar el tema del arbitraje de inversión, en la cual participaron expositores de la talla de Kristle Baptista, María Eugenia Salazar, María Cecilia Rachadell, Militza Santana y quien esto escribe. Hemos considerado apropiado aprovechar la oportunidad de la edición del Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional No. 5 de la AVA para reseñar mi presentación sobre los casos venezolanos en el CIADI.

Hemos dicho que Venezuela tiene el dudoso honor de ser el segundo país con más demandas de arbitraje de inversión en el CIADI. Argentina continúa desde hace varios años liderando la tabla con 64 casos. El siguiente es Venezuela con 55 casos, casi todos referidos a reclamos indemnizatorios por expropiación de inversiones o medidas equivalentes, iniciados luego de la ola de expropiaciones de empresas de distintos sectores y revocatoria de concesiones mineras en la década de los años 2.000.¹

Aunque Venezuela se retiró del CIADI en 2012, sólo ha denunciado el Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) con el Reino de los Países Bajos, dejando vigentes más de 20 TBI que contemplan arbitraje internacional de inversiones bajo el Reglamento Uncitral y el Mecanismo Complementario CIADI. Esto hace que no pueda decirse que Venezuela haya logrado desembarazarse del CIADI ni del arbitraje de inversiones, y todo dependerá más de lo que establezca el TBI de que se trate. La denuncia

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, Profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Internacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA (2023-2025), Presidente Honorario del Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, miembro y expresidente del Comité de Arbitraje de Venamcham, miembro de la lista de conciliadores y árbitros del CEDCA y del CACC, socio de Travieso Evans Arria & Rengel.

¹ Al respecto, ver: Pedro Rengel Núñez, Arbitraje de inversión y los casos venezolanos, en *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* N° 8, (Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil, Caracas, 2022)

de la Convención CIADI por parte de Venezuela en 2012 ha sido catalogada como un discurso altisonante y furibundo que atrae atención pero con poco efecto útil.²

En realidad Venezuela no ha logrado evadir el arbitraje CIADI, excepto en el caso Fábrica de Vidrios Los Andes, donde el tribunal arbitral negó la jurisdicción CIADI aunque el reclamo se interpuso después de la denuncia de la Convención CIADI por parte de Venezuela pero antes del vencimiento del plazo para que se considerara efectiva su salida.

El retiro de Venezuela del CIADI no afectó los casos en curso para ese momento. Varios casos posteriores a esa fecha fueron presentados bajo el denominado mecanismo complementario CIADI, que estaría disponible dependiendo de lo que establezca al respecto el TBI correspondiente.

En los casos venezolanos no está en juego ni ha sido desconocido el derecho a regular o a expropiar del Estado, ni tampoco se pone en jaque la soberanía del país para intervenir en la economía o en materia de política petrolera o minera.

Algunos han sostenido que la incidencia que tiene la pertenencia a la Convención CIADI en la toma de decisiones sobre invertir en un determinado país no es decisiva para los inversionistas, si se toma en cuenta que países con importantes flujos de inversión extranjera como Brasil, República Dominicana, Sudáfrica e India no son parte de la Convención CIADI. Incluso Brasil sólo tiene suscritos 2 TBI, con México y Angola, que no contienen oferta de arbitraje para inversionistas extranjeros.³ En nuestra opinión no luce ser este el escenario en relación con nuestro país.

Hay también algunos arbitrajes de inversión presentados por inversionistas extranjeros contra Venezuela bajo el Reglamento *UNCITRAL*, que se llevan a cabo con el apoyo de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, en los casos en que ese mecanismo está disponible bajo el respectivo TBI. Podemos mencionar los casos Clorox (productos de limpieza), Serafín García Armas, Manuel García Armas (alimentos), con reclamos sobre el estándar expropiatorio bajo el TBI con España. Se trata de un número muy inferior de casos respecto a los tramitados en CIADI.

La gran mayoría de los inversores del sector hidrocarburos bajo el marco de la apertura petrolera de 1997, cuando se desmontó ésta en el año 2007, aceptaron los nuevos términos impuestos por el Estado venezolano y accedieron a la migración de los proyectos al esquema de empresas mixtas, salvo 2 únicas excepciones: Mobil y ConocoPhillips, que fueron objeto de expropiación total de sus inversiones al no ceder a la modificación unilateral de las condiciones contractuales pactadas originalmente.

² Salas, Hoyos, Peña, *The Sound and Fury of Venezuela's ICSID Denunciation* 141, 156, 157. Ver también James Otis Rodner, Jaime Martínez Estevez, BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention has been Denounced, en *Journal of International Arbitration* 29 No. 4 (Kluwer Law International, 2012)

³ José Gregorio Torrealba, Alternativas para la Protección de Inversiones en la Coyuntura Venezolana, en *Derecho de Propiedad e Intervención del Estado: Nuevos y Viejos Problemas*) Jornada Anual de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo AVEDA, Caracas, 2021) 351-353

De los 55 casos contra nuestro país, Venezuela ha logrado librarse de 26 de ellos, es decir, de casi la mitad de los casos, 12 por falta de jurisdicción (inversiones o inversionistas no protegidos por el TBI, no disponibilidad del Mecanismo Complementario CIADI), 2 por razones de fondo (Vanessa Ventures, AngloAmerican PLC) y 12 por transacción o por haberse descontinuado sin laudo.

Recientemente la República ha obtenido un laudo favorable donde el CIADI ha negado su jurisdicción para conocer los reclamos (caso Luis García Armas). Actualmente están pendientes de decisión 7 casos, así como acciones de nulidad de 2 laudos (ConocoPhillips y Agroinsumos Iberoamericanos).

Por otro lado, 21 laudos han sido a favor de los inversionistas, con condenas que suman unos US\$ 15.000MM, sin contar los intereses pre y post laudo, que en la casi totalidad de los casos son intereses compuestos capitalizables anual, semestral o trimestralmente desde la fecha de la expropiación y hasta el momento del pago definitivo, con lo cual los montos de las condenas están sujetos a un incremento muy significativo.

Las condenas en la mayoría de los laudos son por violación del estándar expropiatorio amparado en los tratados bilaterales de inversión respectivos, por falta de pago de la indemnización correspondiente.

Salvo el laudo Fedax, que condena a Venezuela al pago de unos pagarés insolutos, los laudos a favor de los inversionistas condenan a la República al pago de indemnizaciones por el valor de inversiones expropiadas u objeto de medidas equivalentes, o de concesiones terminadas o revocadas.

En 11 de los casos, Mobil, ConocoPhillips, Rusoro Mining, Flughafen, Owens Illinois, Tidewater, Tenaris/Talta Matesi, Tenaris/Talta Comsigua, Vestey, Saint-Gobain y Smurfit, se trató de expropiaciones directas. En 2 casos se trató de medidas equivalentes a expropiación (Cristalex, Koch). En el caso ConocoPhillips se trata de la condena más grande que está afectando a Venezuela hasta el momento. El laudo condenó a Venezuela a pagar una indemnización de US\$ 8.5MM.

En 3 casos se trató de indemnización de daños y perjuicios relacionados con violación al estándar de trato justo y equitativo y no al estándar expropiatorio (Aucoven, Gold Reserve y Valores Mundiales).

En 2 casos, Longreef y Agroinsumos Iberoamericanos, no se conocen los laudos, aunque se ha reportado que involucran indemnizaciones a favor de los demandantes, muy probablemente relacionados con expropiación directa o indirecta de inversiones.

En el caso Air Canada, la condena se refiere a la violación de la obligación de libre transferencia de utilidades y repatriación de fondos (*free transfer of funds FTF*).

Venezuela sólo ha pagado 2 laudos (Fedax y Aucoven). Conocemos de al menos 10 laudos en ejecución en Cortes de EEUU. Cristallex, Gold Reserve, Owens Illinois, Vestey, Tenaris-Talta-Matesi, Tenaris-Talta Comsigua, Saint Gobain, Valores Mundiales, Koch, Rusoro Mining.

El laudo Cristallex es el que está más avanzado en el proceso de ejecución. En julio 2019 la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos confirmó la decisión de la Corte del Distrito de Delaware que determinó que PDVSA, la empresa petrolera del Estado Venezolano, es un *alter ego* de la República de Venezuela y por lo tanto, sus activos son susceptibles de embargo y ejecución, como si fueran de Venezuela.

Entre esos activos están las acciones de PDV Holding, empresa estadounidense propietaria de las acciones de CITGO, una importante refinería y cadena de estaciones de servicio de gasolina en los Estados Unidos.

Las sanciones impuestas a Venezuela y sus empresas por la Oficina de Control de Bienes Extranjeros OFAC, dependiente del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, venían de alguna manera retrasando la ejecución pero más recientemente la OFAC ha manifestado que no se opondrá al remate de las acciones de PDV Holding, que sigue su curso, aunque en todo caso deberá aprobar al beneficiario de la subasta judicial. Adicionalmente han sido admitidos en este juicio de ejecución otros acreedores con laudos CIADI bajo el criterio del *alter ego*, como ConocoPhillips, Owens Illinois, Gold Reserve, Rusoro, Koch, Valores Mundiales y otros.

En este sentido hay autores que han advertido que cuando un soberano reiteradamente incumple sentencias en el marco del *default* de su deuda, las cortes estadounidenses tienden a tomar medidas en cierto modo drásticas para evitar que los soberanos eludan su responsabilidad, por lo que no es de extrañar que la deferencia de esas cortes hacia Venezuela se vaya agotando.⁴

Este tema no está agotado, pues como dijimos, quedan pendientes algunas decisiones en casos venezolanos CIADI, por lo que seguiremos atentos al desenvolvimiento de estos.

Caracas, noviembre 2024.

⁴ José Ignacio Hernández, La Defensa de Petróleos de Venezuela ante las Cortes de Estados Unidos: el caso Citgo en la Corte de Delaware, en *Revista de Derecho Público* No. 177-178 (Editorial Jurídica Venezolana, enero-junio 2024, Caracas)

Pronunciamiento de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre dos decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia dictadas en avocamientos de causas sometidas a arbitrajes

El Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje ha resuelto dar a conocer dos recientes decisiones de la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) de fechas 4 y 12 de diciembre de 2024, signadas con los Nos. 1196 y 1381, respectivamente, por medio de las cuales se declararon improcedentes dos solicitudes de avocamiento.

La primera decisión bajo referencia fue dictada por la SC en el marco de un arbitraje institucional en pleno trámite y la segunda fue sustanciada por la Sala de Casación Civil, estando pendiente un recurso de nulidad de un laudo arbitral que se encontraba en fase de sentencia definitiva por ante el Juzgado Superior.

Según la jurisprudencia, el avocamiento es una facultad excepcional de las Salas del TSJ que debe ser ejercida con extrema prudencia. La procedencia de esta figura se restringe exclusivamente a casos en los que se verifique (i) la existencia de graves desórdenes procesales o (ii) de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico que perjudiquen ostensiblemente la imagen del poder judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática¹.

Las estrictas condiciones de procedencia del avocamiento no se cumplen en estos casos, por cuanto los solicitantes no lograron demostrar los desórdenes procesales ni ninguna de las condiciones para que se produzca el avocamiento. Además, a través de estos relevantes fallos, el TSJ vela por el respeto de la voluntad del legislador reflejada en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial que indica que “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad (...)”

Estas recientes decisiones de la SC deben ser destacadas por la comunidad arbitral, pues se inscriben en la línea de decisiones proferidas por el TSJ que impulsan el desarrollo adecuado del arbitraje en Venezuela. En efecto, el más alto tribunal de la república ratifica que el arbitraje es un medio de resolución de controversias que forma parte esencial del sistema de justicia y que, al mismo tiempo, tiene una lógica propia de funcionamiento, tal como lo reconoce la Constitución de 1999.

¹ Artículo 107 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Gaceta Oficial No. 6.684 Extraordinario, de fecha 19 de enero de 2022.

Celebramos la actuación del Tribunal Supremo de Justicia que reitera el buen criterio establecido en su propia doctrina y resalta la importancia del desarrollo de la institución arbitral como alternativa jurisdiccional prevista en nuestra Carta Magna para resolver las controversias, así como la integridad y respeto de las decisiones de fondo dictadas por los árbitros en el laudo.

Los remedios existentes para afrontar cualquier infracción en el trámite del procedimiento arbitral han sido previstos por el legislador y por la jurisprudencia de la SC, que ha rechazado expresamente la procedencia del avocamiento en causas sometidas a arbitraje. Es indudable que estas sentencias contribuyen al fortalecimiento de la relación que por fuerza debe existir entre el poder judicial y el arbitraje, siendo este uno de los objetivos primordiales de esta asociación.

Caracas, 13 de enero de 2025.

Consejo Directivo

Asociación Venezolana de Arbitraje

www.avarbitraje.com

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.