



Cámara de Comercio, Industria y Servicios
La Cámara de Caracas



Centro
de Arbitraje
La Cámara de Caracas

BOLETÍN

Iberoamericano de Arbitraje y Mediación

Número 1. Junio 2022

CIAAC
Comisión Interamericana
de Arbitraje Comercial

CCB Centro de Arbitraje
y Conciliación **CCB**

CIAM
Centro
Internacional
de Arbitraje
de Madrid

CIAR
Centro
Iberoamericano
de Arbitraje
y Mediación
de Caracas

www.camaradecaracas.com

  @camaradecaracas   Cámara de Caracas

www.arbitrajeccc.org

   arbitrajeccc

Índice



BOLETÍN

Iberoamericano
de Arbitraje
y Mediación

Comité Editorial

Leonardo Palacios
Diana Trías Bertorelli
Euribel Canino
Jesús Rojas

Diagramadora
Oralia Hernández

Diseño Portada

María Fernanda Anderson

DEPÓSITO LEGAL DIGITAL
MI2022000234
ISBN: 978-980-8000-02-3

DEPÓSITO LEGAL IMPRESO
MI2022000235
ISBN: 978-980-8000-03-0

- 1 Presentación
- 3 El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) | *Diana Trías Bertorelli*
- 8 Arbitraje y función jurisdiccional | *Jorge I. González Carvajal*
- 25 Institucionalidad, Justicia y Arbitraje Comercial | *Fred Aarons P*
- 55 Arbitrabilidad de los contratos de prestación de servicios entre las clínicas de fertilidad, médicos y pacientes por procedimientos de técnicas de reproducción asistida | *Euribel Canino*
- 75 Incumplimiento de las cláusulas escalonadas: falta de jurisdicción o admisibilidad | *José Nicolás Rinascente Vargas*
- 84 El acuerdo de arbitraje societario | *Diego Thomás Castagnino*
- 110 Medidas cautelares en el arbitraje comercial. (Especial referencia al arbitraje donde una de las partes es una empresa del estado)
Irene Loreto González
- 132 La conferencia de testigos en el procedimiento arbitral | *Carol Jiménez López*
- 146 El levantamiento del velo corporativo respecto al alcance de la Cláusula Arbitral | *María Palacios La Manna*
- 165 Laudo arbitral y ultrapetita | *Pedro Rengel Núñez*
- 194 Control difuso de la constitucionalidad y recurso de control constitucional en laudos arbitrales | *Irma Lovera De Sola*
- 214 La nulidad del Laudo Arbitral desde la perspectiva del derecho comparado
Alejandro Ramírez Padrón
- 232 La Regla de Arbitraje 41 (5) del CIADI en la etapa del Procedimiento del Recurso de Anulación | *María Gabriela Quintero Quiaro*
- 245 Justicia virtual y arbitraje comercial | *Álvaro Badell Madrid*
- 270 La implementación de las TIC en el arbitraje internacional: Reflexiones y buenas prácticas en América Latina | *Gustavo A. Piedrahíta Forero*
- 279 Aspectos prácticos de la ratificación del convenio CIADI por México, un avance alentador para los inversionistas mexicanos y extranjeros
José P. Barnola, Jr



PRESENTACIÓN

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), en el afán de difundir y promover la cultura y la práctica del arbitraje y la mediación como medios de solución de controversias, concreta con esta primera publicación del **“BOLETÍN IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (BIAM)”** un propósito que nos llena de orgullo y compromiso.

Es motivo de especial satisfacción y agradecimiento la receptividad obtenida por parte de la comunidad jurídica vinculada con los medios alternos de resolución de conflictos en la invitación a participar en este proyecto que logra su primer número en esta publicación.

El **“BOLETÍN IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (BIAM)”** se ha programado como una publicación electrónica de aparición semestral abierta a la comunidad jurídica arbitral y de mediación, en particular a la iberoamericana, cuyo objetivo es proporcionar estudios de interés vinculados con dichas materias e integrar una fuente de consulta para profesionales y estudiantes. Así mismo, prestaremos atención a las distintas actividades de los foros de arbitraje y mediación venezolanos e internacionales programadas para el segundo semestre del año 2022.

Sin duda, los medios alternativos de resolución de conflictos constituyen un campo de investigación y práctica en continuo desarrollo. De allí la importancia de los aportes de expertos que desde sus conocimientos y experiencia contribuyan con el estudio y la expansión del arbitraje y la mediación.

Es la intención del **“BOLETÍN IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (BIAM)”** acercar tanto al público especializado como al público general interesado en la práctica del arbitraje y la

mediación. Así, descansa en teóricos y prácticos la vitalidad y relevancia progresivamente ganadas por la solución arbitral o de mediación.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, agradece muy especialmente el valioso aporte de los articulistas de este primer número, pues sus interesantes colaboraciones incentivan a los lectores en el conocimiento y tratamiento de temas que hacen actual la disciplina arbitral y de mediación.

Este primer número del Boletín, incluye colaboraciones, en orden alfabético, de *Fred Aarons P., Álvaro Badell Madrid, José P. Barnola, Jr., Euribel Canino, Diego Thomás Castagnino, Jorge I. González Carvajal, Carol Jiménez López, Irene Loreto González, Irma Lovera De Sola, María Palacios La Manna, Gustavo A. Piedrahita Forero, María Gabriela Quintero Quiaro, Alejandro Ramírez Padrón, Pedro Rengel Núñez y José Nicolás Rinascente Vargas.*

Así mismo, agradecemos a nuestro aliado **CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID (CIAM)**, a través de su Presidente José Antonio Caínzos, a nuestro socio **CENTRO IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE (CIAR)** por intermedio de su Secretario General Javier Izcar De Hoyos y al **CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, a través de su Director Gustavo Piedrahíta Forero, por el apoyo en la difusión de la convocatoria para la presentación de colaboraciones y siempre respaldo en la realización de actividades en favor del fortalecimiento de nuestras instituciones.

Agradecemos la colaboración muy especial de Euribel Canino (Subdirectora del CACC) y Jesús Rojas (Asistente Legal del CACC).

A través de la web del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, <https://arbitrajeccc.org/> puede acceder de inmediato y sin restricciones a su contenido.

Esperamos sea de utilidad para nuestros lectores y alentarlos para avanzar en la consideración de los temas que hacen actual y viva la disciplina arbitral y de mediación, consagrando para ello el espacio de esta publicación.

Diana Trías Bertorelli

Mayo 2022

EL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS (CACC)



DIANA TRÍAS BERTORELLI*

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) es un órgano de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas (CCC) que ha desarrollado su actividad desde hace treinta y dos (32) años. El Centro es el Capítulo Nacional de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Así mismo, somos socios del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR) y mantenemos acuerdo de colaboración con el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM). Pertenece igualmente al Club Español del Arbitraje (CEA) y a la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, tiene por finalidad contribuir a la solución de controversias a través del arbitraje institucional y de la mediación. Facilita infraestructura, preselección de árbitros o mediador a través de nuestras listas y aporta el procedimiento respectivo mediante su reglamento general.

El arbitraje y la mediación son medios efectivos para resolver disputas entre particulares que desarrollan actividades en el ámbito mercantil y de negocios.

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Postgrado en la Universidad Central de Venezuela en Derecho Administrativo. Profesora de pre y postgrado en la Universidad Católica Andrés Bello. Profesora de postgrado de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de postgrado en la Universidad Metropolitana y Profesora de pregrado en la Universidad Monteávila.
Fue Directora de Programas de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Actualmente es Directora Ejecutiva del Centro de Arbitraje de La Cámara de Caracas.

Tanto el arbitraje como la mediación constituyen medios alternativos de resolución de conflictos que pertenecen al sistema de justicia conforme a nuestra Constitución, pero que no forman parte del poder judicial o justicia ordinaria.

I. ARBITRAJE

En particular, el arbitraje es un medio o mecanismo eficaz mediante el cual las propias partes acuerdan sobre el modo de resolver sus controversias, pactando que los conflictos surgidos en materia de su libre disposición sean resueltos mediante laudo que tiene la eficacia de cosa juzgada, excluyendo así el asunto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

Principales ventajas del arbitraje son la rapidez, especialidad, utilización de medios electrónicos para el desarrollo del procedimiento, economía, confiabilidad, confidencialidad y descongestión de la justicia ordinaria.

Dentro de las características resaltantes del arbitraje podemos indicar resumidamente las siguientes:

- 1) Constituye un mecanismo eficaz para resolver disputas entre particulares o entre éstos y entes públicos siempre que no se encuentre implicado el poder de imperio. Es decir, cuando se trate del conflicto intersubjetivo de intereses.
- 2) Se trata de disputas surgidas en actividad desarrollada en el ámbito comercial y de negocios.
- 3) Existe la intervención de un tercero (Árbitro o árbitros) escogidos por las partes, a quienes se les confía la resolución de la disputa (Tercero imparcial).
- 4) Naturaleza disponible del objeto de la disputa. Materias respecto de las cuales las partes pueden disponer. La Ley de Arbitraje Comercial lo resalta en el artículo 3 conforme al cual puede afirmarse que lo disponible es lo transigible y lo transigible es lo arbitrable.
- 5) En quinto lugar destaca la voluntariedad en el sometimiento al arbitraje. Así, el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial dispone que “El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen cons-

tancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. (...)

De la norma contenida en el artículo 6 destacan los siguientes requisitos de validez del acuerdo de arbitraje: A) debe constar por escrito, bien sea como cláusula inserta en un contrato comercial o como pacto separado. B) Debe estar redactado de forma clara y precisa. Es decir, la voluntad de las partes de someterse a arbitraje debe ser indudable e inequívoca, sin vacilaciones ni contradicciones. La voluntariedad es la esencia del arbitraje de allí que éste no puede ser forzoso pues lo desnaturaliza.

Adicionalmente es recomendable que el acuerdo arbitral precise los siguientes aspectos: el derecho aplicable al fondo de la controversia, el tipo de arbitraje si es derecho o de equidad, el idioma y el número de árbitros.

Ahora bien, no obstante la importancia determinante del acuerdo de arbitraje, las partes suelen cometer errores en su redacción. La expresión acuerdo arbitrales patológicos es comúnmente utilizada para referirse a aquellos acuerdos que detentan defectos capaces de generar inconvenientes en el desarrollo del procedimiento arbitral. Por ello es recomendable ser muy cuidadosos en su redacción o seguir las cláusulas modelo aportadas por los centros de arbitraje, si fuere el caso.

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas tiene a disposición de los interesados, la cláusula modelo de arbitraje a fin de que consideren su incorporación en las relaciones contractuales que desarrollen.

CLÁUSULA MODELO

***“Toda controversia o diferencia que verse sobre la existencia, extensión, interpretación y cumplimiento de este contrato, será resuelta definitivamente mediante arbitraje institucional ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), en la ciudad de Caracas, Venezuela, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.*”**

El Tribunal Arbitral estará compuesto por 1 o 3 árbitro(s) el (los) cual(es) decidirá(n) conforme a derecho (o equidad).”

Dentro de las ventajas relevantes podemos señalar:

- 1) Rapidez. El proceso se instruye en lapsos más cortos y los árbitros escogidos por las partes no deben ocuparse de un gran volumen de casos como le ocurre en los tribunales. Ciertamente, una de las ventajas comparativas del arbitraje frente a los litigios judiciales es su celeridad que representa una ventaja para las partes pues encuentran en tiempo breve definición de su controversia.
- 2) Especialidad. La especialización de los árbitros es una importante ventaja ya que suelen ser designados por las partes atendiendo a su conocimiento específico y especialidad de la materia objeto de la controversia.
- 3) Economía. Debe señalarse que la justicia arbitral es remunerada. Sin embargo, por la rapidez de su desarrollo, resulta más económico, pues comporta ventajas que deben valorarse como lo es alcanzar la justicia con mayor brevedad.
- 4) Confidencialidad. Debe destacarse que el arbitraje también ofrece una garantía reforzada de confidencialidad, toda vez que los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales tienen la obligación de guardar la confidencialidad de las informaciones a las que hubieran tenido acceso como consecuencia de las actuaciones arbitrales. Ello comporta un importante beneficio para las partes en cuanto a secretos comerciales, información financiera, contable, propiedad intelectual (*Know how*) de sus negocios frente a terceros. Así pues, la confidencialidad del arbitraje convierte a este mecanismo en una alternativa especialmente atractiva para la más discreta resolución de disputas.
- 5) Confiabilidad. La confianza en la especialización de los árbitros lleva de suyo la admisión con mayor facilidad de las consecuencias del laudo, por la confianza depositada en los árbitros.
- 6) Utilización de medios electrónicos. En todos los procedimientos administrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), a saber, arbitraje, medidas cautelares de urgencia y mediación, es posible y usual el uso de medios electrónicos en la totalidad de la tramitación de dichos procedimientos. El CACC,

cuenta con el “Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos” que regula la celebración de audiencias y la presentación de escritos a través de medios electrónicos que posibiliten la sustanciación del procedimiento de que se trate y la comunicación efectiva, segura, rápida e inmediata entre las partes, los árbitros, el mediador, el personal del Centro de Arbitraje y los eventuales auxiliares de justicia, expertos y testigos. La posibilidad de desarrollar actuaciones a través de medios electrónicos no descarta la posibilidad de que su cumplimiento pueda realizarse a través de entrega en físico y la celebración de audiencias o actos presenciales.

Sin duda, el desarrollo virtual comporta una ventaja relevante para los procedimientos.

- 7) Descongestión de la justicia ordinaria. Debe destacarse que el constituir el arbitraje una alternativa de la administración de justicia para la resolución de controversias, los tribunales de la República se verán descongestionados y por tanto favorecidos al no tener que tramitar asuntos que puedan someterse a arbitraje.

Las características y ventajas del arbitraje antes comentadas, permite afirmar que el arbitraje constituye una alternativa a la instancia judicial que permite solventar eficaz los conflictos en materia comercial y de naturaleza dispositiva que resulta accesible para todos los operadores jurídico y lo consolidan como una institución de gran relevancia y utilización a nivel internacional y doméstico.

II. MEDIACIÓN

La mediación, tal como lo establece nuestra Constitución en el artículo 258, es un medio alternativo de resolución de conflictos, presentándose como una alternativa para la solución de controversias, en aquellas materias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.

La mediación tiene su razón de ser en la necesidad de ordenar el conflicto de cara a la pacificación de la situación de base que enfrenta a las partes.

Dentro de los objetivos de la mediación, como medio alternativo de resolución de conflictos destacan: A) Facilitar el acceso a la justicia, B) Descongestionar a los tribunales y así reducir el costo y la demora en la solución del conflicto y C) Suministrar a la sociedad una forma alternativa efectiva de solución de conflictos. Por tanto, el objetivo primordial y fundamental de la mediación es facilitar que las partes lleguen a un acuerdo.

El término mediar se deriva del latín “*mediare*”, que significa estar en el medio. La mediación es un procedimiento mediante el cual un tercero imparcial asiste a dos partes en un conflicto en busca de una solución, en el que las partes se comunican directamente.

El rol del mediador es específicamente facilitar esa comunicación entre las partes para que logren focalizar los verdaderos intereses involucrados en la disputa. La meta de este procedimiento es que sean las mismas partes las que alcancen una solución.

Así pues, la mediación es un mecanismo que sirve para ayudar a acercar a las partes de una disputa para que lleguen a un acuerdo, sin litigio. Se trata de negociaciones asistidas por un tercero.

En Venezuela, a diferencia del arbitraje, no contamos con una ley especial que regule este importante medio alternativo de resolución de controversias.

De conformidad con el Reglamento General de nuestro Centro, se entiende por mediación el mecanismo por el cual las partes en conflicto buscan llegar a un acuerdo bajo la asesoría de un mediador.

La mediación se caracteriza por ser un proceso esencialmente **voluntario**, ya que las partes participan en el procedimiento voluntariamente, y están en libertad de abandonarla en todo momento, y de proponer, rechazar o aceptar cualquier opción lícita de acuerdo.

Además es un procedimiento flexible, pues no está sujeto a reglas procesales, aun cuando nuestro Reglamento General contiene unas pautas procedimentales, que en modo alguno impiden que el mediador y las partes encuentren el acuerdo de la manera más efectiva y eficiente. En efecto, La mediación es una figura despojada de formalismos en la cual las partes ponen de relieve sus posiciones encontradas, correspondiéndole al mediador llevarlos a la solución del caso, sin tener que recurrir a determinado procedimiento para demostrar quién tiene la razón. Se

trata de encontrar una respuesta pacífica, una solución flexible, pudiendo alcanzar resultados absolutamente diferentes al cuadro típico que califica la pretensión y su resistencia.

La mediación se presenta como un procedimiento privado y confidencial pues se encuentra completamente circunscrito a las partes y al mediador. En ese sentido, el Reglamento del CACC dispone que “Tanto los mediadores como las partes que participen en una mediación, deberán mantener la debida reserva y lo que en ella se ventile, no incidirá en procesos subsiguientes”.

La mediación es un procedimiento rápido y de bajo costo, en el que las partes pueden y, a veces, deben auto representarse, aunque en ocasiones necesitan la asistencia de un abogado.

Los acuerdos logrados por las partes son confidenciales y se reflejan en un acta de mediación.

El CACC, posee una amplia experiencia en la administración de procedimientos de mediación y cuenta dentro de su Lista de Mediadores con profesionales expertos en la materia.

Es de resaltar la experiencia exitosa del CACC en la administración de procedimientos de mediación bajo la modalidad totalmente virtual, aspecto que sin duda, al igual que en el arbitraje, constituye una ventaja fundamental que permite el desarrollo internacional del mecanismo o entre partes que aunque se encuentren localizados en un mismo país o ciudad opten por su celebración virtual.

Les invitamos a contactarnos para facilitarles información y visitar nuestra web www.arbitrajeccc.org y seguirnos en nuestras redes sociales.

ARBITRAJE Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL



JORGE I. GONZÁLEZ CARVAJAL*

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

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

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

Title: Arbitration and jurisdictional function

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

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

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

La discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje parece ser estéril e inagotable¹, sin embargo, no creemos que lo sea. Nos proponemos mostrar brevemente y sin ánimos de exhaustividad, que abordarla es, de hecho, muy útil desde un punto de vista práctico. Y este punto de vista, según se verá, aconseja procurar una solución que mire el fenómeno arbitral y de la resolución de conflictos en su complejidad.

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

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

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

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

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

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

¿Pero con cuál teoría o tesis nos quedamos?

Si bien el arbitraje es entendido comúnmente como una fórmula de heterocomposición que parte de un principio de autocomposición³, decir esto no obliga necesariamente a escoger en forma definitiva una u otra tesis y excluir a su antagonista.

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

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

Y así, todo lo judicial-procesal es público, y cae dentro de los estudios del Derecho Público, y como tal resulta tendencialmente indisponible. Mientras que lo “contractual” es privado, por regla disponible y además contrario a la idea de jurisdicción⁵.

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

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

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

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

Parece pues que lo público y lo privado representan realidades aparentemente irreconciliables⁷ y por consecuencia parecen ser también irreconciliables las tesis que explican al arbitraje.

Sin embargo, la aproximación al problema es, a nuestro modo de entender, inapropiada, pues en rigor de verdad lo que está en juego cuando se discute esta dicotomía, es propiamente identificar y distinguir entre modelos monistas (o autoritativos/estatalistas) o modelos dualistas⁸ de jurisdicción desde los cuales se explique al arbitraje.

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

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

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

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

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

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

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

Dentro de esta polaridad de sistemas jurídicos la importancia del dato comparado⁹ nos enseña un ejemplo bastante interesante, quizá de tozudez de la realidad, del tráfico económico y de audacia de sus actores: se trata del sistema arbitral de Italia.

Italia, a nuestro entender, tiene hondas bases en un modelo monista de jurisdicción y por lo tanto la cultura e idiosincrasia jurídica sigue esta influencia¹⁰. Es decir, un sistema donde sólo puede hablarse de jurisdicción cuando interviene el Poder Judicial. Y esto tiene profunda influencia en la concepción del arbitraje.

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

La doctrina parte de describir la existencia del acuerdo de arbitraje (*convenzione d'arbitrato*) como *genus* que contiene dos especies, el compromiso y la cláusula compromisoria¹², y es calificada como un contrato de derecho privado con efectos procesales, cuyo régimen se encuentra previsto en el *Codice di procedura civile* (arts. 807 a 840).

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

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

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

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

¹² V. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni...*, *cit.*, pp. 147 ss.

sorio o jurisdiccional, como mecanismo de heterocomposición de la litis, “equivalente” o sustituto jurisdiccional¹³, da origen a un proceso privado y a una sentencia (en rigor: laudo arbitral), con todos los efectos correspondientes¹⁴, dictada por un árbitro elegido por las partes que excluye la competencia de la justicia estatal¹⁵.

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

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

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

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

llos modelos que siguen la tradición de la Ley Modelo UNCITRAL) sino también de fondo¹⁶ (arg. art. 829 c.p.c. It.).

Otra forma de arbitraje es el arbitraje irritual¹⁷, libre, negocial o contractual reconocido expresamente a partir de 2006 mediante la introducción del art. 808-ter c.p.c It.¹⁸.

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

De ahí que, se afirmaba, el “árbitro” es un mandatario común de las partes¹⁹ actuando fuera de la jurisdicción, pero no fuera del ámbito del proceso²⁰, que formulará una composición del contraste (será así un amigable componedor) o un juicio jurídico según derecho, siendo que en uno u otro caso el laudo *valdrá como contenido de un contrato entre los litigantes*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El laudo arbitral en el arbitraje libre era –y es aún hoy– considerado para un sector de doctrina²² un *contrato de segundo grado, contrato marco o contrato en blanco*²³, propiamente un negocio declarativo (it. *negozio di accertamento*²⁴ o *contratto di accertamento negoziale*²⁵ e incluso podía tratarse de una transacción²⁶), al que se le denomina *laudo-contrato*, resultado de un mandato otorgado a los árbitros, no para completar un elemento faltante del contrato-base –cual ocurre en el *arbitraggio ex art. 1349 C.civ. It.* – sino como contrato destinado a resol-

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

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

²³ V. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 359.

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

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

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

ver una litis generada, generalmente, a raíz del contrato base, con el fin de establecer una determinación integrativa de una voluntad negocial ya expresada²⁷.

Hoy día, dadas las dificultades para reconstruir sistemáticamente una figura como la antes descrita y debido al reconocimiento expreso del arbitraje negocial *ex art. 808ter c.p.c It.*, se argumenta a favor de su autonomía conceptual y funcional por el reconocimiento expreso como otra forma típica de arbitraje en Italia²⁸.

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

Parece significar esto que no hay una identificación total de la jurisdicción desde una perspectiva funcional³⁰, sino que existe aún un reconocimiento de la perspectiva subjetiva, institucional o estatalista que identifica a los órganos jurisdiccionales con los órganos del Estado tradicionalmente encargados de resolver controversias (tribunales del Poder Judicial)³¹.

Mientras que cuando se trata del arbitraje irritual o negocial, la doctrina no duda en calificarlo como una figura *no jurisdiccional*, sino plenamente contractual, con las implicaciones que esto trae, p. ej., efectos no procesales sino meramente sustanciales *inter-partes*, sujeto a los remedios a los que está sometido cualquier contrato³², etc.

²⁷ V. CONSOLO, Claudio, *cit.*, p. 173.

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

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

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

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

³² V. MANDRIOLI, Crisanto, *op. cit.*, p. 360.

En la actualidad se aprecia que un gran número de Estados, siguiendo tanto la Convención de Nueva York de 1958³³ como la Ley Modelo UNCITRAL³⁴, han incorporado un tipo de arbitraje *jurisdiccional*, donde el Estado no interviene de manera contralora durante el procedimiento de cognición, aunque sí interviene para auxiliar, complementar o controlar ese proceso de cognición arbitral, siguiendo el principio de mínima intervención Estatal.

Tanto la Convención de Nueva York de 1958 (y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o Convención de Panamá de 1975) como la Ley Modelo UNCITRAL, asumen una perspectiva dualista de la jurisdicción como función, lo que se evidencia, p. ej., en cuanto a la concepción y regulación del principio *Kompetenz-Kompetenz* como resorte prioritario de los árbitros. En tal virtud, el juicio sobre la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje pertenece al propio tribunal arbitral, y solo *ex post* al juez del lugar ante el cual se presente la correspondiente pretensión de anulación del laudo por vicios relativos al acuerdo arbitral³⁵. O en materia de intervención ju-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero esto, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, no sucede por la sola decisión de un contendiente sino por el acuerdo inicial de ambas partes –de ahí que se diga que el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición que parte de un principio de autocomposición– razón por la cual la génesis contractual³⁶ que dio vida al mecanismo de heterocomposición estará siempre presente, caracterizará y coloreará a las relaciones y situaciones jurídicas que surjan entre las partes, con los árbitros y eventualmente con el centro de arbitraje (de tratarse de un arbitraje institucional).

Caracterizar al arbitraje como manifestación del fenómeno jurisdiccional³⁷, no contradice de manera alguna el origen contractual del método.

Así, tanto la función que cumple el Estado mediante sus tribunales al resolver conflictos mediante un proceso como la función que cumplen los árbitros, son manifestaciones auténticas de la función jurisdiccional, pues las mismas son formas autosuficientes y definitivas para resolver conflictos intersubjetivos de intereses mediante el proceso³⁸.

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

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

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

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

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

El fenómeno arbitral, como disciplina intermedia o derecho intersticial, es manifestación del ocaso⁴⁰ de la diferenciación extrema entre público y privado, propio de la realidad económica y social actual cargada de impulsos globalizantes, y que no puede ser explicado exclusivamente desde una perspectiva estrictamente nacional (caracterizada por el monismo jurídico⁴¹, y especialmente, el monismo jurisdiccional).

Así pues, parece conveniente calificar al derecho arbitral como una categoría propia⁴², superadora de la concepción estatal de la jurisdicción pero a su vez conservadora de su función⁴³, y más adecuadamente, como categoría o fenómeno afín al derecho privado⁴⁴, entendido este no en un sentido tradicional, como disciplina antagónica al derecho público⁴⁵, sino como derecho “común”⁴⁶ a los sujetos públicos y privados⁴⁷, que pone en el centro de la atención a la *persona*⁴⁸ al otorgarles libertad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INSTITUCIONALIDAD, JUSTICIA Y ARBITRAJE COMERCIAL



FRED AARONS P.

Resumen: Este trabajo trata acerca de dos artículos específicos de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana que versan acerca de la cláusula arbitral (artículo 6) y de los costos en el arbitraje (artículo 20). Como parte de su contenido, el trabajo hace referencia a los asuntos siguientes: INTRODUCCION; 1. La Ley de Arbitraje Comercial venezolana (LAC) y su incidencia; 2. Consideraciones acerca del artículo 6 de la LAC relativo a la cláusula arbitral; A. La cláusula arbitral, según se trate de arbitraje institucional o arbitraje ad hoc; B. El tratamiento de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión; C. Clausula arbitral y los efectos de la pandemia del COVID-19; 3. Consideraciones acerca del artículo 20 relativo a los costos en el arbitraje; 4. Circunstancias determinantes en el manejo de los costos en asuntos arbitrales; A. El estado de pobreza y el arbitraje; B. El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial; CONCLUSIONES; REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

Palabras claves: Cláusula arbitral, costos en el arbitraje, Ley de Arbitraje Comercial venezolana.

Title: Institutional Framework, Justice and Commercial Arbitration.

Abstract: This paper deals with two specific articles of the Venezuelan Commercial Arbitration Law that address the arbitration clause (article

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

6) and costs in arbitration (article 20). As part of its content, the paper refers to the following topics: INTRODUCTION; 1. The Venezuelan Commercial Arbitration Law (LAC) and its impact; 2. Comments on Article 6 of the LAC on the arbitration clause; A. The arbitration clause, depending on whether it is institutional arbitration or ad hoc arbitration; B. The treatment of the arbitration clause in adhesion contracts; C. Arbitration clause and the effects of the COVID-19 pandemic; 3. Comments on Article 20 on costs in arbitration; 4. Determining circumstances in the management of costs in arbitration matters; A. The State of Poverty and Arbitration; B. Third-party financing in commercial arbitration; CONCLUSIONS; BIBLIOGRAPHIC REFERENCES.

Keywords: Arbitration clause, arbitration costs, Venezuelan commercial arbitration law.

INTRODUCCION

Este trabajo ha sido preparado con el fin de hacer referencia a dos artículos específicos de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana¹ que versan acerca de la cláusula arbitral y de los costos en el arbitraje.

Por una parte, las consideraciones que formularemos acerca del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana propiciarán la discusión acerca de los aspectos que deben ser tomados en consideración al negociar una cláusula arbitral, ya sea para un arbitraje institucional o un arbitraje ad hoc. Por otra parte, el artículo 6 de la referida ley contempla ciertos requerimientos para validar el consentimiento otorgado para someter en arbitraje las controversias que puedan surgir con ocasión de la ejecución de los contratos de adhesión, lo cual nos obliga a hacer referencia a los requerimientos especiales establecidos para establecer la validez de la cláusula arbitral, así como determinar las implicaciones que pueden surgir entre las partes a la hora de someter alguna controversia a un procedimiento arbitral.

Formularemos consideraciones acerca del artículo 20 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, relativo a los costos en el arbitraje. De tal manera, podremos analizar las diferentes circunstancias determinantes en el manejo de los costos en los asuntos arbitrales y las alternativas disponibles a tal efecto.

¹ Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 36. 430 de fecha 7 de abril de 1998.

Habiendo transcurrido cerca de cinco lustros desde la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, sería pertinente establecer un balance acerca de las perspectivas actuales en lo que concierne al uso del arbitraje en el ámbito comercial venezolano, así como los retos que se presentan para promover a futuro la figura del arbitraje como mecanismo efectivo de solución de controversias.

A los fines de analizar los aspectos antes referidos, retomaremos ciertos aspectos relevantes en relación con la cláusula arbitral y los costos en el arbitraje, por lo cual haremos uso de los diferentes trabajos que hemos desarrollado durante la vigencia de la ley de arbitraje comercial venezolana acerca de ambos temas. Nuestro objetivo es plantear la discusión acerca de temas de interés y buscar consenso acerca de su tratamiento, para hacer del arbitraje comercial una herramienta de solución de controversias eficiente y de costos razonables en beneficio de la mayor cantidad de ciudadanos.

1. LA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL VENEZOLANA (LAC) Y SU INCIDENCIA

A partir de la entrada en vigencia de la LAC, la figura del arbitraje ha sido utilizada progresivamente con mayor énfasis en el ámbito nacional por los diferentes participantes de la actividad comercial. Sin embargo, como veremos más adelante en este trabajo, su uso sigue siendo limitado.

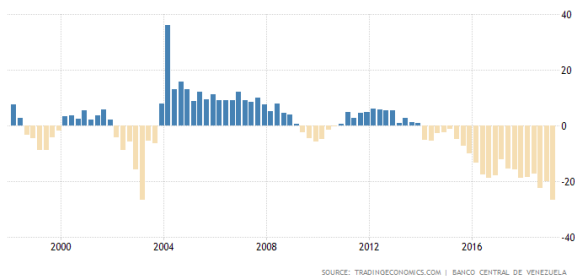
En esta ocasión, nuestro análisis estará centrado en los artículos 6 y 20 de la LAC y su alcance. En tal sentido, tiene como propósito discutir ciertos aspectos puntuales referidos en ambas disposiciones normativas de manera que podamos presentar alternativas teóricas y prácticas que puedan incidir en el mejor uso de la institución del arbitraje en el ámbito comercial venezolano.

El Producto Interno Bruto es un indicador determinante del nivel de actividad económica llevada adelante en un país. En el gráfico que encontrarán a continuación podrán observar el alto nivel de oscilación registrado por concepto del Producto Interno Bruto (PIB) en Venezuela a partir del año 1.998 hasta el año 2.020. El comportamiento del PIB permite concluir que la actividad económica no ha sido consistente ni positiva durante dicho período, sino más bien caracterizada por una creciente crisis económica y social. La tasa de crecimiento anual del PIB en Venezuela promedió 1.62 por ciento desde 1.998 hasta 2.017,

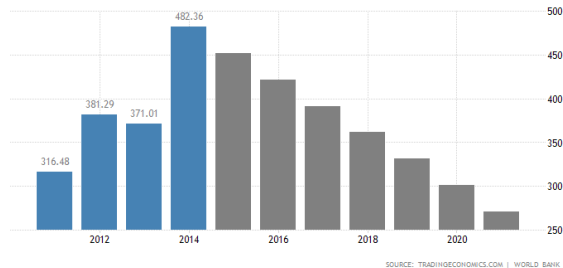
alcanzando un máximo histórico de 36.10 por ciento en el primer trimestre de 2.004 y un mínimo histórico de -26.70 por ciento en el primer trimestre de 2003². El PIB en Venezuela tuvo un valor de 482.360 millones de dólares en 2014, según datos oficiales del Banco Mundial. El valor del PIB de Venezuela representó a dicha fecha el 0,43 por ciento de la economía mundial³.

GRÁFICOS 1 y 1A - PIB Venezuela

1



1A

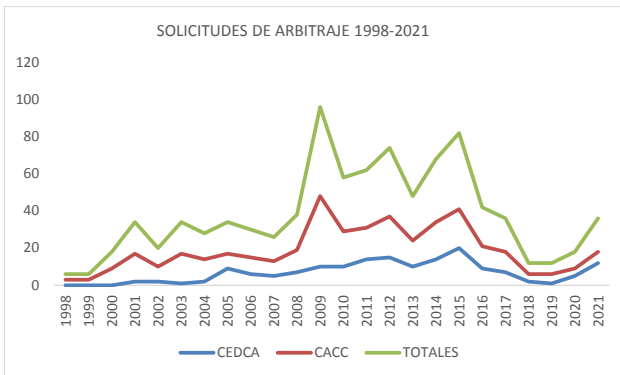


² La economía venezolana se contrajo 26,8 interanuales en el primer trimestre de 2019, tras una contracción del 20,2 por ciento en el período anterior, según el Banco Central de Venezuela. Fue la contracción más pronunciada desde al menos 1998, ya que tanto el petróleo (-19.1 por ciento vs -14.7 por ciento en el cuarto trimestre de 2018) como el sector no petrolero (-27.3 por ciento vs -20.4 por ciento) se redujeron aún más. En todo el sector no petrolero, la producción cayó a un ritmo más rápido en minería (-35.7 por ciento vs -15 por ciento), manufactura (-56.3 por ciento vs -46.4 por ciento), finanzas y seguros (-55.6 por ciento vs -41.8 por ciento), bienes raíces (-13.2 por ciento vs -12.5 por ciento), servicios públicos (-16.1 por ciento vs -15.3 por ciento), comunicaciones (-12.1 por ciento vs -8 por ciento), servicios gubernamentales (-49.7 por ciento vs -32.4 por ciento) y servicios comunitarios y personales (-47.4 por ciento vs -34.5 por ciento). fuente: Banco Central de Venezuela. Venezuela GDP Annual Growth Rate | 2021 Data | 2022 Forecast | 1998-2020 Historical (tradingeconomics.com)

³ world bank venezuela data - Search (bing.com)

A partir de la promulgación de la LAC y hasta finales del año 2.021 se han tramitado 459 solicitudes de arbitraje institucional entre los dos principales centros de conciliación y arbitraje de Venezuela. Aun cuando no disponemos de las cuantías monetarias agregadas en disputa correspondientes a los casos sometidos a arbitraje en el referido período, el número de solicitudes de arbitraje no se compadece con el tamaño de la economía venezolana.

GRÁFICO 2 – Venezuela

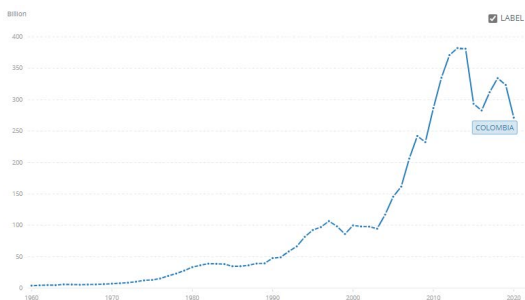


A manera comparativa, es pertinente hacer referencia a la experiencia colombiana por lo que concierne al crecimiento exponencial que ha tenido la actividad arbitral dentro de su ámbito geográfico. Desde la perspectiva estrictamente económica, Colombia tuvo un PIB en el año 2.020 que representa el equivalente del 56% del PIB registrado en Venezuela en el año 2.014. El PIB *per cápita* de Colombia fue de 5,889 dólares de los Estados Unidos de América al año 2.020, mientras que Venezuela dispuso al año 2.014 de un PIB *per cápita* de 14,025 dólares de los Estados Unidos de América⁴. Independientemente que Colombia tenga una población más numerosa que Venezuela, los indicadores de PIB de los dos países durante el transcurso de los últimos años han demostrado que en la actualidad ambas son economías relativamente similares, razón por la cual las solicitudes de arbitraje deberían de reflejar cifras medianamente comparables. Sin embargo, de la información reflejada en los gráficos 2 y 3-A, puede apreciarse que Colombia ha

⁴ GDP per capita - Countries - List | America (tradingeconomics.com)

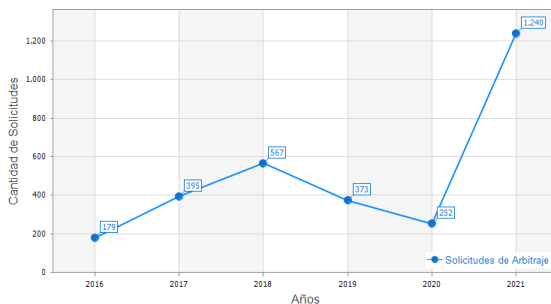
tramitado 3.006 casos entre los años 2.016 y 2.021⁵, mientras que Venezuela, ha tramitado en un lapso cercano a 25 años, a partir de la entrada en vigencia de la LAC, 459 casos en la sede de los principales centros de conciliación y arbitraje de Venezuela. Las cifras comparativas denotan que hay oportunidad para promover aún más el uso del arbitraje para la solución de controversias comerciales en Venezuela.

GRÁFICOS 3 y 3A – Colombia



3-A

Solicitudes de Arbitraje por Año



2. CONSIDERACIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 6 DE LA LAC RELATIVO A LA CLÁUSULA ARBITRAL

Como parte de nuestras consideraciones, formularemos planteamientos acerca de la cláusula arbitral, distinguiendo su contenido tanto en los procedimientos arbitrales institucionales como los de arbitraje *ad-hoc*. Así mismo, discutiremos el alcance y los requisitos de validez

⁵ <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/EstadisticaArbitraje>

de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión. Por otra parte, discutiremos acerca del uso de las cláusulas escalonadas, de mayor uso en la actualidad para promover amplia diversidad en el uso de los medios alternos de solución de controversias.

A. La cláusula arbitral, según se trate de arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*

La cláusula arbitral tiende a reflejar ciertas particularidades propias según se trate de arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*. Cuando se trata de arbitraje institucional, la cláusula arbitral requiere únicamente de la voluntad inequívoca de someter a arbitraje las controversias surgidas en relación con el contrato en cuestión. Los demás aspectos complementarios de la cláusula arbitral tienden a estar incluidos, cuando se trata de arbitraje institucional, por referencia en el reglamento institucional que regirá el arbitraje, según las partes lo hayan estipulado en la cláusula arbitral. Por el contrario, cuando se trata de arbitraje *ad hoc*. La cláusula arbitral, debe contemplar la mayor cantidad de eventualidades que puedan surgir al momento de dirimir las controversias sometidas a arbitraje. Entonces, dependerá de la modalidad de arbitraje aplicable para determinar el alcance que tendrá la cláusula arbitral, razón por la cual las partes deberán prestar especial atención a las particularidades que incluyan en la cláusula arbitral, según sea el caso particular aplicable. Si bien en el caso del arbitraje institucional las partes pueden aplicar supletoriamente lo dispuesto en el reglamento institucional aplicable; en el caso del arbitraje *ad hoc* y al momento de negociar la cláusula arbitral, las partes deberán atender con especial énfasis aspectos relativos a la metodología aplicable para la designación de los árbitros y el número de éstos que serán requeridos para decidir la controversia; el régimen aplicable a la adopción de medidas cautelares; el tratamiento de los costos y la responsabilidad de las partes al respecto, entre otros asuntos.

B. El tratamiento de la cláusula arbitral en los contratos de adhesión

Raymond Salleilles empleó por primera vez la expresión “*contrat d’adhesion*”, caracterizándolo como aquel en el que hay un predominio

de una sola parte, que obra como una voluntad unilateral, que dicta su ley a una colectividad indeterminada y que espera la adhesión de aquellos que querrán aceptar la ley del contrato. (Vellespinos, 1984, p.237). En los contratos de adhesión las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante no tiene el poder de introducirle modificaciones y, si no quiere aceptarlas, debe renunciar a celebrar el contrato. Los elementos que suelen caracterizar el contrato de adhesión son (i) que exista una oferta de carácter permanente hecha a persona indeterminada; (ii) que el contrato está por lo general pre-redactado en un documento impreso, de modo que los destinatarios se limitan a dar su adhesión al contrato (Melich Orsini, 2006, p. 52). Este convenio no es producto –propriadamente– de la discusión y acuerdo de los aspectos que lo contienen y se denominan contratos de adhesión. La doctrina los caracteriza por estar documentados en formatos pre-impresos; ser redactados por una de las partes (y que, además, tiene una posición económica dominante frente a la otra); su contenido poco o nada puede ser modificado; y, finalmente, la suscripción de dicho acuerdo exige, en ciertos casos, el pago de una suma de dinero (De la Maza Gazmuri, p. 3).

Para que alguien pueda adherir debe haber primero una oferta pre-dispuesta y ella debe contener los antecedentes constitutivos del contrato, estar pre-redactada para una generalidad de sujetos, y sin posibilidad de discutirlos en forma particularizada.

En la adhesión hay voluntad de realización, de producción de efectos, pero no hay libertad de configuración del contenido por parte del adherente, que debe tomar o dejar las cláusulas pre-redactadas sin poder modificarlas.

En la institución arbitral priva el principio de autonomía de la voluntad de partes. Ninguna persona –natural o jurídica, pública o privada– acude a ellos sin su consentimiento. Tal como afirma la doctrina, el arbitraje es una institución basada en la libertad (Barona Vilar, 2012, p. 21). Esta libertad podría verse opacada en aquellos supuestos en los cuales una de las partes redacta un contrato –incluyendo en él una cláusula arbitral– mientras que la otra parte, simplemente, acepta el acuerdo.

En los contratos de adhesión la manifestación del consentimiento por parte del aceptante se reduce a sólo estampar una firma o hacer *click*

a una página web (si el contrato está en medios electrónicos). Ante la multiplicidad de contratos de adhesión que existen actualmente por la velocidad de las transacciones comerciales, debemos analizar las particularidades del compromiso arbitral en un contrato de esta naturaleza (Aarons et al, 2015, p. 30).

La piedra angular del arbitraje es la libertad y, concretamente, se basa en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Esto significa que sólo las partes –y no un tercero– son quienes eligen este mecanismo de resolución de conflictos. Así Montero Aroca refiere:

“... La institución arbitral encuentra su base en la libertad y en la autonomía de la voluntad. Si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que han de tener la plena disposición de los mismos; si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre esos ciudadanos, de modo que los mismos han de poder establecer, modificar y extinguir todas las relaciones jurídico materiales privadas; y si la Constitución establece un marco de libertades y de autonomía de la voluntad jurídica, la conclusión necesaria es que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción, entendida ésta como potestad de la que el Estado y sus órganos judiciales tienen el monopolio”(Montero Aroca, 2004, p. 101).

De conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, el consentimiento corresponde al acuerdo de dos o más voluntades en atención al artículo 1.159 del Código Civil (CC). La manifestación de la anuencia de las partes de seleccionar la vía arbitral como el mecanismo de resolución de un eventual conflicto –contractual o no– se efectúa por medio del compromiso arbitral o de la también denominada cláusula arbitral (Aarons et al, 2015, p. 31).

La manifestación de la voluntad de las partes debe quedar claramente expresada. En tal sentido, el artículo 6º de la LAC establece lo siguiente:

“Artículo 6. El 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. La referencia hecha en un contrato a un documento que con-

tenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente”.

La norma en referencia confirma de manera fehaciente que el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito. Es decir, se requiere una manifestación de voluntad expresa de someter a arbitraje la controversia que involucra a las partes contratantes. Resaltante es que no sea suficiente que conste por escrito, sino también se requiere que dicha manifestación de la cláusula arbitral se forme de alguna manera aparte del contrato en cuestión. De manera particular, se enfatiza que en los contratos de adhesión debe haber una manifestación independiente, además de expresa. Entonces, el acuerdo de arbitraje en los contratos de adhesión lejos de estar prohibido puede ser realizado de manera independiente, siempre que ambas partes otorguen de manera válida su consentimiento para dicho acuerdo. En tales casos, el acuerdo de arbitraje debe constar en documento separado (Aarons, 2011, p.16).

En el caso de Venezuela, la LAC establece un régimen de excepción, susceptible de interpretación restrictiva, según el cual se establecen las condiciones expresas requeridas para que la cláusula arbitral sea válida en relación con controversias suscitadas en contratos de adhesión. Tales requisitos están referidos a que la manifestación de voluntad para someter una controversia a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente. Nótese que aun cuando en Venezuela se requiere que las ofertas públicas de productos y servicios sean objeto de publicidad, y que el usuario deje constancia escrita de que ha tenido oportunidad de leer el contrato bancario de que se trate con antelación a su suscripción⁶, ello no convalida, según nuestra opinión, la validez de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión que no haya sido suscrita de forma expresa e independiente. Es decir, el criterio formalista se impone en Venezuela sobre el particular, independientemente de las evidencias que pudieran surgir para determinar la validez de la cláusula arbitral,

⁶ Según el artículo 17 de las Normas relativas a la Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros.

que a nuestro modo de ver sean más prácticas y proclives a proteger a la institución del arbitraje (Aarons, 2011, p. 17).

En tal sentido, la jurisprudencia nacional ha sido consistente en señalar los aspectos siguientes:

- (i) *si bien es permisible la derogatoria de la jurisdicción venezolana por vía contractual de acuerdo con lo previsto en el precitado artículo 5 eiusdem, sin embargo, esta Sala en anteriores oportunidades ha acotado respecto de los casos donde se discute acerca de la aplicabilidad de las cláusulas arbitrales establecidas en los contratos de Adhesión, que no puede aceptarse su validez, a no ser que medie un acuerdo de voluntades expresado en forma independiente al conjunto de las normas prerredactadas, que permita evidenciar que es producto de la voluntad inequívoca de todos los contratantes y no tan sólo de uno de ellos.* (Véanse, entre otras, sentencias de esta Sala Nos. 1252 del 30 de mayo de 2000, 962 del 1º de julio de 2003, 1761 del 18 de noviembre de 2003, 339 del 14 de abril de 2004).
- (ii) *Dentro de un sistema armonizado y coherente con las bases constitucionales vigentes, la derogación convencional de la jurisdicción en los contratos de Adhesión sólo será permisible cuando medie un acuerdo expreso entre las partes manifestado en forma independiente al conjunto de normas prerredactadas⁷.*

Cabe destacar que en la práctica, los árbitros podrían optar por diferentes alternativas para determinar la voluntad efectiva de la parte adherente en el contrato de adhesión de someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dicha relación contractual (Aarons, 2015, p. 35).

El requisito formal establecido en el artículo 6 de la LAC se constituye en una protección, derecho o garantía en un área “sensible”, relativa a los contratos de adhesión y la manifestación de voluntad expresa del adherente, establecida en la legislación especial a favor de la parte adherente en el contrato de adhesión, por lo que sería únicamente esta parte quien podría hacer valer dicho derecho, o en su defecto, exigir la

⁷ Caso Banesco Banco Universal Compañía Anónima, v. José Miguel Marín Ferrer. Expediente número 2006-1459 Sala Político Administrativa, Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 02448 del 7 de noviembre del año 2006.

nulidad de los actos ejecutados en infracción del mismo, ante la falta de resguardo en la que pudieran incurrir los árbitros en incumplimiento de la ley.

Consideración aparte amerita la discusión relativa a la constitucionalidad o no del requisito formal establecido en el artículo 6 de la LAC, todo ello tomando en consideración que pudiera estar en contradicción con el principio “pro-arbitraje”, sustentado en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, aunque hasta la presente fecha en opiniones sobre asuntos distintos del que concierne al artículo 6 de la LAC (Aarons, 2015, p. 36).

C. Cláusula arbitral y los efectos de la pandemia del COVID-19

La pandemia por el COVID-19 ha reconfigurado a los medios alternativos de solución de controversias puesto que aun cuando no ha sido homogénea la aproximación adoptada por los órganos jurisdiccionales, se ha tratado de dar continuidad a los servicios de justicia mediante atención remota o virtual. Tal circunstancia ha proporcionado una oportunidad única para el uso de los medios alternativos de solución de controversias como una vía flexible de atención para asuntos civiles y mercantiles mediante ya sea la negociación, la mediación y el arbitraje. La pandemia por el COVID-19 en buena medida ha provocado la paralización de la actividad judicial, con el consecuente incremento en el estado del retraso judicial preexistente, lo cual provocará el alargamiento de los plazos judiciales. Por otra parte, la pandemia por el COVID-19 habría provocado la disrupción en la ejecución de contratos civiles y mercantiles debido principalmente al cambio de las circunstancias suscitadas por sus efectos, lo cual provocará un aumento importante de la actividad judicial en la jurisdicción civil y mercantil. Adicionalmente, las partes en sus nuevas contrataciones requerirán mecanismos flexibles y eficientes para la rápida solución de las controversias que pudieran surgir durante la pandemia o posteriormente.

Ante la situación descrita resulta ser de creciente importancia recurrir a los medios alternativos para la solución de controversias, siendo particularmente oportuno considerar el uso en medio de la pandemia de las llamadas “cláusulas escalonadas”. Las cláusulas escalonadas o también referidas como *multi-tiered clauses* o *multi-step clauses* son

cláusulas de resolución de controversias que conllevan un sistema progresivo para la solución de las diferencias, mediante las cuales las partes pueden disponer en sus fases iniciales de varios métodos alternativos para la resolución de controversias (negociación entre altos ejecutivos, mediación, *dispute boards*, etc.) y que culmina en arbitraje, en caso de resultar infructuosa alguna solución durante la aplicación de los primeros métodos alternativos. Acerca de su naturaleza se ha discutido extensamente si se trata o no de auténticos convenios arbitrales. No obstante, la tendencia imperante en la actualidad sugiere la utilización de este tipo de cláusulas en los más diversos tipos de contratos, razón por la cual los principales centros arbitrales están promoviendo el uso de las cláusulas escalonadas.

Las ventajas que, con carácter general, se asocian a este tipo de cláusulas son las relativas a precaver las potenciales consecuencias negativas de un procedimiento arbitral. Así mismo, mediante estas cláusulas se busca alcanzar una solución a través de procesos que eviten deteriorar la relación comercial en virtud del conflicto existente y que proporcionen algún ahorro en tiempo y dinero para las partes.

Pese a sus ventajas, estas cláusulas son fuentes de no pocos problemas cuando una de las partes no respeta el procedimiento escalonado o cuando la redacción de la cláusula tiende a ser ambigua respecto de los diferentes pasos y el carácter imperativo o no de los mismos, previo al inicio del arbitraje. El tema principal relativo a dichas cláusulas concierne a los efectos y consecuencias en el arbitraje, así como su reconocimiento y ejecución del laudo que resulte, en caso de que una de las partes no siga el procedimiento previsto en la cláusula escalonada. Por otra parte, es prestar debida atención cuando una de las partes solicita medidas cautelares a un órgano jurisdiccional cuyo ordenamiento jurídico obliga a la parte a dar inicio al arbitraje dentro de un plazo relativamente breve o cualquier otra circunstancia procesal que le impida que alguna parte pueda respetar el procedimiento escalonado. La inclusión de una cláusula escalonada en un contrato debe atender a las necesidades propias de las partes contratantes y de la transacción que los vincula, con el fin de asegurar su efectividad y la maximización de los beneficios. Por ello es necesario precisar aspectos particulares en la referida cláusula, tales como determinar claramente el carácter

imperativo o no de los procedimientos previos al inicio del arbitraje (negociación, perito técnico, *dispute boards*, etc.), los plazos o, en su caso, hechos que determinen el fracaso de los pasos previos al arbitraje y que permitan iniciar los siguientes⁸.

3. CONSIDERACIONES ACERCA DEL ARTÍCULO 20 RELATIVO A LOS COSTOS EN EL ARBITRAJE

La adecuada relación entre la obtención de un laudo arbitral en el menor tiempo posible y con costos razonables maximiza la relación costo-beneficio resultante del proceso arbitral.

Asumiendo que los costos del arbitraje comercial sean razonables, tal como lo promueve la mayoría de las legislaciones y reglamentos de los centros arbitrales en América Latina, existen circunstancias que determinan que los costos en el arbitraje sean un aspecto de relativa preocupación de las partes interesadas en acudir al arbitraje como alternativa válida y eficiente para solucionar las controversias que puedan surgir en relación con sus relaciones contractuales.

Ante la decisión de las partes de acudir a un proceso arbitral para dirimir sus controversias comerciales, surge una variedad de aspectos relevantes en materia de costos que ameritan la atención de las partes, los árbitros, los centros arbitrales y eventualmente de terceros vinculados directa o indirectamente con tal proceso, tales como peritos, expertos, financistas, entre otros.

El arbitraje comercial ha venido ganando adeptos progresivamente en el tiempo como alternativa para la solución de controversias comerciales. Tal circunstancia ha suscitado que las partes que requieran acudir a esta elección dispongan y aporten de buena fe los recursos suficientes para costear su tramitación. Cada vez es más frecuente, sin embargo, que alguna de las partes no disponga de los recursos necesarios para sufragar los costos y gastos inherentes al arbitraje comercial, o que haga uso de algún ardid jurídico para evitar el pago de los costos del arbitraje. Una barrera de relevancia para promover el acceso a la justicia

⁸ https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-los-pros-y-contras-de-este-metodo-alternativo-de-resolucion-de

es el costo relativo de los procesos judiciales. Los costos concentrados principalmente en los honorarios de abogados y las costas procesales causadas en caso de una parte resultar perdedora en un juicio. El factor tiempo y el consecuente retraso judicial se configura en la principal variable que incide sobre los costos en los procesos judiciales.

El pago de los costos en el arbitraje es una obligación propia del acuerdo arbitral en sentido *lato*, cuando las partes estipulan el sometimiento de cualquier controversia que se suscite al arbitraje, sea éste de derecho o equidad. Sin embargo, aun cuando las obligaciones y derechos de las partes contratantes de la cláusula compromisoria surgen esencialmente de ésta, las partes usualmente no hacen referencia expresa al esquema aplicable para atender al pago de los costos relacionados con el arbitraje. De allí que haya que acudir de manera subsidiaria a la ley aplicable o al reglamento según el cual las partes hayan acordado tramitar la controversia, con el fin de determinar de forma específica el tratamiento aplicable en relación con el pago de los costos, o ante la falta de pago, en un procedimiento regido por normas de arbitraje comercial (Aarons, 2015, pp. 80 y 81). La implementación de una tarifa plana o "*flat rate*" para ciertos tipos de asuntos dirimidos en tribunales arbitrales podría contribuir en la reducción sustancial de los costos en el arbitraje comercial y así maximizar las ventajas que **éste** presenta por su menor plazo de tramitación, en comparación con los asuntos dirimidos ante los **órganos** jurisdiccionales. (Aarons, 2020)

La LAC establece en su artículo 20 lo siguiente:

"Decidida la fijación de gastos y honorarios, cada parte consignará, dentro de los diez (10) días siguientes lo que le corresponda por tal concepto. ...Si una de las partes consigna lo que le corresponde y la otra no, aquella que hubiere consignado podrá hacerlo por la otra dentro de los quince (15) días hábiles siguientes..." (subrayado nuestro).

El pago de los costos en el arbitraje parte del principio equitativo de que los mismos sean repartidos a *prorrata* entre las partes contratantes. No obstante, cuando alguna de las partes no pague la porción correspondiente, entonces surgen circunstancias que ameritan análisis particular con el objeto de promover mecanismos que re-establezcan el equilibrio económico entre las partes con motivo de la falta de pago de

una de ellas. La LAC no establece de manera específica el tratamiento que deba aplicarse ante la falta de pago de los costos, salvo lo referente a la facultad que tiene una de las partes de aportar la porción faltante ante la falta de disposición o medios de la otra (Aarons, 2015, p. 85).

Lo usual en nuestro fuero, sin embargo, ha sido que las partes someten la controversia comercial suscitada a arbitraje mediante la referencia genérica al procedimiento institucional establecido por algún centro constituido para tramitar dichas controversias mediante el laudo dictado por los árbitros designados. Por ello no suelen anticipar, al momento de redactar la cláusula compromisoria, cuál es el procedimiento aplicable de manera específica en caso de que alguna de las partes incumpla con sus obligaciones de pago de los costos relacionados con el eventual arbitraje comercial de que se trate. En tal sentido, las partes podrían, en la cláusula compromisoria otorgar amplias facultades a los árbitros para que adopten medidas conducentes a evitar situaciones que susciten el desequilibrio de la relación económica entre las partes en relación con el pago de costos del arbitraje. Tales medidas podrían incluir la adopción de medidas preventivas por parte de los árbitros para no hacer ilusoria la pretensión de recuperar los costos pagados por cuenta de la contraparte, como la aplicación de sanciones dirigidas a mitigar tal situación mientras previene la suspensión del proceso arbitral ante la eventualidad de que dicha parte no disponga de los recursos para suplir el incumplimiento de pago de la otra.

En Venezuela, estimamos que los árbitros no tendrían la facultad de imponer sanciones ante la ausencia de un acuerdo contractual, el cual puede ser específico según los términos de la redacción de la cláusula compromisoria, o genérico, por remisión a un procedimiento arbitral que atienda debidamente las diversas alternativas que pudieran presentarse ante la falta de pago por alguna de las partes.

Ante la conducta abusiva de las partes, o alguna de ellas, en un procedimiento arbitral, los árbitros podrán imponer sanciones a la parte responsable por semejante conducta sólo si el acuerdo entre éstas incluya, explícita o implícitamente la facultad otorgada a los árbitros para imponer sanciones. “Es generalmente entendido que un árbitro no tiene dicho poder ante la ausencia de una provisión contractual” (Vairo, 2006, p. 322).

4. CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES EN EL MANEJO DE LOS COSTOS EN ASUNTOS ARBITRALES

Cada reglamento tiende a diferir en el tratamiento otorgado ante la eventual falta de pago de los costos en el arbitraje comercial, razón por la cual sugerimos a las partes contratantes atender de forma inequívoca semejante situación mediante la incorporación del lenguaje necesario en la cláusula compromisoria que las partes estipulen al momento de celebrar el contrato objeto de eventual controversia (Aarons, 2015, p. 91).

La necesidad de generar mayor arraigo en el uso del arbitraje, entre otros medios alternos de solución de controversias, nos hace considerar propicio reiterar nuestros planeamientos acerca de aspectos relevantes en el manejo de los costos en asuntos arbitrales, tales como la por nosotros denominada “doctrina de la justicia gratuita arbitral” y el financiamiento de terceros en el arbitraje.

A. El estado de pobreza y el arbitraje

Otro aspecto que amerita nuestro análisis, en relación con el pago de costos en el arbitraje comercial, es la posibilidad de alegar el estado de pobreza de cualquiera de las partes en el proceso arbitral. El arbitraje ha sido considerado tradicionalmente un procedimiento de relativo alto costo en comparación con otras alternativas de solución de controversias. De allí que haya surgido la percepción de que tales altos costos pudieran constituirse en una barrera para acceder al arbitraje comercial. En los procesos de jurisdicción ordinaria en Venezuela, tanto de naturaleza contenciosa como voluntaria, está a disposición de las partes la posibilidad de eximirles del pago de costos y costas en caso de otorgarse el beneficio de “justicia gratuita” a favor de la parte afectada por semejante situación económica. En tal sentido, en las disposiciones contenidas en los artículos 175 y siguientes del Código de Procedimiento Civil se regula el beneficio de justicia gratuita, el cual es otorgado a quienes el tribunal o la ley consideran elegibles por solicitud que podrá ser presentada en cualquier estado y grado de la causa. De conformidad con los términos del artículo 178 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela:

“Los Tribunales concederán el beneficio de la justicia gratuita a quienes no tuvieren los medios suficientes, ya para litigar, ya para hacer valer de manera no contenciosa algún derecho. Este beneficio es personal, sólo se concederá para gestionar derechos propios, y gozarán de él, sin necesidad de previa declaratoria, las personas que perciban un ingreso que no exceda del triple del salario mínimo obligatorio fijado por el Ejecutivo Nacional, los institutos de beneficencia pública y cualesquiera otros a los que la ley lo conceda en los asuntos que les conciernan. La circunstancia de ser el solicitante propietario de la vivienda en que resida, no constituirá por sí mismo un impedimento para la concesión del beneficio. Dicho beneficio podrá ser cesado por el tribunal correspondiente en cualquier estado y grado de la causa si se llegare a demostrar que el beneficiario de la justicia gratuita dispone de medios económicos suficientes”.

El beneficio de justicia gratuita, según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, consiste en otorgar como principales derechos (i) la designación de un defensor que sostenga los derechos del beneficiario gratuitamente, (ii) la exención de pago de aranceles; (iii) la exención del pago de tasas u honorarios a los auxiliares de la justicia, tales como intérpretes, peritos, depositarios, asociados, prácticos y otros, los cuales estarán obligados a prestar gratuitamente sus servicios en el asunto cuando actúen a solicitud del beneficiario de la justicia gratuita.

Es de hacer notar que quien haya litigado gratuitamente quedará obligado a pagar el papel sellado, las estampillas, los honorarios de su defensor y las demás costas que hubiere causado o en que se le hubiere condenado, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso llegare a mejor fortuna (Artículo 180 del Código de Procedimiento Civil).

En el contexto del arbitraje comercial cabe preguntar si sería conveniente y posible aplicar –*mutatis mutandi*– el beneficio de justicia gratuita.

Estimamos que el otorgamiento de un beneficio de similares efectos podría facilitar no sólo la inclusión de cláusulas compromisorias mediante las cuales se sometan las controversias a arbitraje, sino que podría mitigar las situaciones manifiestas en las que algunas partes no

acuden a resolver sus controversias contractuales ante la inminente precariedad económica que les afecta. Estimamos que la LAC o en su defecto los reglamentos de centros de administración de procesos arbitrales, deberían incluir disposiciones que reconozcan la gratuidad de los costos del arbitraje, en caso de que alguna parte satisfaga los requisitos que se establezcan para el otorgamiento del beneficio de “justicia gratuita arbitral”.

Al respecto, la legislación arbitral colombiana ha dado un paso muy relevante al establecer la figura del amparo de pobreza en materia arbitral. De manera específica, el artículo 13 del Estatuto del Arbitraje en Colombia (Ley 1563 de 2012) contempla lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. AMPARO DE POBREZA. El amparo de pobreza se concederá, total o parcialmente, en los términos del Código de Procedimiento Civil. Si hubiere lugar a la designación del apoderado, esta se hará a la suerte entre los abogados incluidos en la lista de árbitros del respectivo centro de arbitraje, salvo que el interesado lo designe. Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas, el amparado quedará exonerado del pago de los honorarios y gastos del tribunal arbitral, sin que le corresponda a su contraparte sufragar lo que al amparado le hubiese correspondido pagar” (Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012).

Algunos tratadistas consideran que dado que los centros de arbitraje no administran justicia, se entiende que quien les solicite sus servicios estará suscribiendo un contrato de carácter privado en donde no cabe la institución pública del amparo de pobreza o el equivalente beneficio de justicia gratuita (Rodríguez Mejía, 2012). El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha mantenido como criterio jurisprudencial que la prohibición contenida en el artículo 254 de la Constitución de “establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios”, no está dirigida al arbitraje (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Distribuidora Punto Fuerte D,P.F. C.A 20 de junio de 2007).

Aun cuando coincidimos con la apreciación de la Dra. Rodríguez Mejía, somos de la opinión que la figura del beneficio de justicia gratuita podría ser incluida en una reforma de la LAC o en los reglamentos de los diferentes centros arbitrales de manera que su aplicación sea el

resultado del acuerdo de la voluntad de las partes al éstas someterse por voluntad propia, por intermedio de la cláusula compromisoria, al reglamento arbitral citado en dicha cláusula. Así mismo, estimamos que si bien la disposición relativa al amparo de pobreza, contenida en la referida Ley 1563 de 2012, no precisa a cargo de quién queda el pago de los costos de arbitraje correspondientes a la parte beneficiaria de dicho tratamiento, se podría establecer mecanismos que permitan financiar dicho importe. Tales mecanismos incluirían, por ejemplo, el establecimiento de un fondo contingente con el aporte que se obtenga de otros casos, equivalente a una pequeña porción de lo que las partes en dichos casos arbitrales paguen por concepto de costos de arbitraje. Dicha porción podría entonces ser destinada en el centro de arbitraje correspondiente de manera que la suma agregada pueda ser utilizada total o parcialmente ante la eventualidad que alguna parte de un caso de arbitraje comercial solicite acogerse al beneficio de “justicia gratuita arbitral”. Habría, sin embargo, que considerar cuidadosamente las alternativas disponibles de manera que se atienda adecuadamente la situación de pobreza planteada, sin trasladar indebidamente y de manera desproporcionada las cargas financieras a terceros que no sean los más idóneos para mitigar tales situaciones.

De manera similar a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil venezolano estimamos prudente que las normativas que se llegaren a introducir en el reglamento de los centros de arbitraje sobre este asunto, dispongan que si la persona beneficiaria de la “justicia gratuita arbitral” llegare a mejor fortuna en un plazo prudencial, contado a partir de la terminación del proceso arbitral en cuestión, entonces el beneficiario debería pagar los costos y costas (en caso de haber resultado la parte perdedora) que le hubiere correspondido pagar de no haber obtenido el beneficio antes mencionado.

Entendemos que los planteamientos aquí propuestos en relación con lo que aquí nos permitimos denominar la “doctrina de la justicia gratuita arbitral” requieren de un mayor decantamiento por los centros de arbitraje con el fin esencial de establecer los detalles pertinentes a la fuente de fondeo y costos asociados en los casos, ante la eventualidad de que alguna parte merezca ser beneficiaria de la figura propuesta por carecer de los recursos económicos que le permitan acceder a la justicia mediante el arbitraje (Aarons, 2015, pp. 94 y sgts.).

B. El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial

El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial no se distingue esencialmente de cualquier otro tipo de financiamiento. La diferencia fundamental es el activo subyacente al objeto de financiamiento. Tratándose en este caso de los derechos correspondientes al reclamo arbitral sobre el cual pudiere tener alguna parte contratante. El tercero financista de un proceso arbitral es una persona natural o jurídica no vinculada con la controversia o sus partes intervinientes que asume los costos del demandante, teniendo como contraprestación una porción del monto recuperado o cualquier otro monto acordado, en el entendido de que los costos van por cuenta del financista exclusivamente (Seidel and Sherman, 2013).

Existen múltiples estructuras para atender las necesidades de financiamiento de los costos en que pueda incurrir alguna parte en los procesos arbitrales. Tales opciones van desde (i) el financiamiento personal o corporativo, según se trate la parte deudora de una persona natural o una persona jurídica, otorgado por instituciones bancarias o proveedores especializados, (ii) el financiamiento sin recurso a los estados financieros de la parte deudora, es decir repagado exclusivamente con las cantidades recuperadas del reclamo arbitral, (iii) el financiamiento estructurado con derivados, (iv) el financiamiento otorgado de manera subordinada⁹, o con repago mediante el capital accionario de la parte que posee un derecho litigioso, o mediante cualquier otra modalidad financiera equivalente (Bogart 2013, p. 50).

El financiamiento de terceros en el arbitraje comercial consistiría en proporcionar los recursos necesarios, a través de diversas modalidades financieras, para facilitar la tramitación a favor de alguna parte interesada en un procedimiento arbitral, cuyos derechos litigiosos se constituyen en activos subyacentes del financiamiento. Actualmente, los financistas de procesos arbitrales se han configurado en un grupo profesional altamente sofisticado que ha establecido el financiamiento de arbitrajes en una modalidad específica de financiamiento.

⁹ El financiamiento subordinado se caracteriza por tratarse de un préstamo otorgado con una prioridad de repago más baja que los préstamos que sean quirografarios.

Uno de los principales beneficios del financiamiento de terceros en los procesos arbitrales radica en que representa una alternativa legítima para permitir el acceso a la justicia, mientras la parte beneficiaria del financiamiento mantiene control de sus derechos litigiosos. Tal beneficio permite evitar desbalances económicos entre las partes intervinientes en un proceso arbitral que en ciertas circunstancias provocan transacciones incitadas de cierta forma por las limitaciones económicas de una de las partes intervinientes.

Desde la perspectiva de los abogados que participan en procesos arbitrales, el financiamiento de terceros se configura en un mecanismo que facilita la participación de abogados que opten por no participar en procesos arbitrales en los cuales la remuneración que obtendrían por sus servicios profesionales estaría basada en el éxito obtenido en el caso, así como permite desvirtuar de plano la figura del pacto de *cuota litis*, el cual está prohibido expresamente en nuestra legislación. Este pacto consiste en que los abogados intervinientes en procesos litigiosos acepten recibir en pago una porción o la totalidad de los activos objeto de controversia. En tal sentido, el último aparte del artículo 1.482 del Código Civil dispone lo siguiente:

“... Los abogados y los procuradores no pueden, ni por sí mismos, ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio”.

La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en relación con la estipulación de la remuneración establecida en los contratos de honorarios profesionales, ha establecido lo siguiente:

“... En el presente caso, la demandada sostiene que el objeto de la cesión comporta igualmente un negocio jurídico prohibido por la ley, pues de acuerdo con el último aparte del artículo 1.482 del Código Civil, ‘Los abogados y los procuradores no pueden, ni por sí mismos, ni por medio de personas interpuestas, celebrar con sus clientes ningún pacto ni contrato de venta, donación, permuta u otros semejantes sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio.’; y que el precio

del avalúo constituye una de esas cosas esenciales a la causa. El artículo antes transcrito no prohíbe (sic) el pacto entre cliente y abogado acerca de los honorarios profesionales que se causen con ocasión de una gestión de representación en JUDICIAL o EXTRAJUDICIAL, sino cuando el mismo se celebre sobre las cosas comprendidas en las causas a que prestan su ministerio... Sin embargo, el precio fijado por el tribunal a título de indemnización por la pérdida sufrida, aun siendo esencial a la causa, no puede asimilarse a las 'cosas' genéricamente descritas en dicha norma como el objeto de la prohibición, pues se trata de una suma de dinero, que por su naturaleza es fungible, esto es, intercambiable por otra suma de dinero que representa idéntico valor, lo cual determina y hace posible su circulación en la sociedad, pues una suma de dinero es la misma con independencia de su origen o de quien la detente. En tal virtud, cuando mediante un convenio de honorarios profesionales se pacta sobre el porcentaje de una suma de dinero a que se tiene derecho en virtud de una decisión judicial, no se está pactando sobre el objeto de la causa en que un abogado presta su ministerio, sino respecto de una referencia numérica y de cálculo para tasar los servicios profesionales prestados, pues lo mismo da que dicho dinero, en cuanto bien fungible, provenga del pago hecho al deudor de dichos honorarios con ocasión de una sentencia condenatoria que le favorezca, como de cualquier otra fuente lícita en que haya obtenido el dinero para honrar la deuda asumida con el abogado. De tal manera que la prohibición contenida en el Código Civil debe entenderse respecto de aquellas cosas esenciales de la causa no susceptibles de ser reemplazadas o intercambiadas por ninguna otra. En efecto, existiría 'pacto de cuota litis', si mediante convenio de honorarios profesionales se estableciera en un juicio de reivindicación de un inmueble, que los honorarios causados por la asistencia jurídica se cancelen con el mismo inmueble o parte de él; pero, no existiría dicha prohibición si el acuerdo se formalizara sobre un porcentaje del valor del inmueble reivindicado, tasado en dinero" (Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal, 2005).

Por otra parte, en relación con el financiamiento de terceros en procesos arbitrales y la participación de los abogados en dichos procesos,

éstos no podrían hacer las veces de financistas de las partes en los asuntos que intervengan como los abogados de éstas, puesto que tendrían prohibición expresa en Venezuela para ello con base en lo dispuesto en el artículo 44 del Código de ética del abogado venezolano.

“Artículo 44. El abogado no deberá, a excepción de sus honorarios, adquirir interés pecuniario en el asunto que se ventila y que él esté dirigiendo o que hubiere sido dirigido por él. Tampoco podrá adquirir directa o indirectamente, bienes venidos de remates judiciales de asuntos en que hubiere participado”.

A partir de estas limitaciones, entre otras, surgen consideraciones en relación con la obligatoriedad de transparencia en el proceso arbitral. De allí surge como interrogante si sería necesario divulgar los arreglos financieros de las partes que intervienen en procesos arbitrales. Sobre este particular, estimamos que no debería existir fundamentación alguna para requerir información de las fuentes de fondeo sin requerir también semejante información a otras partes que pudieran tener intereses económicos en las resultas del caso en cuestión. Sin embargo, en algunas circunstancias sería conveniente identificar a aquellos que tengan intereses económicos con las partes intervinientes en los procesos arbitrales, de manera que se puedan dilucidar adecuadamente los potenciales conflictos de intereses que pudieran surgir, especialmente, cuando de la designación de los árbitros se trate, según el caso. Colateralmente, surge la duda de si existiría algún conflicto de interés en caso de que el financista de una parte interviniente en un proceso arbitral sea a la vez financista en otro proceso arbitral en el cual algunos miembros de la firma de abogados a la que pertenece el citado árbitro sean apoderados. Quizás sería conveniente aplicar criterios similares a los establecidos al respecto por la International Bar Association (IBA), cuyas recomendaciones consideran que existe un eventual conflicto de intereses en los procedimientos judiciales o arbitrales cuando las partes y sus empresas filiales se encuentren en los supuestos antes descritos. De seguir estos lineamientos, terceros financistas en procesos arbitrales no tendrían conflictos de intereses con otras partes involucradas en los mismos, en tanto y cuanto no sean considerados empresas afiliadas a las partes intervinientes o de cualesquiera otros participantes en el proceso

arbitral (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004).

En cuanto a los asuntos que nos ocupan en materia de arbitraje comercial, consideramos necesario que los centros que administran procesos de arbitraje institucional establezcan criterios de manera inequívoca y pública que sean consistentes en el tiempo para el tratamiento de una amplia diversidad de supuestos en los cuales podrían presentarse conflictos de interés tangibles. Compartimos la opinión formulada por el reconocido árbitro internacional Bernardo Cremades, en el sentido de que en algunas ocasiones, la participación de terceros financistas en procesos arbitrales, sin la debida transparencia a favor de la contraparte y del tribunal arbitral, pudiera implicar una infracción al principio de buena fe con el que las partes intervinientes en un proceso arbitral se comprometen al iniciar el procedimiento¹⁰ (Levy and Bonnan, 2013). En todo caso, sugerimos establecer un test mínimo de transparencia según el cual la parte interviniente beneficiaria del financiamiento para el trámite del proceso arbitral tendría la obligación de informar sobre tal hecho en la medida que razonablemente sus circunstancias y los supuestos del caso en cuestión ameriten de buena fe proporcionar información en tanto ésta sea relevante para el caso que les ocupa. De otro modo, se colocaría al recipiente del financiamiento del tercero en una situación más desventajosa que la que tuviera en caso de haber optado por no acudir a dicha alternativa para obtener fondeo en su ánimo de dirimir una controversia arbitral.

Si bien ha habido una tendencia reciente a la especialización de las entidades dedicadas al otorgamiento de financiamientos en materia arbitral exclusivamente, como en el caso de Burford –la principal fuente especializada en el financiamiento para resolución de conflictos a nivel mundial– el financiamiento de terceros para procesos arbitrales no está exento de acceder a fuentes ordinarias de crédito como podrían ser las instituciones bancarias. No obstante, estimamos que las instituciones bancarias, aun cuando estarían en disposición de otorgar financiamiento

¹⁰ El requerimiento de transparencia podría tener una relevancia extrema en casos donde el rol del tercero financista del proceso arbitral pudiera representar un supuesto de manipulación del valor accionario de una empresa, dependiendo de la relevancia del caso arbitral para la viabilidad económica de la empresa.

a una parte interviniente en un proceso arbitral para facilitar su tramitación, harían lo propio mediante el otorgamiento de crédito corporativo o patrimonial, es decir, respaldado con una garantía específica del deudor o en todo caso de manera genérica con base en su patrimonio.

La novísima industria establecida para el financiamiento de terceros en procesos arbitrales internacionales ha optado por diversas modalidades de financiamiento, las cuales incluyen: (i) financiamiento caso por caso a cambio de los resultados que se obtengan en el proceso arbitral de que se trata; (ii) financiamiento para atender la cartera de casos de una parte interviniente en diversos procesos arbitrales, con el fin de reducir los costos del financiamiento obtenido; (iii) financiamiento para atender actividades puntuales distintas a la resolución de una disputa; (iv) financiamiento para anticipar mediante esquemas de descuento la cuantía en disputa; (v) financiamiento para pagar primas de seguro destinadas a indemnizar en la eventualidad de falta de ejecución de un laudo arbitral; y (vi) financiamiento para atender contingencias relacionadas con las resultas de procesos arbitrales (Bogart, 2013. p. 56).

Un amplio abanico de opciones financieras estaría disponible para procurar recursos financieros a las partes intervinientes en procesos arbitrales comerciales en el ámbito doméstico, al igual que ya está ocurriendo desde hace por lo menos diez años en el contexto del arbitraje internacional. Indudablemente, el financiamiento de terceros en procesos arbitrales comerciales representa una alternativa sistemática beneficiosa tanto para las partes intervinientes en los procesos arbitrales como para los abogados y demás participantes en dichos procesos, con el fin último de facilitar acceso a la justicia y promover la solución de controversias de una manera eficiente y eficaz dentro de un contexto equilibrado, objetivo y transparente.

Un aspecto que amerita especial atención consiste en el nivel de control que debe tener el tercer financista en relación con el proceso arbitral. Recordemos que la cesión de derechos litigiosos, según lo dispuesto en el artículo 1.557 del Código Civil venezolano, surte efecto después del acto de contestación de la demanda, entre el cedente y el cesionario, hasta que la parte contraria acepta la cesión.

“Artículo 1.557.- La cesión que hiciere alguno de los litigantes de los derechos que ventila a quien no es parte en la causa, des-

pués del acto de contestación al fondo de la demanda y mientras no sea dictada sentencia definitivamente firme, no surte efectos sino entre el cedente y el cesionario. Sin embargo, cuando se haga constar en los autos que la parte contraria acepta la cesión, surtirá ésta inmediatos efectos contra aquella, y en sustitución del cedente, se hará el cesionario parte en la causa”.

El financiamiento de terceros en los procesos arbitrales no debe implicar en modo alguno la cesión de facto de los derechos litigiosos de la parte interviniente beneficiaria del financiamiento, independientemente de que el tercero financista, por tener el riesgo financiero de la controversia arbitral bajo su exclusiva responsabilidad, tenga el “derecho inherente” de controlar los aspectos relevantes del proceso, incluyendo la selección y contratación de los abogados participantes, la estrategia aplicable para el caso en cuestión, entre otros aspectos relevantes (Aarons, 2015, pp. 98 y sgts.).

CONCLUSIONES

La aplicación de procedimientos arbitrales se ha extendido progresivamente en Venezuela. El arbitraje institucional ha tenido un auge reciente en los últimos años, pero el mismo aún no se compadece proporcionalmente con las cuantías y los volúmenes de las actividades económicas que se desarrollan en Venezuela. Las cifras acerca de solicitudes de arbitraje institucional tramitados a partir de la entrada en vigencia de la LAC, así lo evidencian.

Si bien la aprobación de la LAC y su vigencia por cerca de 5 lustros significan hitos determinantes para el desarrollo de la actividad arbitral a nivel nacional, no es menos cierto que la meta principal de la comunidad vinculada con el otorgamiento de justicia por intermedio del arbitraje debe estar centrada en masificar su utilización, asegurando eficiencia, accesibilidad, rapidez y costos razonables para solucionar controversias. Para ello, sugerimos tomar en consideración los aspectos siguientes y actuar en consecuencia:

1. Las partes en el proceso arbitral disponen de diferentes alternativas para atender los asuntos relativos a los costos del proceso arbitral. El reto que nos ocupa, a todo evento, es ampliarlas con el

fin de facilitar a las partes contratantes el acceso al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias eficaz, eficiente y transparente disponible para todos, independientemente de la condición económica de sus usuarios. En la medida que se logre promover el uso del arbitraje comercial como un mecanismo de solución de controversias en el que se respeta debidamente el equilibrio económico entre las partes, se podrá erradicar los prejuicios existentes en cuanto a la limitada accesibilidad al arbitraje para la totalidad de la comunidad interesada en hacer buen uso de sus bondades.

2. La pandemia por el COVID-19 ha provocado cambios actitudinales importantes cuya repercusión trascenderá en el tiempo. Así mismo, el internet ha propulsado el dominio de la economía digital y ha facilitado el acceso a la justicia por vía remota tanto en procesos judiciales gestionados ante los órganos jurisdiccionales, así como en aquellos tramitados ante los tribunales arbitrales. En consecuencia, se hace imprescindible establecer una alianza entre el sector público y el privado para configurar y mantener una infraestructura digital adecuada que sirva como conducto ininterrumpido, para asegurar el acceso a la justicia, aún en tiempos de pandemia u otras emergencias.
3. Ante la creciente disrupción económica provocada por la pandemia del COVID-19, se hace necesario que las partes contratantes logren precaver controversias mediante la introducción de las cláusulas escalonadas en los contratos que celebren, de manera que se puedan aplicar progresivamente las diferentes modalidades de medios alternativos para la solución de controversias.
4. El reto no es únicamente promover los métodos alternos de solución de controversias en los sectores económicos de mayores recursos, sino también proporcionar herramientas para los sectores de menores recursos de forma que puedan tener acceso a una amplia gama de bienes y servicios, con la certeza de que dispondrán de mecanismos idóneos para preservar sus derechos y asegurar el cumplimiento de sus obligaciones pactadas libremente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARONS P., Fred: “La digitalización en el Arbitraje y las Cortes en la búsqueda de Justicia en tiempos de pandemia” en *Principia Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*. No. 3-2020, pp. 15-36.
- AARONS P., Fred: “Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales” en *Tendencias en el Arbitraje Financiero en Venezuela y Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015.
- AARONS P., Fred et al: “Tendencias en el Arbitraje Financiero en Venezuela” en *Tendencias en el Arbitraje Financiero en Venezuela y Consideraciones sobre los Costos y la Financiación en Asuntos Arbitrales*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2015.
- AARONS P., Fred: “Los Medios Alternativos de Solución de Controversias y las Transacciones Financieras”, en *Memoria Arbitral*. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Editorial Torino, C.A. Caracas, Venezuela. Noviembre de 2011.
- BARONA VILAR, Silvia: «Presentación», en: *Arbitraje: Legislación Básica* (BARONA VILAR, S. Y ESPLUGUES MOTA, C., Coord.). 4º ed. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- BOGART, Christopher P.: (2013) Overview of arbitration finance. En V. Cremades, Bernardo M. Dimolitsa, Antonias Editores *Third party Funding in International Arbitration*. (pp. 50-56). Paris, France: International Chamber of Commerce.
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo: *Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?*, p. 3. Texto disponible en http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/contratos%20adhesion.pdf. International Bar Association. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.2004. http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_E_News_ArbitrationMultipleLang.aspx
- LÉVY, Laurent, BONAN, Regis: (2013) Third-party funding. Disclosure, joinder and impact on arbitral proceedings. En V. Cremades, Bernardo M. Dimolitsa, Antonias Editores *Third-party Funding in International Arbitration*. (pp. 78-94). Paris, France: International Chamber of Commerce.
- MELICH ORSINI, José: *Doctrina General del Contrato*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas. 4ta. Versión corregida y ampliada. Serie Estudios 61, Caracas, Venezuela 2006.

- MONTERO AROCA, Juan: «Artículo 2. Numeral I», en: *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Aranzadi, Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ MEJÍA, Marcela: (2012) Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia* No.23, Julio-Diciembre de 2012, pp. 379 a 417.
- SEIDEL, Selvyn, SHERMAN, Sandra: (2013) “Corporate governance” rules are coming to third party financing of international arbitration (and in general). En V. Cremades, Bernardo M. Dimolitsa, Antonias Editores *Third-party Funding in International Arbitration* (pp. 32-49). Paris, France: International Chamber of Commerce.
- VAIRO, Georgene M.: (2006) The Use of Sanctions in Arbitration. En V. Carbonneau, Thomas E. Jaeggi, Jeanette A. Editors. *Handbook on Commercial Arbitration* (pp. 321-328). Huntington, New York. EE.UU. American Arbitration Association.
- VALLESPINOS, Carlos Gustavo: *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales*. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1984.

ARBITRABILIDAD DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ENTRE LAS CLÍNICAS DE FERTILIDAD, MÉDICOS Y PACIENTES POR PROCEDIMIENTOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA



EURIBEL CANINO*

Resumen: Cuando hablamos de la responsabilidad de los médicos derivadas de su ejercicio profesional, de manera automática la asociamos a demandas civiles en tribunales ordinarios e incluso penales, asumiendo que en todo caso estas conductas son siempre imputables al profesional de la salud y que merecen sanciones morales, disciplinarias y penales, pero dejamos de lado la posibilidad de ejercer acciones que impliquen sanciones económicas o administrativas para estos, excluyendo también la posibilidad de solucionar los conflictos a través de otros mecanismos distintos a la jurisdicción ordinaria, que permitirían llegar a acuerdos extrajudiciales en aquellos casos donde la controversia no verse en torno a la comisión de algún delito.

No obstante, surge la duda si es posible celebrar contratos entre los centros de salud, médicos y pacientes, y si es posible que las partes puedan someter las controversias surgidas de estas relaciones a arbitraje o cualquier otro medio alternativo de resolución de conflictos.

Title: Arbitrability of service contracts between fertility clinics, physicians and patients for assisted reproductive technology procedures.

Abstract: When we talk about the responsibility of doctors derived from their professional practice, we automatically associate it with civil lawsuits in ordinary and even criminal courts, assuming that in any case these behaviors are always attributable to the health professional and that they deserve moral sanctions, disciplinary and criminal, but we

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello. Cursante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila. Subdirectora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

set aside the possibility of taking actions that imply economic or administrative sanctions for them, also excluding the possibility of solving conflicts through mechanisms other than ordinary jurisdiction, which would allow reaching out-of-court agreements in those cases. Where the controversy does not revolve around the commission of a crime.

However, the question arises as to whether it is possible to enter into contracts between health centers, doctors and patients, and whether it is possible that the parties may lead some of the disputes arising from these relationships to arbitration or any other alternative means of conflict resolution.

Palabras Claves: Arbitraje, fertilidad, contratos.

Keywords: Arbitration, fertility, contracts.

INTRODUCCIÓN

Cada vez es más frecuente que las personas acudan a centros de reproducción asistida con la finalidad de lograr concebir un hijo, pero también se ha hecho frecuente ver algunas noticias donde en clínicas de fertilidad cambiaron los embriones de uno de los pacientes por otros y los padres desean demandar a dicho centro asistencial.

Esta situación nos lleva a plantearnos la posibilidad de las partes de acudir a la vía arbitral para demandar la responsabilidad civil derivada de inadecuados manejos de los centros de reproducción asistida del material genético de sus pacientes, por lo cual resulta determinante analizar en caso de ser posible, que aspectos podrían ser demandados en arbitraje y cuáles serán de exclusivo conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

En este trabajo analizaremos la relación jurídica existente entre el médico y el paciente, así como la relación jurídica que existe entre los centros de salud y los pacientes, con el objeto de determinar la arbitrabilidad o no, y en dado caso, limitar la relación contractual a los aspectos arbitrables.

La importancia de la posibilidad de acudir a arbitraje para solucionar conflictos derivados de incumplimientos de esta índole obedece a la necesidad de las instituciones arbitrales adecuarse a las nuevas realidades y contextos sociales que vivimos, facilitando a las partes soluciones expeditas a los conflictos surgidos.

I. ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

Cuando pensamos en la relación médico-paciente o en la relación que existe entre los centros de salud, la creencia común es que al tratarse de una relación transitoria y, en muchos casos fortuita, no estamos ante una relación contractual. Sin embargo, cuando analizamos a fondo la naturaleza de tales relaciones observamos la existencia de una prestación de servicio, esto se evidencia de la definición del ejercicio profesional del médico contenida en la Ley del Ejercicio de la Medicina según el cual la actividad del profesional de la salud consiste en la prestación de atención médica orientada a promover la salud, prevenir enfermedades, reducir factores de riesgo, realizar diagnósticos, así como suministrar los tratamientos que considere adecuados al paciente o caso en concreto.¹

Aunado a lo anterior, cuando nos referimos a los Centros de Salud podemos destacar la disposición de la Ley Orgánica de Salud, que en el capítulo III referido a la atención médica establece que la atención de salud será prestada por establecimientos que cuenten con los servicios de atención correspondientes, que atendiendo al grado de complejidad podrá ser un nivel de atención básico o especializado.²

Resulta evidente que, tanto la institución de salud como los médicos tratantes, prestan un servicio a cambio de una contraprestación de

¹ Artículo 2. A los efectos de esta Ley, se entiende por ejercicio de la medicina la prestación de atención médica preventivo-curativa a la población, por parte de los profesionales médicos y médicas, mediante acciones encaminadas a la promoción de la salud, prevención de enfermedades, reducción de los factores de riesgo, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno, restitución de la salud y rehabilitación física o psico-social de las personas y de la colectividad en los ámbitos familiar, comunitario, laboral y escolar; la determinación de las causas de muerte; el peritaje y asesoramiento médico-forense, así como la investigación y docencia en las ciencias médicas. Ley del Ejercicio de la Medicina. Gaceta Oficial N° 39.823, del 19 de diciembre de 2011.

² Artículo 28.- La atención integral de la salud de personas, familias y comunidades, comprende actividades de prevención, promoción, restitución y rehabilitación que serán prestadas en establecimientos que cuenten con los servicios de atención correspondientes. A tal efecto y de acuerdo con el grado de complejidad de las enfermedades y de los medios de diagnóstico y tratamiento, estos servicios se clasifican en tres niveles de atención. Ley Orgánica de Salud. Gaceta Oficial N° 36.579 de fecha 11 de noviembre de 1.998.

carácter económico, dicha prestación de servicio variará atendiendo a las circunstancias particulares de cada paciente que acude al centro de salud o al médico tratante.

Ahora bien, resultaría importante determinar si al referirse el legislador a la prestación de atención médica podría esto equipararse a un contrato de prestación de servicio, y en consecuencia, aplicar el régimen jurídico de los contratos en Venezuela al ejercicio profesional del médico o del centro de salud.

En cuanto al contrato de prestación de servicios, es importante citar la definición de la doctora Claudia Madrid Martínez en el libro *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*, la cual establece lo que a continuación se transcribe:

A pesar de la evidente heterogeneidad de la noción de servicio, podemos extraer ciertos caracteres comunes. En primer lugar destaca que se trata de una actividad, es decir, de un hacer. Tal actividad debe ser necesariamente desarrollada de manera independiente; de allí la nota de profesionalidad presente en el servicio, por lo cual esta noción es de gran importancia para su concepto. Comúnmente, se entiende por profesional toda persona que, en virtud de un título de idoneidad, se dedica a servir una profesión al público, como sucede con los médicos, abogados, notarios, peluqueros, arquitectos, mecánicos, etc. El título de idoneidad refiere los especiales conocimientos que ha de tener una persona para poder prestar un servicio. Es profesional entonces quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos.

Siendo generalmente el prestador de servicios un profesional, se le reconoce cierta discrecionalidad, lo cual se traduce, a su vez en el reconocimiento de su autonomía para que, dentro de ciertos límites, este concrete el servicio a prestar, es decir, para que decida cuál, cómo y cuándo adoptará una resolución y no otra en orden a la prestación del servicio.³

³ Madrid Martínez, Claudia. «Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el derecho venezolano», en *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*. (Caracas, Venezuela/Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y, Asociación Venezolana de Derecho Privado, 2007), 505-506.

Asimismo, la doctora Claudia Madrid Martínez define el servicio como:

Un servicio es toda actividad profesional –obligación de hacer– prestada de manera independiente, por personas naturales o jurídicas, sean estas de carácter público o privado, que no tengan por objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes muebles, el traslado o cesión de derechos reales o intelectuales, sino que más bien genere principalmente derechos de crédito, y realizada a título oneroso. La gratuidad y destino final serán considerados a los efectos de la aplicabilidad del Derecho de Consumo.⁴

De las definiciones ut supra citadas, resulta evidente concluir que tanto la actividad del médico como de los centros de salud pueden fácilmente ser consideradas contratos de prestación de servicios, toda vez que realizan una obligación de hacer -que a grandes rasgos podrán mencionarse el diagnóstico de patologías, tratamiento de las mismas, prevención de enfermedades y restitución de la salud- y tal obligación de hacer es realizada por estos a título oneroso.

Dicho esto, es menester aclarar que el contrato de prestación de servicios es un contrato innominado, y por ende le son aplicables las disposiciones de nuestro Código Civil venezolano, el cual establece en el artículo 1.140, que todos los contratos que tengan denominación especial o no están sometidos a las reglas generales establecidas en el título III de dicho código.⁵

Ahora bien, otro punto que debe ser aclarado a los fines de determinar el alcance de la obligación del médico o de la institución, y por ende de su responsabilidad, es necesario determinar si estamos ante una obligación de hacer de medios o de resultados.

Hay quienes afirman que se trata de una obligación de medio, toda vez que el profesional de la salud se compromete a suministrar sus cuidados y procura obtener un diagnóstico oportuno y seguro, limitando su actuación siempre a intentar realizar su actividad de la forma más satisfactoria para el paciente, pero sin poder garantizarlo, pues en algunas ocasiones el éxito o no de su actuación podría recaer en el paciente. Por

⁴ Ibidem. 507.

⁵ Código Civil Venezolano. (Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982).

su parte, Aubín Urdaneta señala respecto a las obligaciones de hacer de los médicos:

El médico en su actividad profesional, a través de la prestación de sus servicios profesionales, asume con el paciente una obligación, la cual, dentro de la clasificación general de las obligaciones es considerada una obligación de medio y no de resultado. Esto es, que el médico se compromete a suministrar sus más solícitos cuidados en procura de obtener un oportuno y seguro diagnóstico. Entonces, podría aplicar un tratamiento efectivo y adecuado, cuando el paciente así lo consienta, tomando entonces todas las precauciones que la ciencia y la práctica profesional general le recomiendan.⁶

Para concluir la sección I de este trabajo de investigación, es necesario mencionar que no es necesario la existencia de un contrato formal o escrito para aplicar las disposiciones comunes a los contratos establecidas en el Código Civil venezolano como ya fue explicado con anterioridad, ya que de acuerdo al criterio doctrinario de Melich-Orsini la regla propia del derecho moderno es que los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, sin que sea requerido el cumplimiento de alguna formalidad o exigencia para ello,⁷ es por ello, que podemos afirmar que existe el contrato de prestación de servicios entre el médico y el paciente, o el centro de salud y el paciente, aunque el mismo no conste en un documento escrito y autenticado.

II. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LAS CLÍNICAS DE FERTILIDAD Y EL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO

En los últimos años las clínicas de fertilidad han tenido un auge importante, siendo cada vez más las personas que recurren a sus servicios, ya que en estas instituciones no solo se realizan procedimientos de re-

⁶ Aubín Urdaneta Morales. «El daño médico y su responsabilidad derivada: implicaciones civiles y penales.» *Anuario de Derecho* N° 32. (2015): 167, doi: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ANUARIOULA/32/ANUARIOULA_2015_32_165-183.pdf

⁷ Melich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2017), 41.

producción asistida como lo son la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, sino que además, ofrecen otra serie de servicios como lo son el acceso a bancos de semen, bancos de óvulos, vitrificación de embriones, servicios de embrioadopción o embriodonación, ovodonación, donación de semen, procedimientos de vitrificación ovular y vitrificación de espermatozoides, que pueden ser conocido también como técnicas de criopreservación.⁸

La razón de ser de estas dos últimas técnicas, es que cada día son más las personas que deciden retrasar la decisión de ser padres, y acuden a estas nuevas técnicas con el fin de asegurar que llegado el momento de querer iniciar una familia puedan recurrir a su material genético previamente conservado en estas instituciones. Asimismo, los Centros de Fertilidad proveen acceso a bancos de óvulos, semen y embriones, a aquellas personas que por diversos motivos tienen problemas para de manera natural concebir un hijo.

Ahora bien, estos servicios que suelen tener costos elevados son realizados por clínicas especializadas, pero en muchas de estas instituciones suelen suministrar a las partes para su firma consentimientos médicos informados, y no contratos escritos contentivos de las cláusulas que rigen la relación entre el centro de salud, el médico y el paciente, considerando que todos estos juegan un rol fundamental dentro del proceso que persigue como fin último la concepción y feliz término del embarazo.

El consentimiento médico informado ha sido promovido con la intención de disminuir el número de demandas por mala praxis médica, y es generalmente definido como la aceptación del paciente del procedimiento a ser aplicado por el médico tratante. No obstante, podemos citar la definición que hace el Comité de Bioética de Cataluña, según la cual:

El consentimiento informado (CI) tiene que entenderse como la aceptación por parte de un enfermo competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de tener la información adecuada para implicarse libremente en la decisión clínica.

⁸ FERTILAB, acceso 29 de julio de 2021, http://www.fertilab.net/fertilab/nosotros/quienes_somos_1

Los requisitos básicos son: libertad, competencia e información suficiente. Por lo tanto, tiene que entenderse como fruto de la relación clínica, siempre basada en dos pilares insustituibles e inconfundibles: la confianza y el proceso de información más o menos complejo. Tendría que favorecer la comprensión del procedimiento propuesto, decir en qué consiste, las alternativas posibles, la oportunidad y los resultados esperados (con beneficios, secuelas y riesgos), con el fin de llegar a una decisión, ya sea de elección, de aceptación o de rechazo.⁹

Por su parte, para la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, conocida por sus siglas REDLARA, el consentimiento informado en técnicas de reproducción no consiste en una mera aceptación, ellos señalan que:

El Consentimiento informado en Técnicas de Reproducción Asistida tiene un doble objetivo:

1. Dar apoyo para que la pareja tratada tenga conocimiento y comprenda todo aquello a lo que se va a someter y pueda tomar decisiones informada.
2. Servir de respaldo para el equipo de profesionales del centro que interviene, en el sentido de haber informado a la pareja en relación a costos y beneficios del tratamiento.

La noción de Consentimiento no se reduce a un formato de aceptación, si no que contempla el proceso de adquisición de información por parte de la pareja con el propósito de poder tomar una decisión respecto a su participación en un tratamiento con Técnicas de Reproducción Asistida.¹⁰

En este sentido, es preciso señalar que la Red Latinoamericana de Reproducción asistida (REDLARA) antes mencionada, es una institución científica y educacional fundada en 1.995, que agrupa a más del noventa por ciento de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica.¹¹ Dicha institución con ocasión a la celebra-

⁹ Comité de Bioética de Cataluña, *Guía Sobre el Consentimiento Informado* (Cataluña: 2002), 8.

¹⁰ Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, «Formularios de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida» (2001): acceso el 29 de julio de 2021, <https://redlara.com/images/arq/Consentimientos%20informados.PDF>

¹¹ REDLARA, acceso el 29 de julio de 2021, <https://redlara.com/Default.asp?>

ción del IV Taller de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida realizado en el año 2.000 en Brasil, comenzó a elaborar consentimientos informados para las distintas técnicas de reproducción asistida con el fin de unificar los distintos criterios existentes al respecto, tales documentos hoy día son usados por las instituciones médicas que forman parte de esta RED y se encuentran acreditadas por ella.

En Venezuela, contamos con seis instituciones de salud que prestan servicios de técnicas de reproducción asistida afiliados y acreditados a REDLARA, a saber, la Clínica de Fertilidad del Centro Médico Docente La Trinidad, EMBRIOS Centro de Fertilidad y Reproducción Humana Asistida, FERTILAB Venezuela, Instituto Venezolano de Fertilidad, Laboratorio In Vitro Venezuela - Clínica Falcón, y, Unidad de Fertilidad Dr. Isaac Benjamín y Dr. Jorge Lerner, Clínica El Ávila.¹² En la mayoría de los casos, estos centros de fertilidad adoptaron los consentimientos informados de REDLARA que se encuentran a disposición de estos y a cuyo formato puede accederse en la página web de esta institución.

No obstante, considerando que la labor de estos centros de fertilidad resulta de tanta complejidad y responsabilidad, nos lleva a plantearnos si es posible que en lugar de adoptar los consentimientos informados, las clínicas de fertilidad celebren contratos de prestación de servicios con los pacientes que acuden solicitando la evaluación, diagnóstico y posible técnica de reproducción asistida de acuerdo a las circunstancias propias de cada caso, ya que en sí misma, la labor de estas instituciones y sus doctores es la prestación de un servicio, que podría ser regido por un contrato con cláusulas redactadas de tal manera que pudiesen ser protegidos aspectos importantes de esta relación entre las partes, como lo sería la confidencialidad y la protección del material genético de los pacientes con el cuidado requerido para ello.

Difícilmente podría concluirse que los consentimientos informados utilizados por doctores y centros de salud son contratos, pues tanto en el caso del doctor y el paciente se trata de una declaración de estas donde aceptan conocer la situación de salud o el procedimiento médico a utilizar, para de alguna manera, proteger el ejercicio profesional del

¹² REDLARA, acceso el 30 de julio de 2021, https://redlara.com/quem_somos.asp?MYPK3=-Centros¢ro_pais=Venezuela

médico, y no un contrato en el que las partes indican el procedimiento al que se someten, las condiciones pactadas, y la contraprestación correspondiente.

Ahora bien, al hacer un análisis del ordenamiento jurídico venezolano no encontramos leyes dictadas acerca de los procedimientos de reproducción humana, ni de los recursos que tienen las partes ante las clínicas por errores cometidos en la aplicación de estas técnicas, si la institución viola el acuerdo no escrito de anonimato de los donantes de óvulos o semen, o -aunque sin ánimos de alejarnos del espíritu de este trabajo que es sobre materias susceptibles de ser pactadas en un contrato-, no existen normas en el ordenamiento jurídico venezolano que regule si los embriones entrarían en la repartición de bienes con motivo a la disolución de la comunidad conyugal en caso de divorcio de una pareja que decidió someterse a una técnica de reproducción asistida y congeló sus embriones, o normas relativas a la disposición del material genético en caso de que el paciente quede inhabilitado o fallezca.

En el año 2006 el Tribunal Supremo de Justicia en el caso Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad, en el cual se disputaba el uso del semen de su esposo fallecido quien antes de iniciar un tratamiento de salud que podía comprometer su fertilidad decidió someterse a la técnica de reproducción asistida de vitrificación de espermatozoides ante el Centro Médico Docente la Trinidad con la intención de superada la enfermedad iniciar un proceso de fertilización in vitro con su esposa, sin embargo, el esposo falleció sin hacer uso de los espermatozoides y quedaron las muestras congeladas en la institución, la causante quería hacer uso de ellos a través de un procedimiento de fertilización in vitro pero la clínica de fertilidad se negó a esto, alegando que el causante no había dejado un consentimiento firmado donde permitiera el uso de su material genético en caso de fallecimiento. En este caso el Tribunal Supremo declaró parcialmente con lugar la acción intentada alegando lo siguiente:

2.- Declara PARCIALMENTE CON LUGAR la acción de amparo constitucional ejercida por YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, contra el GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD C.A. del CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD. En

consecuencia, se ordena completar el CICLO DE FERTILIZACIÓN IN VITRO en la persona de YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, a instancias de ella, con la muestra espermática del causante D.J.G.M., cumpliendo rigurosamente con todos los extremos exigidos para tal fin, incluyendo un estudio de cromosomas de la muestra espermática criopreservada, si así lo estima la actora, la cual será realizada por el Instituto de Medicina Experimental de la Universidad Central de Venezuela, por medio del Laboratorio de Genética Humana y Experimental, a las solas expensas de la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY.

3.- Aunque es competencia natural de los Tribunales de Primera Instancia de Familia o de Niños y Adolescentes, a quienes correspondería esta declaración, esta Sala por haberse subrogado en los Tribunales nombrados, debido al avocamiento, reconoce la filiación de hijo matrimonial de quien naciere de esta reproducción asistida, y ordena su inscripción en el Registro del Estado Civil, con tal condición.

4.- Se fija un lapso de cuatro meses para que la accionante decida si la fecundación in Vitro se la practica el Grupo Médico de Fertilidad C.A. u otra institución médica a la cual trasladará la muestra de semen que deberá ser entregada por la parte accionada; o simplemente desista de practicarse dicha técnica de reproducción asistida, en cuyo caso deberá desecharse dicha muestra.¹³

Esta sentencia a pesar de alejarse un poco del tema de investigación de este trabajo, es de gran importancia para las técnicas de reproducción asistida, porque da respuesta a la interrogante de ¿Quién dispone de las muestras que permanecen en los centros de fertilidad en caso de fallecimiento de la persona que firmó el consentimiento?, pero a su vez, nos anima a pensar que por ser una materia relativamente reciente y con poca regulación jurídica en el país requiere una regulación normativa, doctrinaria y contractual propia que permita ajustarse con un poco de flexibilidad a cada caso particular.

¹³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 1456 del 27 de julio de 2006, caso: Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad.

Retomando el punto central de esta sección del trabajo de investigación, considero que por la naturaleza de la obligación pactada por las instituciones y aún más, por la escasa regulación normativa que existe en la materia, se hace necesario plantearnos la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicio entre las clínicas de fertilidad, el médico tratante y el paciente.

Es preciso recordar que las técnicas de reproducción asistida persiguen un fin específico, el cual es concebir un hijo, y al ser la familia una institución particularmente protegida por nuestra carta magna,¹⁴ debemos ser especialmente cautelosos con los aspectos que pueden ser regulados en un posible contrato, esto en el entendido que no podrían ser incluidas cláusulas que sean contrarias a las normas de orden público.

En este sentido, podemos citar al doctor Ramón Escovar León cuando explica que *el orden público interno se encuentra en todas aquellas disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico cuya aplicación no es disponible por la voluntad de los particulares*.¹⁵ De lo antes citado podemos concluir que los contratos que sean celebrados por las partes no podrían de manera alguna establecer cláusulas donde se modificasen el contenido de estas normas, pues al ser catalogadas como normas de orden público no están sujetas a la autonomía de la voluntad y por ende no pueden ser relajadas.

Dicho esto, sería útil plantearnos que aspectos sí pueden ser regulados en estos contratos de prestación de servicio. De manera general, los contratos celebrados entre las clínicas, doctores y pacientes deben regular todos aquellos aspectos relevantes para la realización de su actividad, tales como el tratamiento elegido por el paciente, el precio del

¹⁴ Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la patria potestad. (Omissis). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Con enmienda N° 1 del 15 de febrero de 2009. Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

¹⁵ Escovar Alvarado, Ramón, «El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual», en *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini* (Caracas, 2012), 529.

tratamiento o los costos de mantenimiento en casos de criopreservación, las partes que pueden disponer del material genético en caso que alguno de ellos quede inhabilitado, el plazo de duración del tratamiento, y en casos de criopreservación el plazo durante el cual la clínica de fertilidad se compromete a conservar y proteger el material genético, debido a lo delicado de la materia podrían ser incluidas cláusulas de confidencialidad, y sin duda, en los casos de donantes de esperma, óvulos o embriones deben ser incluidas cláusulas de protección de la información del paciente donante, o de anonimato.

III. ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS CENTROS DE FERTILIDAD.

Para pasar a analizar el último punto de este trabajo, analizaremos dos casos hipotéticos donde si bien se tratan temas que podrían estar vinculados al derecho a familia o la patria potestad, también tenemos derechos económicos, como lo sería el resarcimiento por daños y perjuicios.

La primera hipótesis versaría sobre ¿Qué sucedería si una pareja acude a un centro de fertilidad para solicitar uso de los bancos de semen, óvulos o embriones y la clínica de fertilidad les indica quien es el donador de la muestra genética luego de realizar el procedimiento elegido, cuando se trataba de una donación anónima?

Otra de las situaciones hipotéticas que podemos ejemplificar en este trabajo, sería el caso de una pareja que acude a un centro de fertilidad para intentar un procedimiento de fertilización in vitro con material genético de ambos, pero por error del Centro de Fertilidad desecha la muestra médica del esposo y utiliza muestras del banco de semen, la pareja se entera de la sustitución y quieren demandar a la clínica por incumplimiento de contrato, pues ellos especificaron que querían utilizar el material genético de ambos, ¿podrían acudir a arbitraje para demandar el incumplimiento?

Para poder dar respuestas a estas hipótesis, debemos enfatizar que en este trabajo de investigación hemos concluido que tanto las clínicas de fertilidad como los doctores prestan un servicio, y en consecuen-

cia, estamos ante un contrato innominado de prestación de servicio de técnicas de reproducción asistidas. No obstante, la sola existencia del contrato no implica que las controversias derivadas del incumplimiento de alguna de las cláusulas del mismo puedan ser resueltas mediante arbitraje o algún otro método de resolución de conflictos, para ello sería necesario el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje.

Ahora bien, para que las partes puedan celebrar un acuerdo arbitral válido, es necesario analizar si estas controversias podrían ser arbitrables y los aspectos que pueden ser sometidos a la jurisdicción arbitral, esto en el entendido que hay aspectos que por su propia naturaleza son competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

Para dar respuesta a esta interrogante es necesario precisar algunos aspectos en cuanto a la arbitrabilidad de las controversias y al acuerdo arbitral.

En cuanto a si la materia objeto del contrato es arbitrable o no, nos estamos refiriendo a la arbitrabilidad objetiva de la controversia. Sobre este particular, el doctor Ramón Escovar Alvarado explica que la arbitrabilidad objetiva está referida al campo y a los límites de los tópicos que pueden ser sometidos a arbitraje.¹⁶ Asimismo, el doctor Escovar Alvarado¹⁷ indica que los tribunales arbitrales pueden conocer y decidir las mismas controversias que pueden ser conocidas por los tribunales mercantiles.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje Comercial en el artículo 3 establece que podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.¹⁸

De lo antes expuesto, se evidencia que el arbitraje se limita a dos aspectos, el primero aspecto es que el arbitraje debe versar sobre materias que pueden ser objeto de transacción, y, en segundo lugar, pueden ser conocidas por los tribunales arbitrales aquellas materias que pueden ser sometidas a la jurisdicción mercantil, esto último, ya que debemos recordar que las materias relativas al estado civil, filiación y capacidad de las personas son de competencia exclusiva de los tribunales civiles, estas no son transigibles, y en consecuencia, no pueden ser arbitradas.

¹⁶ *Ibidem*, 528.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

En lo que respecta al Acuerdo Arbitral, es necesario hacer algunas precisiones acerca de la naturaleza de este acuerdo y acerca de las formalidades exigidas por Ley a las partes para la validez de este tipo de acuerdos.

En primer lugar, debemos recordar que el acuerdo arbitral se fundamenta en la autonomía de voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje, renunciando de esta manera a que estas puedan ser demandadas ante la jurisdicción ordinaria, de allí que la doctrina defina el acuerdo de arbitraje como un contrato, independientemente que este sea redactado de manera separada o contenido en una cláusula dentro del contrato principal.

A los fines de profundizar sobre la naturaleza contractual del acuerdo arbitral, es importante aclarar que diversos autores venezolanos se refieren de manera indistinta a los términos Acuerdo Arbitral o Contrato de Arbitraje Comercial. Aclarado esto, citaremos la definición del doctor Luis Alfredo Araque sobre el contrato de arbitraje comercial:

El contrato de arbitraje, que llamaremos a efectos del presente trabajo, y según la terminología universalmente aceptada, el Acuerdo de Arbitraje y/o Cláusula de Arbitraje o Compromisoria, es un contrato en el cual sus partes se comprometen a someter a decisión de árbitros la delimitación de los derechos y obligaciones disponibles y controvertidos, surgidos o que puedan surgir entre ellas con motivo de un contrato diferente al propio acuerdo de arbitraje o de una obligación de índole extracontractual. El acuerdo incluye, además, la obligación de abstenerse de plantear tales conflictos ante la jurisdicción ordinaria, y el consentimiento expreso e irreversible que dará lugar a la contratación futura de los árbitros y del Centro de Arbitraje cuando el arbitraje es pactado como institucional.¹⁹

Esta definición del doctor Araque es cónsona con el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial antes citada, el cual establece la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje consista en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente.

¹⁹ Araque, Luis Alfredo, *Manual del Arbitraje Comercial* (Caracas, 2011), 41.

Dicho esto, es preciso señalar que por tratarse el acuerdo arbitral de un contrato, y considerando que la Ley de Arbitraje Comercial no hace mención acerca de los requisitos relativos a la capacidad para celebrar el acuerdo, se deben aplicar las mismas condiciones aplicables a cualquier contrato de acuerdo a nuestro código civil, por ello, autores como Luis Alfredo Araque, Carlos Eduardo Acedo, Gilberto Guerrero-Rocca y Pedro Planchart Pocaterra consideran que cualquier persona natural o jurídica puede celebrar un contrato por sí misma a menos que alguna norma legal disponga otra cosa, asimismo, señalan que cuando se trata de personas naturales sometidas a incapacidades o limitaciones, se puede requerir a representación o asistencia legal que corresponda y además, en muchos casos, una autorización judicial previa cuando el acto que se pretende realizar exceda la simple administración.²⁰

De lo expuesto, se concluye que el acuerdo arbitral es un contrato celebrado por las partes, que puede formar parte de un contrato principal o independiente, para el cual se requiere el consentimiento inequívoco otorgado por las partes de someter sus controversias a la decisión de uno o más árbitros.

Por último, respecto a la formalidad del acuerdo arbitral, la Ley de Arbitraje Comercial dispone en el artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6°. El acuerdo arbitral deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.

De la redacción del artículo ut supra citado, se evidencia que para poder hacer valer el acuerdo arbitral y resolver las controversias suscitadas mediante arbitraje, el acuerdo debe constar por escrito, toda vez

²⁰ Araque, Luis Alfredo et al., «El Acuerdo de Arbitraje», en *El Arbitraje en Venezuela, Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas, 2013), 169-170.

que es el documento que hace constar la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje.

Si bien los contratos de prestación de servicio de los centros de fertilidad pueden establecer cláusulas arbitrales o redactar acuerdos de arbitraje independientes para aquellos aspectos de la relación susceptibles de transacción, resulta imprescindible que esta se haga constar por escrito, pero además, considerando que hay aspectos de la relación que como bien dijimos no pueden ser resueltos por la vía arbitral, deberá indicarse en el acuerdo arbitral en qué casos podrán las partes acudir a arbitraje para solucionar los conflictos surgidos.

A fin de dar respuesta al planteamiento inicial, actualmente pareciera que ante una situación similar donde el centro de salud incumple el acuerdo de anonimato las partes no pueden exigir el resarcimiento del daño, o solicitar una indemnización por la vía amigable, quedando solo la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, siendo esto perfectamente arbitrable por tratarse de una materia que podría ser conocida por los tribunales mercantiles, pues la disputa versaría sobre una obligación de no hacer, la cual puede ser enfocada desde dos puntos de vista, por una parte la obligación de la clínica de fertilidad y del médico tratante de no revelar la información personal del donante de la materia genética al paciente, y, de otra parte, la obligación de la clínica de fertilidad de no revelar al donante los datos personales de la persona o pareja que hizo uso de la muestra genética. Situación similar ocurriría si la clínica de fertilidad incumpliera una cláusula de confidencialidad prevista en el contrato entre las partes, esto podría ser resuelto a través de mediación o arbitraje si contasen las partes con un acuerdo arbitral.

Por otro lado, es preciso señalar que actualmente las clínicas no cuentan con contratos que permitan a las partes demandar por incumplimiento de contrato, y mucho menos acudir a la vía arbitral, no obstante, si existiese el acuerdo arbitral en el caso hipotético en principio no existiría impedimento de las partes de demandar a la clínica por el incumplimiento e incluso a solicitar un resarcimiento por los daños ocasionados, siempre que la demanda no verse sobre los derechos de filiación del embrión fecundado, o la renuncia a la patria potestad en caso de feto nacido vivo, demandas que competen de forma exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

IV. CONCLUSIONES

Actualmente, las partes que acuden a los centros de fertilidad no tienen mecanismos para hacer valer sus derechos antes estas instituciones. De igual modo ocurre con los centros de fertilidad, quienes en principio no tienen mecanismos idóneos para solucionar los conflictos que surgen por el incumplimiento de las partes en sus obligaciones, como sería el caso del pago de la contraprestación pactada. Por lo cual, a la hora de un eventual conflicto la solución aparente es resolver la relación entre ambos o acudir a la jurisdicción ordinaria.

Ante contrataciones como las planteadas en este trabajo, es necesario separar los aspectos mercantiles y los civiles, toda vez que las demandas por incumplimiento de cláusulas de confidencialidad, anonimato e incluso el resarcimiento por no cumplir con lo pactado en el contrato podría ser sometido a la jurisdicción arbitral sin mayor inconveniente.

Es por esto que se concluye que en las relaciones entre las clínicas de fertilidad y los pacientes, o, los médicos y los pacientes, o incluso entre la clínica, el médico y el paciente, se pueden celebrar contratos de prestación de servicios a fines de regular las obligaciones de ambas partes en las diversas técnicas de reproducción asistida, tales como el tratamiento elegido por el paciente, el precio del tratamiento o los costos de mantenimiento en casos de criopreservación, las partes que pueden disponer del material genético en caso que alguno de ellos quede inhabilitado, el plazo de duración del tratamiento, y en casos de criopreservación el plazo durante el cual la clínica de fertilidad se compromete a conservar y proteger el material genético, debido a lo delicado de la materia podrían ser incluidas cláusulas de confidencialidad, y sin duda, en los casos de donantes de esperma, óvulos o embriones deben ser incluidas cláusulas de protección de la información del paciente donante, o de anonimato; incluyendo acuerdos arbitrales entre las partes con el propósito de garantizarle a las partes que puedan resolver las controversias en plazos mucho más cortos y con un procedimiento flexible que les permita satisfacer sus pretensiones,

REFERENCIAS

- Araque Benzo, Luis Alfredo, Carlos Eduardo Acedo Sucre, Gilberto Guerrero-Rocca, y Pedro Luis Planchart Pocaterra. «El Acuerdo de Arbitraje.» En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial.*, 169-170. Caracas, 2013.
- Araque, Luis Alfredo. *Manual del Arbitraje Comercial.* Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Cataluña, Comité de Bioética de. *Guía Sobre el Consentimiento Informado.* Cataluña, 2002.
- Escovar Alvarado, Ramón. «El Arbitraje Comercial Frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual.» En *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini.*, 526. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012.
- Madrid Martínez, Claudia. «Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el derecho venezolano.» En *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*, de Oscar Ochoa, y otros, 505-506. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y, Asociación Venezolana de Derecho Privado., 2007.
- Melich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato.* Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas., 2017.
- (REDLARA), Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. *Formularios de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida.* 2001.
- Urdaneta, Aubín. «El Daño Médico y su Responsabilidad Derivada: Implicaciones Civiles y Penales.» *Anuario de Derecho* N° 32, 2015: 167.

LEYES CONSULTADAS

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Con enmienda N° 1 del 15 de febrero de 2009. Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.
- Código Civil Venezolano. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
- Ley del Ejercicio de la Medicina. Gaceta Oficial N° 39.823, del 19 de diciembre de 2011.

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998. Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 1456 del 27 de julio de 2006, caso: Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad.

OTRAS REFERENCIAS CONSULTADAS

Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, «Formularios de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida» (2001): acceso el 29 de julio de 2021, <https://redlara.com/images/arq/Consentimientos%20informados.PDF>

REDLARA, acceso el 29 de julio de 2021, <https://redlara.com/Default.asp?>

INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS: FALTA DE JURISDICCIÓN O ADMISIBILIDAD



JOSÉ NICOLÁS RINASCENTE VARGAS*

Resumen: Se analiza la principal consecuencia del incumplimiento de las cláusulas escalonadas en el arbitraje, a la luz de las posiciones doctrinarias que se inclinan por la falta de jurisdicción y las posiciones que la consideran como una causal de inadmisibilidad. Se hace mención a sentencias emblemáticas de los Estados Unidos de América e Inglaterra.

Palabras Clave: cláusulas escalonadas, jurisdicción, admisibilidad.

Abstract: The main consequence of the breach of the escalation clauses in arbitration is analysed in the light of the doctrinal positions that favor the lack of jurisdiction and the positions that consider it as a ground of inadmissibility. Mention is made of emblematic judgments from United States of America and England.

Keywords: escalation clauses, jurisdiction, admissibility.

INTRODUCCIÓN

Las cláusulas escalonadas o cláusulas multinivel (*escalation clauses, multistep clauses or multitier clauses*) son aquellas que prevén la utilización de un mecanismo de resolución de conflictos o incluso varios de ellos, antes de someter el conflicto a arbitraje. Pueden ser de diversas formas y contener combinación de distintos mecanismos, como son la negociación entre directivos de las partes en conflicto, mediación, juntas de controversias, consultas no vinculantes a expertos, entre otros.

Una de las principales funciones de la cláusula escalonada, es lograr que sean las partes quienes lleguen a un acuerdo mediante la utilización de mecanismos de consenso, colaborativos y flexibles, que permitan solucionar el conflicto y continuar con la relación comercial, especial-

* Abogado, mención *Magna Cum Laude*, egresado de la Universidad Fermín Toro en 2007.

mente importante si se trata de un contrato de tracto sucesivo o a largo plazo. De esta forma se evita quedar sujetos a la decisión de un tercero (árbitro), en un procedimiento más costoso y que podría afectar la relación comercial entre las partes.

Sin embargo, la forma en que se planteen las cláusulas escalonadas podría generar más problemas que beneficios. Si el mecanismo no está claramente establecido y definido, surgen las dudas sobre su obligatoriedad e incluso sobre las consecuencias de su incumplimiento. La jurisprudencia en los Estados Unidos de América ha hecho hincapié en el concepto de *definiteness* o precisión de las cláusulas escalonadas para que éstas sean efectivas, en tal sentido señala Bernal “Dicho concepto hace referencia a que a fin de que los primeros escalones de las cláusulas en mención sean obligatorios y ejecutables, es necesario que los mismos estén redactados de forma clara y expresa”¹.

Por otra parte, aún persiste la discusión sobre las consecuencias que produce el incumplimiento de la cláusula escalonada: si no se cumple con el procedimiento descrito en la cláusula escalonada ¿el tribunal arbitral carecería de jurisdicción y no podría conocer del asunto? o ¿el tribunal arbitral siempre tiene jurisdicción pero debe verificar si el incumplimiento de un requisito previo hace inadmisibile la solicitud de arbitraje en ese momento?

TIPOS DE CLÁUSULAS ESCALONADAS

Dependiendo de la forma cómo se ha previsto la cláusula y por tanto las obligaciones de las partes en este supuesto, se pueden clasificar en cuatro tipos:²

- a) Cláusulas que no crean obligaciones, son aquellas en que las partes expresan su intención de considerar someterse a algún mecanismo alternativo de resolución de conflictos antes de acudir al arbitraje. Pero no hay mayor detalle ni especificación del mecanismo

¹ Rafael Bernal et al. “Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia”, Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones, Vol. 5 N° 1 (2012): https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13065/1/Clausulas_Bernal_et_al_Arbitraje_2012.pdf

² Charles Jarrosson, “Legal issues raised by ADR”, Business: Practice and Issues across Countries and Cultures II, Kluwer Law International (2011).

y su aplicación, por lo que se reduce a que las partes ya en conflicto decidan acordar estos detalles para llevar a la práctica lo estipulado en la cláusula. El incumplimiento no causaría ninguna sanción porque al ser tan indeterminada la cláusula, no hay forma de verificar el incumplimiento.

- b) Cláusulas que crean obligaciones limitadas, son aquellas que contemplan la propuesta y discusión de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos antes de acudir al arbitraje, pero no requiere que se lleve a término y ni siquiera que se inicie el mecanismo. Bastaría en este caso una notificación a la otra parte para iniciar el mecanismo, de forma que se tenga constancia del cumplimiento del requisito, y si no se tiene respuesta de la otra parte, poder iniciar el arbitraje.
- c) Cláusulas que crean obligaciones temporales, en este tipo las partes se obligan a no iniciar el arbitraje hasta que no transcurra el lapso previsto en la misma o en el reglamento al que hagan referencia, bien sea desde el inicio de una solicitud de mediación u otro mecanismo o desde la notificación a la otra parte para iniciarlo. Una vez que transcurra el lapso, las partes quedarían legitimadas para acudir al arbitraje.
- d) Cláusulas cuyo cumplimiento no se verifica con el simple agotamiento de un lapso o la notificación de la otra parte; en estas cláusulas deben agotarse los mecanismos tal y como se han establecido. Ejemplos de estas se presentan en los casos de daños en contratos de fusiones y adquisiciones (*mergers and acquisitions*) y en los contratos de construcción, donde hay diferentes tipos de mecanismos previos al arbitraje, como son los previstos en las cláusulas FIDIC³; cláusulas NEC3⁴ y cláusulas ICC

FALTA DE JURISDICCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA ESCALONADA

Una de las posiciones sostenida en distintos países, ha sido que al incumplir con lo previsto en una cláusula escalonada, no se

³ *Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils* (FIDIC).

⁴ Cláusulas del modelo *New Engineering Contract* del *Institution of Civil Engineers* (ICE)

activa la cláusula de arbitraje, por lo tanto el tribunal arbitral no tiene jurisdicción para conocer de la disputa. En ese sentido en la sentencia *Kemiron Atlantic Inc. v. Aguakem International Inc.*⁵ se señaló que

Por lo tanto, bajo el lenguaje simple del contrato, para invocar la cláusula de arbitraje, cualquiera de las partes debe realizar dos pasos: primero, Aguakem o Kemiron, debe solicitar la mediación y notificar a la otra parte. Si la mediación subsecuentemente falla, el arbitraje todavía no puede llevarse a cabo. La parte agraviada debe hacer un segundo paso, al notificar, bajo los términos del contrato que desea acudir al arbitraje. Luego, y solo luego, es que la cláusula de arbitraje se activa. [Traducción libre del autor].

Y en sentido similar en la sentencia *HIM Portland LLC v DeVito Builders Inc.*⁶ se estableció que:

Cuando las partes contratantes condicionan un acuerdo arbitral al cumplimiento de alguna condición precedente, el incumplimiento de la condición señalada imposibilitará a las partes de obligar al arbitraje y suspender los procedimientos bajo la FAA. Ya que ni HIM o DeVito alguna vez intentaron mediar la disputa, ninguna de las partes puede ser obligada a acudir a arbitraje. [Traducción libre del autor].

Por último, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Superior de Singapur en el caso *International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another*⁷.

Por lo tanto, hasta que la condición precedente al comienzo del arbitraje sea cumplida, ninguna de las partes del acuerdo de arbitraje está obligada a participar en el arbitraje. Del mismo modo, un tribunal arbitral no tendría jurisdicción antes que la condición precedente sea cumplida. [Traducción libre del autor].

⁵ 290 F.3d 1287, 1291 (11th Cir. 2002): https://caselaw.findlaw.com/us-11th-circuit/1356060.html#footnote_ref_3

⁶ 317 F.3d 41, 42 (1st Cir. 2003): <https://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1361817.html>

⁷ *International Research Corp PLC v. Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another* [2012] SGHC 226: [https://content.next.westlaw.com/Link/Document/Blob/15b54f11c1ef511e38578f7ccc38dcbec.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=69ee1255-61e9-4a69-b87e-d41ffc-9081b4&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/Link/Document/Blob/15b54f11c1ef511e38578f7ccc38dcbec.pdf?targetType=PLC-multimedia&originationContext=document&transitionType=DocumentImage&uniqueId=69ee1255-61e9-4a69-b87e-d41ffc-9081b4&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)

Estas interpretaciones pueden considerarse como visiones meramente contractualistas de las cláusulas escalonadas, al considerarlas como simples condiciones suspensivas de la cláusula de arbitraje y que su incumplimiento trae como consecuencia el no nacimiento de la obligación de arbitraje. Por supuesto esta visión, aunque depende en gran medida de la redacción de las cláusulas y del derecho aplicable, no se ajusta ni con el principio pro arbitraje ni con el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje ampliamente aceptados y reconocidos.

INADMISIBILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA ESCALONADA

La otra posición con relación al incumplimiento de lo previsto en las cláusulas escalonadas, es considerar que por no cumplirse lo previsto en ellas podría no admitirse la solicitud de arbitraje, hasta tanto se verifique el trámite del mecanismo alternativo de resolución de conflictos prearbitral, siendo esto facultad del tribunal arbitral según las circunstancias del caso, pero no se niega la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer ni tampoco la existencia y efectividad de la cláusula arbitral.

La Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *BG Group PLC v. Republic of Argentina*⁸, con relación a un tratado de inversión entre Gran Bretaña y Argentina, que establecía acudir primero a las cortes nacionales en casos de disputa y si en un determinado lapso no había decisión se podía entonces acudir a arbitraje, la Corte señaló lo siguiente refiriéndose a la cláusula que establecía este requisito:

Determina [la cláusula] *cuándo* la obligación contractual de arbitrar surge, no *si* existe del todo una obligación contractual de arbitrar Cf. 13 R. Lord, *Williston on Contracts* §38:7, pp. 435, 437; §38:4, p. 422 (4th ed. 2013) (una “condición precedente” determina qué debe suceder antes de que “una obligación contractual surja” pero eso no “hace depender que tenga validez el contrato” (énfasis añadido)). [Traducción libre del autor].

⁸ *BG Group PLC v. Republic of Argentina*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3115.pdf>. El lugar del arbitraje fue en Washington D.C. por eso el caso llegó hasta los tribunales de los Estados Unidos de América.

En el caso *Welborn Clinic v. Medquist Inc.*⁹, se indicó que el propósito de la cláusula escalonada “es indudablemente promover negociaciones exitosas para que ni el litigio ni el arbitraje sean necesarios, no preferir las cortes a un árbitro si las discusiones informales se rompen”, manteniendo así el criterio que una vez que se pacta una cláusula escalonada que incluye el arbitraje, en virtud del mismo principio pro arbitraje, el incumplimiento de los requisitos pre arbitrales no extingue la obligación.

Recientemente, el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales, en el caso *NWA and others v. NVF and others*¹⁰ ayudó a despejar el debate existente entre la falta de jurisdicción o causal de inadmisibilidad para estos casos. Se trata de una disputa donde había una cláusula escalonada que establecía la mediación de conformidad con los procedimientos de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA) y si en un término de 30 días después de haber comenzado la mediación no se lograba un arreglo, entonces podría acudir a arbitraje.

Cuando surgió una disputa, una de las partes solicitó el arbitraje y casi al mismo tiempo introdujo la solicitud de mediación, no cumpliendo así con exactitud lo establecido en la cláusula escalonada referente al lapso. La otra parte no participó en la mediación y aunque alegó la falta de jurisdicción en el procedimiento arbitral, éste se llevó a cabo y culminó en un laudo que fue recurrido.

Conforme a la ley inglesa, de considerarse el incumplimiento de la cláusula arbitral como una falta de jurisdicción, se permitiría ejercer el recurso de nulidad, mientras que si se considera como una causal de inadmisibilidad, será el tribunal arbitral quien resuelva y su decisión será definitiva. En términos de la sentencia del Tribunal Superior así lo expuso al resumir el asunto en cuestión:

Este caso plantea la interesante pregunta de si el incumplimiento por una parte de un término de un acuerdo de arbitraje en que las partes buscarían primero mediar un arreglo de su disputa antes de remitir a arbitraje, conlleva a que el tribunal arbitral no tenga jurisdicción para escuchar la disputa de ningún modo (por lo tanto ser susceptible del recurso bajo la sección 67 de la Ley de

⁹ 301 3d 634, 638 7th Cir. 2002: <https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1167286.html>

¹⁰ *NWA and others v. NVF and others* [2021] EWHC 2666: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/2666.html>

Arbitraje de 1996...o si se refiere solo a la impugnación de la admisibilidad de la disputa, en cuyo caso la decisión del tribunal [arbitral] es definitiva y no entra en el ámbito de aplicación de la sección 67 de la Ley.

La sentencia resalta que las partes al acordar la cláusula arbitral, aún con requisitos previos que debían cumplirse, decidieron someter siempre las disputas a arbitraje, por lo que debe entenderse que el incumplimiento de un requisito, como sería la mediación, no implica un cambio en la intención de las partes para llevar las disputas a los tribunales ordinarios; de hecho, concluir lo contrario “sería absurdo y no le daría sentido común comercial a la cláusula; ni le daría la interpretación que cualquier comerciante racional hubiese pretendido”¹¹.

Por último cabe destacar que en el caso *NWA and others v. NVF and others* la solicitud de arbitraje data de abril de 2019, el laudo se dictó en septiembre de 2020 y la decisión que negó el recurso de nulidad del laudo es de octubre de 2021. Si bien, el laudo no fue anulado, el incumplimiento del procedimiento previsto en la cláusula escalonada tal como pactaron las partes (lapso de 30 días después de comenzada la mediación para poder acudir a arbitraje) costó a la parte vencedora un año más discutiendo el caso en el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales.

Considerar el incumplimiento de la cláusula escalonada como una tema de admisibilidad de la solicitud de arbitraje, generalmente conlleva a analizar caso por caso si vale la pena llevar a cabo el mecanismo previsto en la cláusula o considerarlo innecesario y proceder con el arbitraje. De esta forma se cumple con la función propia del arbitraje de lograr celeridad en la resolución del conflicto.

En este sentido se ha desarrollado en distintas jurisdicciones criterios que pueden servir de guía al tribunal arbitral para determinar. Por ejemplo en el caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* la Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales señala los siguientes parámetros:

La naturaleza de la disputa, los méritos del caso, la extensión en la cual otros métodos de resolución se han intentado, el hecho de

¹¹ *NWA and others v. NVF and others* [2021] EWHC 2666: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2021/2666.html>

que los costos de los MASC serían desproporcionadamente altos, el hecho de que cualquier demora en llevar a cabo esos MASC hubiera sido perjudicial, y el hecho de que el MASC tenga una posibilidad razonable de éxito¹².

CONCLUSIONES

Los conflictos no son buenos para los negocios. El arbitraje ha demostrado ser una forma de dirimir las controversias entre comerciantes, en forma más rápida, efectiva y confiable que la justicia estatal. Sin embargo, al ser un método de solución de controversias cuya decisión depende de un tercero (el árbitro) y que cada parte presenta una posición contraria a la otra, la relación comercial puede verse afectada gravemente, llegando al punto que quien sea que resulte vencedor, la relación podría romperse por completo.

Las cláusulas escalonadas cumplen una función muy importante para evitar que una controversia, muchas veces sencilla, llegue al conocimiento de un tribunal arbitral, al agregar un procedimiento que implica la utilización de métodos de resolución de conflictos donde prevalece la colaboración entre las partes para la búsqueda de una solución favorable para todos los involucrados, y que permiten continuar la relación comercial e incluso la ejecución del contrato sobre el que versa la disputa, mientras se ventila la misma.

Existe una amplia combinación de fórmulas para una cláusula escalonada, que dependerá del tipo de contrato, de las partes, de la relación entre ellas, del ordenamiento jurídico aplicable etc. Lo más importante es que la cláusula sea redactada en términos claros y precisos (*definiteness*) para que no sea una simple declaración de buenas intenciones.

Cuando las partes manifiestan su intención de someter las disputas a arbitraje, esta manifestación debe interpretarse en el más amplio sentido. Es por esto que la interpretación hecha por varios tribunales, considerando el incumplimiento de los procedimientos previstos en una

¹² Rafael Bernal et al. “Las cláusulas escalonadas o multinivel: su aproximación en Colombia”, Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones, Vol. 5 N° 1 (2012): https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/13065/1/Clausulas_Bernal_et_al_Arbitraje_2012.pdf

cláusula arbitral como un impedimento para el nacimiento del compromiso arbitral y que el tribunal arbitral entonces carece de jurisdicción, vulnera el principio pro arbitraje y la autonomía de la voluntad de las partes.

Al contrario, recientemente varios tribunales han afirmado que el incumplimiento de la cláusula escalonada es un tema de admisibilidad, que debe resolver el tribunal arbitral. La resolución debe basarse, también tomando en cuenta los principios de celeridad y flexibilidad del arbitraje así como el texto mismo de la cláusula, en las circunstancias concretas del caso que permitan decidir si someter la disputa a los mecanismos de resolución de controversias sería útil en ese momento o si por el contrario, lo más beneficioso sería continuar con el arbitraje.

EL ACUERDO DE ARBITRAJE SOCIETARIO



DIEGO THOMÁS CASTAGNINO*

Resumen: El propósito del presente trabajo es identificar y explicar los elementos más importantes que debe contener un acuerdo de arbitraje societario en Venezuela, y proponer un modelo que pueda ser utilizado por las sociedades mercantiles y civiles, sea al momento de su constitución o mediante una modificación posterior de sus estatutos sociales.

Palabras claves: Arbitraje societario, sociedades, acuerdo.

Abstract: The purpose of this paper is to identify and explain the most important elements that a corporate arbitration agreement in Venezuela should contain, and to propose a model that could be used by commercial companies and civil associations, either at the time of their constitution or through a subsequent modification of the bylaws.

Keywords: Corporate arbitration, partnerships, agreement.

Sumario: Introducción. 1. Precisión terminológica. 2. Las partes en el acuerdo de arbitraje societario. 3. El objeto del acuerdo de arbitraje societario: medio para dirimir los conflictos intrasocietarios. 4. El perfeccionamiento del acuerdo de arbitraje societario: debe constar por escrito. 5. Especificar si el arbitraje será: de derecho o equidad, independiente o institucional. 6. Consideraciones respecto a la elección de los árbitros. 7. Modelo de acuerdo de arbitraje societario institucional. 8. Modelo de acuerdo de arbitraje societario independiente. 9. Recomendaciones para los centros de arbitraje. Conclusiones. Bibliografía.

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

INTRODUCCIÓN

El arbitraje societario es un tipo de arbitraje especial que tiene por objeto servir de medio para dirimir conflictos intrasocietarios, que alcanza a: los socios, administradores, comisarios y a la sociedad como persona jurídica. Entre los beneficios que ofrece resaltan: la confidencialidad, la agilidad y la posibilidad de que la controversia sea decidida por expertos en derecho societario.

A diferencia de otros países, en Venezuela el arbitraje societario no se encuentra regulado expresamente en la Ley de Arbitraje Comercial¹, pero, no hay dudas respecto a su legalidad, así lo ha señalado la doctrina patria representada por Carlos Lepervanche², Mario Bariona³ y Alberto Rosales⁴, sustentándose en el artículo 258 de la Constitución⁵, y en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, en concatenación con los criterios de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia relacionados con la constitucionalización de los medios alternos de resolución de controversias⁶ y el principio pro-arbitraje⁷. Así mismo,

¹ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430, del 7 de abril de 1998.

² Carlos Lepervanche M. “Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante el arbitraje”. Revista Business. Legal Report. CEDCA. Julio 2010. p. 25. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf

³ Mario Bariona. “El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades”. Revista Business. Legal Report. CEDCA. Junio 2012. p. 58. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Business_327.pdf

⁴ Alberto J. Rosales R. “Arbitraje societario y la responsabilidad extracontractual de los administradores en el derecho venezolano. Análisis jurisprudencial & doctrinal”. Revista del Club Español de Arbitraje. Nro. 22. 2015. p. 71.

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

⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 186, de fecha 14/02/2001, caso: Fermín Toro Jiménez y otro, Magistrado ponente: Antonio García García. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/186-140201-00-1438%20.HTM>. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 1209, de fecha 19/06/2001, caso: Hoteles Doral, C.A., Magistrada ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>

⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 716, de fecha 23/5/2002, caso: CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A. Magistrado ponente: Levis

existen casos de arbitraje societario que han llegado al conocimiento del Tribunal Supremo de Justicia⁸, desde donde se le ha dado un buen espaldarazo a la institución.

La utilización del arbitraje societario es una buena práctica ampliamente recomendada por los códigos de Buen Gobierno Corporativo⁹, ya que tanto a los sujetos que hacen vida a nivel intrasocietario como a terceros, tales como trabajadores, inversionistas, proveedores y contratistas, les interesa que la sociedad opere sin dificultades, y que, de surgir, se puedan superar de manera ágil.

A pesar de los beneficios que ofrece el arbitraje societario, todo parece indicar que en Venezuela su utilización todavía no es tan frecuente como en otros países, independientemente que la causa sea por su falta de regulación, por el poco tratamiento en la doctrina o por la poca promoción que se le ha hecho, resulta necesario que, desde las universidades, las asociaciones de profesionales y los centros de arbitraje, emprendamos acciones inmediatas para revertir esta situación.

Es por ello que, en el presente trabajo se analizarán y explicarán los elementos más importantes que deben tomarse en cuenta al momento de celebrar un acuerdo de arbitraje societario, y se propondrá un modelo para su utilización por las sociedades mercantiles y civiles en general, con miras a que sea tomado en cuenta por los centros de arbitraje en

Ignacio Zerpa. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00716-230502-105-115.HTM>. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 192, de fecha 28/02/2008, caso: Bernardo Weininger y Otros, Magistrado ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1541, de fecha 17/10/2008, caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución, Magistrada ponente: Luisa Estella Morales. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>

⁸ “Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez” (sentencia de fecha 16/09/2015 del Tribunal Superior Séptimo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con motivo de Recurso de nulidad de fecha 18/03/2013 contra el Laudo Arbitral preliminar de fecha 4/02/2013), “Candal & Asociados” (sentencia de fecha 22/02/2011, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, número de expediente: 2011-0065), y el caso “Centro Portugués” (sentencia de fecha 11/05/2011, dictada por por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, número de expediente: 2011-0129).

⁹ CAF. Banco de Desarrollo de América Latina. “Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo”. Disponible en: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/555/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Venezuela para que puedan ofrecérselo a sus usuarios, y contribuir así con la generación de confianza sobre el arbitraje societario¹⁰.

1. PRECISIÓN TERMINOLÓGICA

En primer lugar, es importante recordar que la distinción entre “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral” tuvo sentido en Venezuela durante la vigencia del Código de Procedimiento Civil derogado¹¹, y que actualmente, dicha distinción carece de relevancia, ya que en la Ley de Arbitraje Comercial el legislador prefirió utilizar la expresión: “acuerdo de arbitraje”, el cual se encuentra definido en el artículo 5 *ejusdem*. Así, al adoptar la ley un concepto unitario se busca generar, como único efecto positivo, el obligar a las partes a someter sus controversias a la decisión de árbitros, tal y como lo establecen las convenciones internacionales suscritas sobre arbitraje¹².

La segunda aclaratoria es que no existe diferencia conceptual entre las expresiones “arbitraje societario” y “arbitraje estatutario”, es un error considerar que el primero únicamente se le es aplicable a las sociedades mercantiles, y que el segundo incluye a las asociaciones civiles, ya que no existen motivos jurídicos, técnicos ni lógicos para hacer tal diferenciación. Deben tratarse como sinónimos, por ende, abarcan a todo tipo de persona jurídica¹³, siendo la expresión “arbitraje societario” la más utilizada en la doctrina, leyes y jurisprudencia a nivel internacional.

¹⁰ Para conocer más sobre el arbitraje societario, se recomienda leer: Diego Tomás Castagnino. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano”. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 2. 2021. Asociación Venezolana de Arbitraje. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A2-pp-35-67.pdf>

¹¹ Francisco Hung Vaillant, Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano. Colección Estudios Jurídicos N° 74. 2001. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. p. 69.

¹² Aristides Rengel Romberg, Estudios Jurídicos. 2003. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. p. 749.

¹³ La Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo N° 1071, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008, Modificado por Decreto Legislativo N° 1231 de fecha 26 septiembre 2015, utiliza la expresión “arbitraje estatutario”, pero, señala en su disposición complementaria Sexta, que puede adoptarse en el estatuto de una “persona jurídica”, no discrimina entre sociedades mercantiles y asociaciones civiles.

Sin embargo, consideramos que la manera más apropiada de llamar a este medio alternativo de resolución de controversia debería ser: “arbitraje intrasocietario”, ya que se hace referencia a la naturaleza de los conflictos que pueden dirimirse bajo este tipo de arbitraje, evitando confusiones respecto a su utilización, en términos generales, por las sociedades para dirimir otros tipos de controversias, situación que amerita un tratamiento distinto.

2. LAS PARTES EN EL ACUERDO DE ARBITRAJE SOCIETARIO

Ha habido mucha discusión en el derecho comparado sobre el alcance de la arbitrabilidad subjetiva en el arbitraje societario¹⁴. Sin embargo, somos del criterio de que, en Venezuela, el acuerdo de arbitraje societario alcanza a la propia sociedad como persona jurídica, a los socios fundadores (inclusive a los ausentes y disidentes para el momento de la decisión), socios nuevos (que se incorporen con posterioridad a la sociedad), sus herederos, los administradores y comisarios. Cada uno de estos sujetos deben contar con la cualidad legal que corresponda, cumpliendo con las formalidades exigidas por el derecho societario para cada caso.

Por ejemplo, para el supuesto de las sociedades mercantiles, los socios fundadores serán aquellos que aparezcan identificados en el documento constitutivo y los estatutos de la sociedad, tal y como lo dispone el artículo 213.4 del Código de Comercio¹⁵ para las sociedades anónimas y las sociedades en comandita, y los artículos 212.1 y 214.1 *ejusdem* para las sociedades en nombre colectivo y sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente.

En cuanto a los socios nuevos, el Código de Comercio cuenta con reglas expresas para su incorporación, por ejemplo, para la cesión de acciones, se exige que, para que tenga efectos frente a la sociedad y frente a terceros¹⁶, debe hacerse por declaración en el Libro de

¹⁴ Diego Thomás Castagnino. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho...” p. 55.

¹⁵ Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.

¹⁶ TSJ-SCC 23/02/2017 (Exp. 16-1024). María Lourdes Pinto De Freitas. Magistrado ponente: Juan José Mendoza Jover. Procedimiento: Recurso de revisión. Ratifica: TSJ-SC

Accionista¹⁷, y debe estar firmada por el cedente y por el cesionario o por sus apoderados; al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que tal acto no interesa a terceros, por lo que no se requiere su inscripción en el Registro Mercantil¹⁸, mientras que, la cesión de las cuotas de participación, según el artículo 318 *ejusdem*, deberá hacerse por medio de documento auténtico y ser inscrita, a solicitud de cualquiera de las partes, en el Libro de Socios, para que pueda producir efecto respecto a la compañía, ya que, para que tenga efectos frente a terceros, deberá registrarse dentro de los quince días siguientes a la inscripción en el referido Libro.

En todo caso, el acto traslativo de la propiedad de las acciones sociales o cuotas de participación, no puede ser catalogado ni tratado como si fuera un contrato de adhesión, toda vez que se realizan bajo figuras que están expresamente reguladas en el Código de Comercio¹⁹.

Por otro lado, sea que el acuerdo de arbitraje societario haya sido incluido en los estatutos sociales con la fundación de la sociedad, o que haya sido una inclusión sobrevenida producto de una modificación de los estatutos, de conformidad con las reglas de la publicidad registral²⁰ que rigen al derecho societario, el que desee ser socio o accionista según el caso, tomará tal decisión en conocimiento de esta regla de funcionamiento, la cual se le será aplicable inmediatamente se incorpore a la sociedad, tal y como ocurre con cualquier otra regla de la sociedad.

Los administradores y comisarios al aceptar sus cargos se están sometiendo a los estatutos y a todas las reglas de la sociedad, entre las cuales está el acuerdo arbitral societario, por lo que se les aplica de manera directa. Independientemente de que el acuerdo de arbitraje societario se haya acordado en la constitución de la sociedad, o mediante una

5/03/2004 (Exp. 02-2992), TSJ-SC 25/02/2014 (Exp. 10-0531). Ratificada por: TSJ-SCC 28/11/2017 (Exp. 2017-000064).

¹⁷ TSJ-SCC 4/4/2013 (Exp. 2012-000586). Inversiones 30-11-98 C.A. Vs. Constructora 888 C.A. Magistrado ponente: Isbelia Pérez Velásquez. Procedimiento: Recurso de casación.

¹⁸ TSJ-SC 5/03/2004 (Exp. 02-2992). Giovanni Maray García. Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando. Procedimiento: Amparo constitucional. Ratificada por: TSJ-SC 25/02/2014 (Exp. 10- 0531) y TSJ-SCC 28/11/2017. (Exp. 2017-000064).

¹⁹ Diego Thomás Castagnino. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho... p. 56.

²⁰ Manuel Olivencia Ruiz. “Artículo 11 Bis. Arbitraje Estatutario”. Disponible en: [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_\(capitulo_de_libro\)_123.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_(capitulo_de_libro)_123.pdf)

modificación estatutaria, la decisión debe tomarse por mayoría, salvo que exista una regla convencional que disponga otra cosa, y hasta tanto en el país no exista una regulación expresa sobre la materia.

Ahora bien, para evitar discusiones futuras en el seno de la sociedad producto del desconocimiento o de una errónea aplicación de la institución, se recomienda que en el acuerdo de arbitraje societario se señale expresamente que con la suscripción de acciones o cuotas de participación (dependiendo de la forma societaria de que se trate) de la sociedad, o su adquisición por cualquier medio, los accionistas o socios (según sea el caso) y sus cesionarios o herederos, así como, los administradores y comisarios desde el momento en el que aceptan la designación para su respectivo cargo, reconocen y aceptan que toda controversia de naturaleza intrasocietaria, que afecte a la sociedad, sus accionistas o socios (según sea el caso), administradores y/o comisarios, será resuelta mediante arbitraje societario.

Queremos ser enfáticos respecto a que lo anterior es una simple recomendación, ya que no se trata de una exigencia para la existencia y validez del acuerdo de arbitraje societario, es solo una buena práctica que contribuye con la generación de confianza y mitigación de riesgos asociados a eventuales discusiones debido a la falta de regulación expresa en el país.

3. EL OBJETO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE SOCIETARIO: MEDIO PARA DIRIMIR LOS CONFLICTOS INTRASOCIETARIOS

La arbitrabilidad objetiva en el arbitraje societario es otro de los temas que ha sido objeto de discusión a nivel internacional²¹. Sin embargo, estamos convencidos de que en materia intrasocietaria siempre estaremos en presencia de asuntos relacionados con intereses económicos, por lo que no existen materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores²².

²¹ Diego Thomás Castagnino. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho... p. 47.

²² En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje, en la nota 78 de su “Informe sobre el arbitraje societario en España”. Club Español del Arbitraje. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf, y autores como, Manuel

En el caso de Venezuela, para determinar si una controversia califica para ser resuelta mediante arbitraje societario, primero debe pasar el filtro del artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial (que sea una controversia susceptible de transacción que surjan entre personas capaces de transigir, y que no esté incluida en la lista de excepciones), y luego, siguiendo el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²³, se debe verificar si se trata de un asunto que puede llegar también al conocimiento de un Juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes.

Como todo acuerdo de arbitraje²⁴, el societario no debe contener vacilaciones o contradicciones en cuanto a la voluntad de someterse al arbitraje como medio de resolución de controversias en lugar de utilizar la vía ordinaria jurisdiccional, de lo contrario se configuraría un acuerdo de arbitraje patológico del tipo optativo, ya que no excluiría la jurisdicción de los tribunales judiciales. La jurisprudencia²⁵ ha establecido que los acuerdos de arbitraje optativos carecen de validez.

Gerardo Tarrío Berjano. “Artículo 11 bis. Arbitraje Estatutario”. Comentarios a la Ley de Arbitraje, coordinado por Carlos González-Bueno; Consejo General del Notariado; Madrid, 2014. Lo anterior no puede confundirse con las normas imperativas o de orden público. Siguiendo la jurisprudencia de la Sala Constitucional (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 18 de julio de 2008, Nro. 1186 (caso: interpretación del artículo 258 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela), cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse *per se* a los medios alternativos de resolución de conflictos, ya 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 del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva, siendo por el contrario, que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo, como el arbitraje, es de naturaleza adjetiva, y por ende, tales normas de orden público deberán ser aplicadas por los árbitros al momento de decidir el caso.

²³ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 18 de julio de 2008, Nro. 1186 (caso: interpretación del artículo 258 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela).

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 1209, de fecha 19/06/2001, caso: Hotel Doral, C.A., Magistrada ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 1209, de fecha 19/06/2001, caso: Hotel Doral, C.A., Magistrada ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM> y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 476, de fecha 25/03/2003, caso: Consorcio Barr, S.A, Magistrado ponente: Levis Ignacio Zerpa. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00476-250303-2003-0044.HTM>

Existe la posibilidad, y no constituye un acuerdo patológico, que las partes decidan que el acuerdo de arbitraje societario forme parte de una cláusula de resolución de conflictos del tipo escalonada²⁶, en donde se acuerde agotar previamente otros medios, como la mediación, antes de poder iniciar con el arbitraje.

En caso de elegir esta opción, es recomendable que en la cláusula escalonada se indique el nombre de la institución que administrará la mediación a falta de acuerdo en la elección de mediadores, y que se señale que las partes podrán acudir a la vía arbitral si el asunto no es resuelto luego de transcurridos cuarenta y cinco (45) días²⁷ continuos (o el plazo que consideren prudente) desde la presentación de la solicitud de mediación (o del medio alternativo elegido distinto al arbitraje), o desde el plazo que las partes hubieran acordado.

Resulta fundamental que en el acuerdo de arbitraje societario se indique que la intención de las partes es dirimir los conflictos intrasocietarios que surjan en el seno de la sociedad, esto para ser bien claros respecto a la decisión de utilizar este medio alternativo de resolución de controversia.

Ahora bien, en el foro venezolano existe un precedente respecto al uso y alcance de la expresión “cualquier controversia” en el acuerdo de arbitraje societario. Se trata del caso “Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez”, el cual trató de una demanda arbitral intentada por Alberto Rosales en contra de Eduardo Márquez²⁸ por daños y perjuicios

²⁶ “Las cláusulas escalonadas o también conocidas como multi-tiered clauses o multi-step clauses son cláusulas de resolución de conflictos que disponen un sistema gradual para la solución de las diferencias que parte, en sus fases iniciales, de varios métodos alternativos para la resolución de controversias (negociación entre altos ejecutivos, mediación, dispute boards, etc.) y que culmina en arbitraje, en caso de resultado infructuosos de los primeros métodos alternativos”. Jaime Iglesias, “Cláusulas escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas”. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-pros-contras-este-metodo-alternativo-resolucion-disputas

²⁷ La cláusula escalonada modelo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Liga de Defensa Comercial de Uruguay (LIDECO) recomienda que sean 45 días. Disponible en: <https://www.lideco.com/lideco/centro-de-mediacion-y-arbitraje/clausulas-cmya.html>

²⁸ Caso reseñado en: Pedro Rengel Núñez, *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela*, Ediciones Travieso Evans. Caracas, 2021. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/06/pedro-rengel-nun%CC%83ez-jurisprudencia-sobre-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-venezuela-ediciones-traviesoevans.pdf> y en Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA. Memoria arbitral II.

derivados del hecho ilícito incurrido por el demandado en su carácter de administrador de la empresa de corretaje de valores Inverplus, en donde el tribunal arbitral mediante laudo arbitral preliminar de fecha 15/02/2013, rechazó su competencia para conocer del arbitraje, alegando que el acuerdo arbitral contenido en los estatutos de la empresa solamente comprendía conflictos derivados del contrato societario y no se extendía a supuestos de responsabilidad extracontractual.

Contra dicho laudo, el 18/03/2013 la parte actora ejerció el recurso de nulidad, el cual fue decidido en fecha 16/09/2015 por el Tribunal Superior Séptimo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en cuya sentencia se indicó que la locución “cualquier controversia” empleada en la cláusula arbitral no se refiere a algún tipo de controversia en particular, sino más bien a todas las que pudiesen presentarse, incluyendo el hecho ilícito que pudiera cometer el administrador si éste violara las disposiciones estatutarias.

De esta manera, cuando en el acuerdo de arbitraje societario se utiliza la expresión “cualquier controversia” se debe entender que abarca a todas las controversias intrasocietarias, es decir, que corresponda únicamente al ámbito interno de la sociedad, que pudiesen ocurrir de manera general, abarcando los conflictos derivados del contrato societario, inclusive la responsabilidad extracontractual, por lo que no alcanzará aquellos conflictos que puedan surgir entre la sociedad, sus socios, administradores y/o comisarios, con terceras personas ajenas al vínculo intrasocietario, como lo son contratistas y proveedores.

4. EL PERFECCIONAMIENTO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE SOCIETARIO: DEBE CONSTAR POR ESCRITO

La Sala Constitucional²⁹ del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que el primer elemento que debe verificarse para determinar la

Compendio de laudos. Coordinación: Hernando Díaz-Candia. Caracas, 2014. Expediente Nro. 077-12, Laudo Arbitral de fecha 15 de febrero de 2013, p. 303

²⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1067, de fecha 3/11/2010, caso Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., Magistrada ponente: Luisa Estella Morales. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>

validez, eficacia y aplicabilidad de un acuerdo de arbitraje, es que el mismo debe acordarse por escrito y debe interpretarse bajo los términos del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. Ahora bien, por tratarse el arbitraje societario de un tipo de arbitraje especial, en el que no se pueden obviar las reglas del derecho societario, se debe tomar en cuenta lo siguiente:

El acuerdo de arbitraje societario puede celebrarse en dos momentos: pre-conflicto y post-conflicto, el primero, es cuando los socios lo celebran pensando en el futuro, con la finalidad de dirimir en arbitraje societario los eventuales conflictos que puedan surgir de naturaleza intrasocietaria, mientras que el segundo, se celebra una vez se ha producido la controversia.

Existen tres formas en que puede concretarse la manifestación de la voluntad constitutiva del acuerdo de arbitraje societario para cumplir con el requisito de que debe constar por escrito: (i) incluirlo como parte integrante de los estatutos sociales al momento de la constitución de la sociedad, (ii) incluirlo en una modificación estatutaria posterior, o (iii) mediante un pacto parasocial.

En cuanto a las dos primeras formas indicadas, el documento deberá registrarse y publicarse (por su naturaleza constitutiva o de reforma de los estatutos sociales), para que el acuerdo de arbitraje societario alcance también a los administradores, comisarios³⁰ y a los nuevos socios³¹.

No quedan dudas respecto a la posibilidad que tienen las sociedades venezolanas de celebrar sus asambleas de accionistas en forma telemática³², por lo que resulta perfectamente válido el acuerdo que se alcance bajo esta modalidad, respecto a incluir, modificar o eliminar un acuerdo de arbitraje societario.

Lo importante es darle cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 283 del Código de Comercio, según el cual, de las reuniones de las asambleas se levantará acta que debe contener el nombre de los con-

³⁰ Diego Thomás Castagnino. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho... p. 59.

³¹ Diego Thomás Castagnino. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho... p. 56.

³² Al respecto, recomendamos revisar: Mario Bariona. “La telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela” en Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 4. Tomo 1. (Caracas, SOVEDEM, 2020), p. 98; y, Mariliana Rico Carrillo. “El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la junta general de accionistas”, V-LEX: Revista de la contratación electrónica. Número 75. (V-LEX, 2006), pp. 77-91.

currentes, con los haberes que representan y las decisiones y medidas acordadas, la cual será firmada por todos en la misma asamblea, y por otro lado, debido a que se trata de una modificación de los estatutos sociales de la compañía, el mismo deberá inscribirse ante el Registro Mercantil y posteriormente, debe procederse con su publicación.

De no cumplirse con el registro y publicación, o si el acuerdo de arbitraje societario fue celebrado fuera de los estatutos, por ejemplo, mediante un acuerdo parasocial, el mismo surtirá efectos únicamente a quienes lo hayan consentido expresamente y a sus herederos. Para el caso de pactos parasociales, el acuerdo de arbitraje societario puede provenir de un intercambio de mensaje de datos, siempre y cuando, se registre una manifestación de voluntad inequívoca, expresa e indubitable de someter o comprometer en árbitros³³.

5. ESPECIFICAR SI EL ARBITRAJE SERÁ: DE DERECHO O EQUIDAD, INDEPENDIENTE O INSTITUCIONAL

En el acuerdo de arbitraje societario las partes tienen la posibilidad de incluir su decisión respecto a si el arbitraje será de derecho o de equidad³⁴, independiente o institucional³⁵. La doctrina coincide en señalar que el arbitraje de derecho es el más idóneo para dirimir conflictos intrasocietarios debido a que tienen una naturaleza eminentemente jurídica³⁶, y que el arbitraje institucional³⁷ es preferible antes del indepen-

³³ Siguiendo el criterio de las sentencias: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 1300, de fecha 8/10/2014, caso: Americana de Reaseguros, S.A. vs. Aseguradora Nacional Unida UNISEGUROS, S.A, Magistrada ponente: Evelyn Margarita Marrero Ortiz. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/169515-01300-81014-2014-2013-0133>. HTML; y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1067, de fecha 3/11/2010, caso Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., Magistrada ponente: Luisa Estella Morales. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573>. HTML

³⁴ Artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial.

³⁵ Artículo 2 de la Ley de Arbitraje Comercial.

³⁶ Por ejemplo: Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. "Informe sobre... Nota 58.

³⁷ La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha señalado que cuando en el acuerdo arbitral obligue a las partes a acudir en caso de controversias a un centro de arbitraje inexistente, las reclamaciones que surjan en el negocio jurídico en cuestión debe-

diente, porque se reducen las probabilidades de dilaciones relacionadas con las reglas procedimentales o con el nombramiento de árbitros³⁸.

Sin embargo, en Venezuela mientras no exista una disposición legal que expresamente regule al arbitraje societario, consideramos que las partes podrán elegir a su discreción y según sus intereses, entre el arbitraje de derecho y el de equidad, así como entre el arbitraje institucional o el independiente. Pero, en lo que respecta particularmente a la voluntaria sumisión a un arbitraje de equidad, creemos que, dependiendo del conflicto, el laudo podría devenir en inobservancia de normas imperativas y prohibitivas que rigen al derecho de sociedades, lo cual podría afectar su validez, razón por la cual, recomendamos prudencia a la hora de elegir que la controversia intrasocietaria sea decidida por equidad.

Dispone el artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial que, si no hubiere indicación de las partes sobre el carácter de los árbitros, se entenderá que decidirán como árbitros de derecho, norma que tiene plena vigencia y aplicación en el arbitraje societario.

En cuanto al arbitraje independiente, es bueno recordar que desde el 9 de julio de 2021 contamos en Venezuela con las “Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre Arbitraje Independiente”³⁹, se trata de un instrumento de *soft law* que para su sometimiento es necesario la voluntad de las partes. Se trata de normas modernas que resuelven los típicos problemas que se presentan en los arbitrajes independientes, facilitando su utilización y evitando que se generen demoras innecesarias durante su tramitación, por lo que se espera generar una mayor confianza en este tipo de arbitraje en Venezuela. En este sentido, si las partes eligen que el arbitraje societario sea tramitado bajo la forma de arbitraje

rán ser conocidas por el Poder Judicial, lo cual garantizará los derechos a la defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva de las partes. Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 199, de fecha 21/02/2018, caso: Jesús Ramón Rodríguez vs. Corporación LSR, C.A, Magistrada ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/207982-00199-21218-2018-2015-0529.HTML>

³⁸ Gustavo Alvarez. Alberto Rosales. “Sumario del arbitraje societario en Venezuela”. Revista del Club Español del Arbitraje. Nro. 40. 2021. p. 98.

³⁹ Asociación Venezolana de Arbitraje. “Reglas sobre Arbitraje Independiente”. Aprobadas el 09 de julio de 2021. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>

independiente, recomendamos señalar en el acuerdo que el arbitraje se tramitará de conformidad con las disposiciones de tales Reglas.

6. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS

En el acuerdo de arbitraje societario las partes podrán acordar el número de árbitros que se utilizarán para la resolución de los conflictos intrasocietarios, o en su defecto, someterse a las reglas de designación de una institución determinada. Si se desea acordar anticipadamente el número de árbitros, se deberá elegir entre un árbitro único o un tribunal colegiado formado por tres árbitros.

Como es bien sabido, el número de árbitros repercute en los costos del arbitraje, por lo que, al momento de tomar tal decisión, se recomienda considerar el tamaño de la sociedad, ya que, si se trata de una sociedad de gran envergadura, posiblemente se justifique económicamente que todos los conflictos sean decididos mediante un tribunal arbitral colegiado, situación distinta ocurrirá con las sociedades de menor tamaño, en donde los costes podrían resultar un problema.

Por otro lado, la diversidad de conflictos que pueden surgir a nivel intrasocietario hace que sea prácticamente imposible que podamos listarlos, pero, podemos asegurar que pueden presentarse conflictos sencillos y/o de cuantías menores, cuya resolución se recomienda sea mediante un árbitro único y bajo un procedimiento más expedito⁴⁰, o

⁴⁰ Como respuesta a la frecuente preocupación por los costos y por la duración de algunos arbitrajes, y visto que se ha vuelto una práctica consolidada y creciente en el arbitraje internacional la utilización de reglas procesales que permitan conducir arbitrajes de forma abreviada y más eficiente, el 21 de julio de 2021, fue adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), el Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI (“RAA”), el cual entró en vigor el 19 de septiembre de 2021. En Venezuela, tanto el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (“CACC”) como el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (“CEDCA”), también contemplan en sus reglamentos un procedimiento abreviado: El Reglamento del CACC vigente desde el 1º de febrero de 2013, contempla un procedimiento arbitral abreviado, que será aplicable cuando la cuantía de la solicitud de arbitraje no supere la cantidad de 5.000 Unidades Tributarias, salvo acuerdo en contrario de las partes, el plazo para que el Tribunal Arbitral dicte el Laudo no excederá de 3 meses contados a partir de la fecha del Acta de Misión, lapso que podrá ser prorrogado, por la Dirección ejecutiva, a solicitud del Tribunal Arbitral por un plazo de 3 meses. El CEDCA también cuenta con un procedimiento expedito en su Reglamento de

conflictos más complejos y/o de cuantías superiores, casos cuya tramitación se recomienda sea con un tribunal arbitral colegiado y mediante un procedimiento ordinario.

Como resulta imposible saber cuáles serán los conflictos que se suscitarán durante la vida de la sociedad, recomendamos que en el acuerdo de arbitraje societario se disponga que el número de árbitros y el tipo de procedimiento aplicable será el que disponga las reglas de una institución arbitral determinada. De esta manera, evitamos tomar una decisión apresurada que pueda resultar poco práctica en el futuro.

Ahora bien, en el dinamismo de las relaciones intrasocietarias intervienen multiplicidad de sujetos con características distintas, lo cual puede ocasionar ciertas dificultades al momento de elegir a los árbitros. En aras de buscar la agilidad y de contribuir con la generación de confianza, existe la posibilidad de indicar en el acuerdo de arbitraje societario que la designación de los árbitros lo efectúe el centro de arbitraje para el caso de arbitraje institucional, o una autoridad nominadora para el caso del arbitraje independiente.

Por ejemplo, en el caso de España, en la reforma de 2011⁴¹ de la ley de arbitraje⁴² se incluyó el artículo 11 bis, en el que se establece que las impugnaciones de acuerdos sociales deban ser resueltas mediante

2020, y es aplicable, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando se trate de controversias que no excedan el monto establecido en el Apéndice de Costos y Honorarios vigente al momento de introducción de la solicitud de arbitraje y en las cuales no estén involucrados más de un sujeto como demandante ni más de un sujeto como demandado. El Procedimiento Expedido del CEDCA también puede ser aplicado a controversias de mayor cuantía o con multiplicidad de partes cuando éstas así lo convengan.

⁴¹ Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

⁴² El arbitraje societario en España es una tradición iniciada por el Código de Comercio de 1829, el cual imponía en su artículo 323, que todas las disputas entre los socios y las sociedades mercantiles debían obligatoriamente resolverse a través del arbitraje, incluso si los estatutos no lo prevenían. Si bien la situación cambió con el Código de Comercio de 1885 que abandonó la imposición de un arbitraje societario, en la práctica las compañías continuaron incorporando convenios arbitrales. Sin embargo, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 creó un procedimiento judicial especial para la impugnación de acuerdos sociales, y a partir de 1956, el Tribunal Supremo español entendió que, creado el procedimiento especial de impugnación, el arbitraje quedaba totalmente excluido. Fue en 1998 cuando la jurisprudencia cambió, pero dejó un margen de duda en torno a la arbitrabilidad societaria, puesto que, si bien se consideraba posible el arbitraje en relación con la nulidad de la junta de accionistas y la impugnación de acuerdos sociales, se estableció una excepción “sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su

arbitraje institucional, por lo que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral. Regulación que se mantuvo en la última modificación del 6 de octubre de 2015.

El Club Español del Arbitraje considera que el éxito del sistema de arbitraje societario dependerá en buena medida de las instituciones en el nombramiento de árbitros que sean auténticamente independientes e imparciales⁴³, por lo que recomienda las siguientes buenas prácticas:

- i. Se recomienda que los centros de arbitraje realicen las designaciones con la participación de las partes, dándoles la oportunidad de expresar su opinión, para ello, se sugiere que se envíe una lista de candidatos⁴⁴.
- ii. Básicamente, la lista estaría conformada por al menos tres posibles candidatos para cada vacante, permitiendo a las partes poder reaccionar, vetando a los candidatos que no les plazca y enumerando al resto por orden de preferencia. De esta manera, el centro elegirá, de entre los no excluidos, a los candidatos mejor valorados por las partes⁴⁵. Si por alguna razón esta metodología no es posible aplicarse o fracasa, el centro de arbitraje queda facultada a elegir discrecionalmente al árbitro⁴⁶.
- iii. Debido a las características propias del arbitraje societario se recomienda a los centros de arbitraje abandonar la tradicional confidencialidad del arbitraje comercial y abracen el principio de publicidad⁴⁷, una manera de hacerlo, es mantener en la pági-

laudo”. Posteriormente, se dictó la ley de arbitraje de 2003, la cual no incluyó referencia alguna al arbitraje societario y se mantuvieron las dudas respecto a su aplicación. Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre el arbitraje societario en España”. Club Español del Arbitraje. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

⁴³ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre... Nota 47.

⁴⁴ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre... Nota 49.

⁴⁵ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre... Nota 50.

⁴⁶ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre... Nota 51.

⁴⁷ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre... Nota 53.

na web de los centros un listado con las designaciones de árbitros que hayan efectuado (sin incluir referencia a las partes)⁴⁸.

Ahora bien, volviendo a las estipulaciones que se pueden hacer en el acuerdo de arbitraje societario respecto a la selección de los árbitros, recomendamos evitar incurrir en especificaciones respecto a las características que deben cumplir los árbitros, ya que podría convertirse en un acuerdo de arbitraje inoperante por devenir en exigencias que sean de imposible ejecución.

Ejemplo de ello es cuando en el acuerdo de arbitraje se incluye el nombre de quien se desea sea el árbitro, y llegado el momento, esa persona hubiese fallecido o simplemente no acepta la designación, definitivamente se trata de una decisión excesivamente precipitada. Otro error que debe evitarse es incluir en el acuerdo de arbitraje societario características específicas respecto al perfil académico o profesional que deba cumplir una persona para ser nombrada árbitro, ya que podría ser de imposible cumplimiento.

Por otro lado, existe la errónea concepción de creer que en el arbitraje societario se pueda elegir como árbitro a socios de la sociedad. Consideramos que es plenamente aplicable el criterio de la Sala Político-Administrativa⁴⁹, según el cual, no es válido un acuerdo de arbitraje en donde el árbitro elegido por los contratantes para dirimir las controversias forme parte del negocio jurídico en cuestión.

El acuerdo de arbitraje societario debe garantizar la justicia imparcial, idónea y transparente a que se refiere el artículo 26 de la Constitución, por lo que pretender elegir como árbitro a un socio, administrador o comisario de la sociedad, resultaría contrario a los principios fundamentales del arbitraje, y evidentemente estaríamos frente a un caso de conflicto de interés.

Debido a la especialidad del arbitraje societario, recomendamos designar árbitros que tengan experiencia en materia de arbitraje, pero, especialmente, que conozcan de derecho societario. No hace falta hacer

⁴⁸ Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre... Nota 54.

⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 187, de fecha 1/02/2006, caso: Guzberg, C.A., Magistrada ponente: Evelyn Marrero Ortiz. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00187-010206-2005-5658.HTM>

esta aclaratoria en el acuerdo de arbitraje, es tan solo una recomendación para que se tome en cuenta al momento de elegir a sus árbitros.

7. MODELO DE ACUERDO DE ARBITRAJE SOCIETARIO INSTITUCIONAL

Para el caso en el que las partes decidan dirimir sus conflictos intrasocietarios mediante arbitraje institucional, recomendamos la utilización del siguiente texto:

*“Con la suscripción de **[ELEGIR: acciones o cuotas de participación]** de la presente **[ELEGIR: sociedad mercantil o asociación civil]**, o su adquisición por cualquier medio para la transmisión de su propiedad, los **[ELEGIR: accionistas o socios]** y sus cesionarios o herederos, así como, los administradores y comisarios desde el momento en el que aceptan la designación para su respectivo cargo, reconocen y aceptan que, toda controversia de naturaleza intrasocietaria, que afecte a la **[ELEGIR: sociedad o asociación]**, sus **[ELEGIR: accionistas o socios]**, administradores y/o comisarios, será resuelta mediante arbitraje societario de **[ELEGIR: derecho o equidad]**, de conformidad con las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, y de acuerdo con el **[ELEGIR: Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje o Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas]***

*vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. La definición respecto al número de árbitros y su correspondiente designación le corresponderá al **[ELEGIR: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje o Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas]** con la participación de las partes, dándoles la oportunidad de expresar su opinión. El Laudo arbitral **[ELEGIR será o no será]** motivado, **[en caso de haber elegido el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA, ELEGIR: será o no será objeto de la presentación previa prevista en el Reglamento]**, de obligatorio cumplimiento y sólo podrá ser impugnado por las causales establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. El idioma del arbitraje será el **[ELEGIR: idioma]**. El lugar del arbitraje será el domicilio de la sociedad”.*

8. MODELO DE ACUERDO DE ARBITRAJE SOCIETARIO INDEPENDIENTE

Si en cambio, las partes prefieren utilizar el arbitraje independiente para dirimir sus conflictos intrasocietarios, tal y como se señaló anteriormente, se recomienda el sometimiento a las “Reglas sobre Arbitraje Independiente” de la Asociación Venezolana de Arbitraje:

*“Con la suscripción de **[ELEGIR: acciones o cuotas de participación]** de la presente **[ELEGIR: sociedad mercantil o asociación civil]**, o su adquisición por cualquier medio para la transmisión de su propiedad, los **[ELEGIR: accionistas o socios]** y sus cesionarios o herederos, así como, los administradores y comisarios desde el momento en el que aceptan la designación para su respectivo cargo, reconocen y aceptan que, toda controversia de naturaleza intrasocietaria, que afecte a la **[ELEGIR: sociedad o asociación]**, sus **[ELEGIR: accionistas o socios]**, administradores y/o comisarios, será resuelta mediante arbitraje societario de **[ELEGIR: derecho o equidad]**, de conformidad con las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, y de acuerdo con las disposiciones de las Reglas sobre Arbitraje Independiente de la Asociación Venezolana de Arbitraje, vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. La definición respecto al número de árbitros y su correspondiente designación le corresponderá a la Autoridad Nominadora, con la participación de las partes, dándoles la oportunidad de expresar su opinión. Acordamos designar a: **[ELEGIR: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje o Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas]** como Autoridad Nominadora, de conformidad con las mencionadas Reglas. El Laudo arbitral **[ELEGIR será o no será]** motivado, de obligatorio cumplimiento y sólo podrá ser impugnado por las causales establecidas en la Ley de Arbitraje Comercial venezolana. El idioma del arbitraje será el **[ELEGIR: idioma]**. El lugar del arbitraje será el domicilio de la sociedad”.*

9. RECOMENDACIONES PARA LOS CENTROS DE ARBITRAJE

Resulta fundamental contribuir con la promoción del arbitraje societario, y una manera de hacerlo es que los centros de arbitraje ofrezcan un modelo de acuerdo de arbitraje societario y cuenten con reglas claras

de procedimiento para este tipo de arbitraje⁵⁰, lo cual repercutirá positivamente en la generación de confianza en este medio alternativo de resolución de controversias.

Se recomienda a los centros de arbitraje considerar la propuesta de modelos de acuerdo de arbitraje societario contenidos en el presente trabajo, y en caso de estar de acuerdo, proceder con su publicación en sus páginas web y redes sociales, ya que resulta sumamente importante que sean de público conocimiento y de fácil acceso para los interesados. También, se recomienda la realización de jornadas de formación con la finalidad de dar a conocer al foro venezolano sobre el modelo adoptado y promover así su utilización.

CONCLUSIONES

1. El arbitraje societario es un tipo de arbitraje especial que tiene por objeto servir de medio para dirimir conflictos intrasocietarios. Si bien en Venezuela el arbitraje societario no está regulado, la doctrina y jurisprudencia han coincidido respecto a su legalidad en el país. Además, su uso es una buena práctica ampliamente recomendada por los códigos de Buen Gobierno Corporativo.
2. Es necesario que, desde las universidades, las asociaciones de profesionales y los centros de arbitraje, se ejecuten acciones que procuren la promoción del arbitraje societario en el país, ya que su utilización no es frecuente.
3. El acuerdo de arbitraje societario alcanza a la propia sociedad como persona jurídica, a los socios fundadores (inclusive a los ausentes y disidentes para el momento de la decisión), socios futuros (que se incorporen con posterioridad a la sociedad), sus herederos, los administradores y comisarios.
4. En materia intrasocietaria siempre estaremos en presencia de asuntos relacionados con intereses económicos, por lo que no existen materias que no puedan ser libremente dispuestas por los socios y los administradores.

⁵⁰ Para el momento de elaboración del presente trabajo, los centros de arbitraje en Venezuela no cuentan con un modelo de acuerdo de arbitraje societario ni con reglas de procedimiento aplicable a este tipo de arbitraje.

5. El acuerdo de arbitraje societario no debe contener vacilaciones o contradicciones en cuanto a la voluntad de someterse al arbitraje como medio de resolución de controversias en lugar de utilizar la vía ordinaria jurisdiccional.
6. Es posible que el acuerdo de arbitraje societario forme parte de una cláusula de resolución de conflictos del tipo escalonada.
7. Cuando en el acuerdo de arbitraje societario se utiliza la expresión “cualquier controversia” se debe entender que abarca a todas las controversias intrasocietarias, es decir, que corresponda únicamente al ámbito interno de la sociedad, que pudiesen ocurrir de manera general, abarcando los conflictos derivados del contrato societario, inclusive la responsabilidad extracontractual.
8. El acuerdo de arbitraje societario debe constar por escrito, para ello, puede: (i) incluirse como parte integrante de los estatutos sociales al momento de la constitución de la sociedad, (ii) incluirse en una modificación estatutaria posterior, o (iii) mediante un pacto parasocial.
9. El arbitraje de derecho es el más idóneo para dirimir conflictos intrasocietarios debido a que tienen una naturaleza eminentemente jurídica, y porque si se elige el de equidad, dependiendo del conflicto, el laudo podría devenir en inobservancia de normas imperativas y prohibitivas que rigen al derecho de sociedades, lo cual podría afectar su validez. En caso de elegir al arbitraje independiente, se recomienda someterse a las “Reglas sobre Arbitraje Independiente” de la Asociación Venezolana de Arbitraje, para reducir las probabilidades de dilaciones relacionadas con las reglas procedimentales o con el nombramiento de árbitros.
10. Se recomienda que en el acuerdo de arbitraje societario se establezca que el número de árbitros y el tipo de procedimiento aplicable será el que disponga las reglas de una institución arbitral determinada, y que, la designación de los árbitros lo efectúe el centro de arbitraje para el caso de arbitraje institucional, o una autoridad nominadora para el caso del arbitraje independiente.

En Caracas, marzo de 2022.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Alvarez, Gustavo. Alberto Rosales. “Sumario del arbitraje societario en Venezuela”. Revista del Club Español del Arbitraje. Nro. 40. 2021.
- Bariona, Mario. “El arbitraje como medio alternativo de solución de disputas en las sociedades”. Revista Business. Legal Report. CEDCA. Junio 2012. p. 58. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/Business_327.pdf
- Bariona, Mario. “La telemática aplicada a las asambleas de accionistas en Venezuela” en Revista Venezolana de Derecho Mercantil, Nro. 4. Tomo 1. Caracas, SOVEDEM, 2020. Disponible en: https://www.sovedem.com/_files/ugd/de1016_19e72e25a49744a79a-0d288f4736df55.pdf
- Castagnino, Diego Thomás. “Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano”. Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional. Nro. 2. 2021. Asociación Venezolana de Arbitraje. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A2-pp-35-67.pdf>
- Castagnino, Diego Thomás. “Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia en materia Mercantil. (2000-2020)”. Caracas: AB Ediciones, 2021.
- Hung Vaillant, Francisco. Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano. Colección Estudios Jurídicos N° 74. 2001. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana.
- Iglesias, Jaime. “Cláusulas escalonadas: los pros y contras de este método alternativo de resolución de disputas”. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/clausulas-escalonadas-pros-contras-este-metodo-alternativo-resolucion-disputas
- Lepervanche M., Carlos. “Aproximación a la solución de conflictos societarios mediante el arbitraje”. Revista Business. Legal Report. CEDCA. Julio 2010. p. 25. Disponible en: https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/07/JULIO_-2010.pdf
- Olivencia Ruiz, Manuel. “Artículo 11 Bis. Arbitraje Estatutario”. Disponible en: [https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_\(capitulo_de_libro\)_123.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/articulo_11_bis_arbitraje_estatutario_(capitulo_de_libro)_123.pdf)
- Rengel Núñez, Pedro. Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela, Ediciones Travieso Evans. Caracas, 2021. Disponible en:

- <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/06/pedro-rengel-nun%CC%83ez-jurisprudencia-sobre-nulidad-de-laudos-arbitrales-en-venezuela-ediciones-travieso-evans.pdf>
- Rengel Romberg, Arístides. Estudios Jurídicos. 2003. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Rico Carrillo, Mariliana. “El uso de medios electrónicos en la convocatoria a la junta general de accionistas”, V-LEX: Revista de la contratación electrónica. Número 75. V-LEX, 2006.
- Rosales R., Alberto J. “Arbitraje societario y la responsabilidad extracontractual de los administradores en el derecho venezolano. Análisis jurisprudencial & doctrinal”. Revista del Club Español del Arbitraje. Nro. 22. 2015. p. 71.
- Tarrío Berjano, Manuel Gerardo. “Artículo 11 bis. Arbitraje Estatutario”. Comentarios a la Ley de Arbitraje, coordinado por Carlos González-Bueno; Consejo General del Notariado; Madrid, 2014.
- Torrealba R., José Gregorio. Jurisprudencial del Tribunal Supremo de Justicia sobre medios alternativos de solución de controversias, arbitraje comercial, arbitramento y arbitraje de inversión. 2000- 2014. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2016.

Legislación e instrumentos de *soft law*

- Asociación Venezolana de Arbitraje. “Reglas sobre Arbitraje Independiente”. Aprobadas el 09 de julio de 2021. Disponible en: <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2021/07/Reglas-AVA-sobre-Arbitraje-Independiente.pdf>
- CAF. Banco de Desarrollo de América Latina. “Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo”. Disponible en: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/555/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA. Memoria arbitral II. Compendio de laudos. Coordinación: Hernando Díaz-Candia. Caracas, 2014. Expediente Nro. 077-12, Laudo Arbitral de fecha 15 de febrero de 2013.
- Código de Comercio. Gaceta Oficial N° 475, del 21 de diciembre de 1955.
- Comisión para el estudio del arbitraje societario del Club español del Arbitraje. “Informe sobre el arbitraje societario en España”. Club Español del Arbitraje. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cea_Arbitraje_Societario_1.pdf

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453 del 24 de marzo de 2000, con la Enmienda N° 1, sancionada por la Asamblea Nacional el 14 de enero de 2009, aprobada por el Pueblo Soberano en Referéndum Constitucional el 15 de febrero de 2009, y promulgada por el Presidente de la República el 19 de febrero de 2009. Ley 11/2011, de 20 de mayo, que reforma la Ley 60/2003, de 23 de diciembre.

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

Ley de Arbitraje peruana (Decreto Legislativo N° 1071, Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008, Modificado por Decreto Legislativo N° 1231 de fecha 26 septiembre 2015.

Reglamento de Arbitraje Acelerado de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral_ear_website_sp.pdf

Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Disponible en: <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2019/10/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf>

Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Disponible en: <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/RCEDCA-2020.-Versi%C3%B3n-14-01-2020-Con-C%C3%B3digo-de-%C3%A9tica-Nuevo.pdf>

Jurisprudencia

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de fecha 5/03/2004, número de expediente 02-2992, caso: Giovanni Maray García. Magistrado ponente: José M. Delgado Ocando.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de fecha 18/07/2008, Nro. 1186, caso: interpretación del artículo 258 de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 186, de fecha 14/02/2001, caso: Fermín Toro Jiménez y otro, Magistrado ponente: Antonio García García. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/186-140201-00-1438%20.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 192, de fecha 28/02/2008, caso: Bernardo Weininger y Otros, Magistrado ponente:

te: Pedro Rafael Rondón Haaz. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1541, de fecha 17/10/2008, caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución, Magistrada ponente: Luisa Estella Morales. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia Nro. 1067, de fecha 3/11/2010, caso Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A., Magistrada ponente: Luisa Estella Morales. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político-Administrativa

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 1209, de fecha 19/06/2001, caso: Hoteles Doral, C.A., Magistrada ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 716, de fecha 23/5/2002, caso: CVG Industria Venezolana de Aluminio, C.A., Magistrado ponente: Levis Ignacio Zerpa. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00716-230502-105-115.HTM>.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 1209, de fecha 19/06/2001, caso: Hotel Doral, C.A., Magistrada ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01209-200601-0775.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 476, de fecha 25/03/2003, caso: Consorcio Barr, S.A, Magistrado ponente: Levis Ignacio Zerpa. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/marzo/00476-250303-2003-0044.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 187, de fecha 1/02/2006, caso: Guzberg, C.A., Magistrada ponente: Evelyn Marrero Ortiz. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/00187-010206-2005-5658.HTM>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia de fecha 22/02/2011, número de expediente: 2011-0065, caso: Candal & Asociados.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia de fecha 11/05/2011, número de expediente: 2011-0129, caso: Centro Portugués.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 1300, de fecha 8/10/2014, caso: Americana de Reaseguros, S.A. vs. Aseguradora Nacional Unida UNISEGUROS, S.A, Magistrada ponente: Evelyn Margarita Marrero Ortiz. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/169515-01300-81014-2014-2013-0133.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia Nro. 199, de fecha 21/02/2018, caso: Jesús Ramón Rodríguez vs. Corporación LSR, C.A, Magistrada ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero. <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/207982-00199-21218-2018-2015-0529.HTML>

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 23/02/2017, número de expediente 16-1024, caso: María Lourdes Pinto De Freitas. Magistrado ponente: Juan José Mendoza Jover.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 4/4/2013, número de expediente 2012-000586, caso: Inversiones 30-11-98 C.A. vs. Constructora 888 C.A. Magistrado ponente: Isbelia Pérez Velásquez.

Otros

Tribunal Superior Séptimo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, sentencia de fecha 16/09/2015, con motivo de Recurso de nulidad de fecha 18/03/2013 contra el Laudo Arbitral preliminar de fecha 4/02/2013, caso: Alberto Rosales vs. Eduardo José Márquez.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL (Especial referencia al arbitraje donde una de las partes es una empresa del Estado)



IRENE LORETO GONZÁLEZ*

Resumen: I. Introducción. II. Medidas cautelares como medio para obtener la tutela judicial efectiva: 1) Naturaleza y función de las medidas cautelares. 2) Medidas cautelares en procesos de Derecho comparado: a) En el Derecho francés. b) En el Derecho español. 3) Las medidas cautelares en el proceso Contencioso Administrativo Venezolano: a) Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia 1977. b) Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso Administrativa 2010. III. Las Medidas cautelares en el Arbitraje en Venezuela. 1) Normativa que rige las Medidas cautelares. 2) Los requisitos *de Periculum in Mora y Fumus Boni juris*. 3) Oportunidad procesal de las medidas Cautelares en el Código de Procedimiento Civil y la jurisprudencia. 4) Oportunidad Procesal de las medidas Cautelares en los Reglamentos de los Centros de Arbitraje con sede en Caracas. 5) Corte Internacional de Arbitraje, Cámara de Comercio (Paris). 6) Tipo de medidas Cautelares previstas en los Reglamentos de algunos de los Centros de Arbitraje más relevante en Venezuela. a) Medidas cautelares nominadas, b) medidas cautelares innominadas, c) suspensión temporal de efectos de acto administrativo, e) amparo constitucional cautelar, 7) Órganos de ejecución de las medidas cautelares en el Arbitraje.

Palabras clave: Medidas cautelares en el Arbitraje Comercial. Arbitraje de emergencia. Suspensión de efectos de Acto Administrativo. Arbitraje comercial como sustituto del contencioso administrativo. Amparo constitucional como medida cautelar en el Arbitraje. Ley de Arbitraje Comercial Venezuela. Empresas del Estado. Garantía para la ejecución del laudo definitivo.

Abstract: Introduction. II. Precautionary or interim measures to obtain effective judicial protection: 1) Nature and function of Interim measures. 2) Interim measures in Comparative Law processes: a) In French Law. b) In Spanish law. 3) Interim measures in the Venezuelan Cont-

* Doctora en Derecho y Especialista en Derecho Administrativo Universidad Central de Venezuela. Profesora Derecho Administrativo Universidad Central de Venezuela. Arbitro de la lista de los Centros de Arbitraje CEDCA y Cámara de Caracas.

tious-Administrative process: a) Organic Law of the Supreme Court of Justice 1977. b) Organic Law of the Contentious-Administrative Jurisdiction 2010. III. Interim Measures in Arbitration in Venezuela. 1) Regulations about Interim measures. 2) The requirements of *Periculum in Mora and Fumus Boni juris*. 3) Procedural opportunity of Interim measures. 4) Procedural Opportunity of Interim Measures in the Regulations of the Arbitration Centers based in Caracas. 5) Type of Interim Measures provided for some of Venezuelan Arbitration Centers. 6) Enforcement Authority of Interim measures in Arbitration.

Key words: Interim measures in Commercial Arbitration. Emergency arbitration. Suspension of effects of Administrative Act. Commercial arbitration as a substitute for administrative litigation. Constitutional protection as a Interim measure in Arbitration. Venezuelan Commercial Arbitration Law. State company. Guarantee for the execution of the final award.

I. INTRODUCCIÓN

En la historia del Derecho contemporáneo, tanto en Venezuela como en el Derecho Internacional, el arbitraje comercial independiente de la jurisdicción ordinaria es un mecanismo legal que podríamos calificar de novedoso¹, pero más reciente aún es la inclusión de esta práctica en los reglamentos de los Centros de Arbitraje que incumben al sistema de aplicación de los medios alternativos de resolución de conflictos.

Por ejemplo, el Centro Ejecutivo de Conciliación y Arbitraje CEDCA, en su reglamento contempla las *medidas cautelares* en el artículo 38². El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas regula las medidas cautelares en la exposición de motivos y en los artículos 2, 21, 24 y 66 de su Reglamento³. Más adelante nos referiremos muy someramente al reglamento de la Corte internacional de Arbitraje de la Cámara de comercio internacional, en donde igualmente son muy novedosas las *medidas cautelares*.

¹ La Ley de Arbitraje Comercial en Venezuela data de 1998. Anteriormente ya existía una figura de Arbitraje, dentro de las previsiones del Código de Procedimiento Civil.

² Reglamento del CEDCA. <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/RCED-CA-2020.-Versi%C3%B3n-14-01-2020-Con-C%C3%B3digo-de-%C3%A9tica-Nuevo.pdf>. Consultado el 27 de marzo 2022.

³ Reglamento de la Cámara de Caracas. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2019/10/RGCC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf>. Consultado el 27 de marzo 2022.

Nos aproximaremos a todas esas ideas, conceptos y elementos típicos de las medidas cautelares en General con el objeto de revisar principalmente en este trabajo la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, para analizar a la figura clásica del contencioso administrativo venezolano conocida como la “suspensión temporal de efectos del acto administrativo” prevista en el artículo 103 y siguientes de la Ley Orgánica de la jurisdicción Contencioso Administrativa⁴ y plantearnos entonces si en un arbitraje comercial ante un Centro de Arbitraje, el Tribunal Arbitral podría “suspender los efectos de un acto administrativo”, para lo cual tendríamos que inexorablemente involucrarnos en el supuesto de un caso de arbitraje en el que una de las partes sea una sociedad donde República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%), como lo prevé el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana⁵, recordando que los Centros de Arbitraje, nacional o internacional, vienen a sustituir (por la voluntad de las partes) la jurisdicción de los tribunales ordinarios, y de esa manera venir a garantizar la figura constitucional de la llamada “tutela judicial efectiva” como medio para sostener el Estado de Derecho. Entonces también, podríamos considerar que, en este tipo de Arbitraje, los árbitros vendrían a sustituir a los jueces de la jurisdicción contencioso-administrativa que en nuestro sistema normativo venezolano conocen de los juicios contra los llamados “contratos administrativos”.

II. MEDIDAS CAUTELARES COMO MEDIO PARA OB-TENER LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1) Naturaleza y Función de las medidas cautelares

Partiendo entonces del supuesto en el que el arbitraje, y todos sus mecanismos institucionales, forman parte del sistema jurídico de protección de derechos y garantías, queremos estudiar en este trabajo las medidas cautelares en el Arbitraje comercial, es por ello que consideramos prudente y enriquecedor abordar a las medidas cautelares en ge-

⁴ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/Mayo/0227-2513-2013-12-1512.html> . Consultado el 23 de marzo de 2022.

⁵ Ley de Arbitraje Comercial, <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela-Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial.pdf>. Consultado el 25 de marzo de 2022.

neral para encontrar así los elementos comunes en la doctrina, legislación y jurisprudencia atinentes a la provisionalidad de una decisión emergente.

La necesidad de las medidas cautelares se plantea cuando existen situaciones que no pueden esperar las resultas de un proceso ordinario, pues sabemos que la justicia tardía puede ser la peor de las injusticias. De ahí que la doctrina procesal moderna⁶ se está debatiendo por encontrar un cauce para resolver esas circunstancias emergentes, y es por ello que en la actualidad los términos tutela judicial efectiva, o medidas emergentes, han tomado forma, siguiendo las teorías cautelares clásicas o bien adoptando corrientes distintas.

Podemos definir entonces la medida cautelar, como aquella decisión emanada de un Tribunal, que viene a ser como el remedio arbitrado por el Derecho para conjurar los riesgos que la duración del proceso puede suponer para la eficacia de los eventuales pronunciamientos que se dicten al final del mismo⁷.

Las Medidas Cautelares entonces, “más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia”⁸. Es por ello que consideramos urgente la necesidad de aplicar la legislación sobre las tutelas de emergencia para asegurar la tutela efectiva en la oportunidad adecuada; por cuanto en nuestro criterio, aún existe timidez en los jueces (o Árbitros) de conceder las medidas por temor a errar en su criterio sobre la apreciación de los requisitos clásicos para su otorgamiento como lo son el “*periculum in mora*” o el “*fumus boni juris*”.

Como un modo de seguir legislando en aras de buscar la protección jurídica inmediata, aparecen así en el Derecho comparado, las tutelas de urgencia o los “procesos urgentes”. “La nota característica de tales procesos es la prevalencia que se asigna al principio de celeridad, que

⁶ 6 Cfr. Eduardo, García De Enterría, “Hacia una nueva justicia Administrativa”, Edit. Civitas, Madrid 2da. Ed. Ampliada, 1989, Cap. II, págs. 43-45.

⁷ El Código de Procedimiento Civil Venezolano define las medidas cautelares en su artículo 588 y nomina específicamente tres: El embargo de bienes muebles, el secuestro de bienes determinados y la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles (medidas cautelares nominadas). Luego, en el Parágrafo Primero del mismo artículo indica que “Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas (...) El tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas (...) (medidas cautelares innominadas)

⁸ CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Edit. “El Foro”, 1997, p.44/45).

conduce a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz”⁹.

Los requisitos que condicionan la procedencia de toda medida cautelar, que como hemos señalado *supra* son: i) el *fumus boni iuris* con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho y, ii) *el periculum in mora*, el cual es determinable por la sola verificación del requisito anterior, ya que la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho conduce a la convicción de que debe preservarse *ipso facto* la actualidad del mismo ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la sentencia, laudo arbitral o resolución definitiva a la parte que alega la violación.

Las medidas cautelares constituyen un reto, para los abogados litigantes, para los jueces y para los árbitros. No en vano el jurista español Eduardo García de Enterría titula una de sus obras “La batalla por las medidas cautelares” y en ella señala “¿Por qué el juez contencioso administrativo no puede ejercer sobre las partes la plenitud de sus poderes, fiscalización plena sin inmunidades del Poder, (...) para que la tutela pueda ser efectiva? Lo que está latiendo es la arcaica concepción de que la jurisdicción contencioso-administrativa no es más que una jurisdicción parcial sobre un super sujeto (la administración pública) que, por su propia naturaleza, no puede someterse a juez alguno”¹⁰.

Esta afirmación del maestro García de Enterría, muy bien pudiera trasladarse al arbitraje comercial, cuando una de las partes en el proceso es una sociedad del Estado como lo regula el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

2) Medidas cautelares en procesos de Derecho Comparado

Dedicamos unas breves reflexiones al Derecho comparado, como un modo de evidenciar o reflejar que las medidas cautelares son necesarias y novedosas, sobre todo en materia de arbitraje comercial donde una de las partes de la controversia sea una empresa del Estado. Por ello nos referimos de manera especial al contencioso administrativo en general,

⁹ Mabel, De Los Santos “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, FUNDESI, Escuela Judicial, “Procesos urgentes”, clase del 10-4-00).

¹⁰ Eduardo García de Enterría, “La Batalla por las medidas cautelares”, Edit. Civitas, Madrid 2da Edición 1995. Prólogo a la Segunda Edición, Pág.20.

ya que en nuestra opinión los **árbitros** vendrían a tener, en este tipo de arbitrajes, las potestades de un juez de lo contencioso administrativo.

a) En el contencioso administrativo francés

El Derecho francés a partir del dictado del Decreto 907 –Art. 2º- del 2 de setiembre de 1988- que añadió un nuevo párrafo al Art. 102 del Código de Tribunales Administrativos-, introduce una innovación importante en materia cautelar, con lo que se consolida el ámbito de protección cautelar en el contencioso-administrativo a través del *référé provision* que permite imponer a la Administración medidas de contenido positivo. Cabe destacar también que el Art. 3º del Decreto sólo permite suspender en apelación o en casación un auto que acuerde el *référé-provision* si de su ejecución pudieran derivarse “consecuencias difícilmente reparables” o si los motivos alegados en su contra parecen serios dado el estado de la instrucción, de modo que permitan suponer la desestimación de la demanda.

Existe otro procedimiento de reciente creación que se introdujo en 1992 denominado “petición de urgencia precontractual”. Permite al juez suspender preventivamente la conclusión de un contrato público.

Cabe concluir, que en cuanto al procedimiento a seguir que las peticiones de urgencia están caracterizadas por una gran flexibilidad en la instrucción, como consecuencia del carácter urgente del procedimiento y que en el contencioso administrativo francés funciona globalmente bastante bien¹¹.

b) En el contencioso-administrativo español

La Ley 29 del 13 de julio de 1998 “Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa” resalta las medidas cautelares inminadas en el Título II, Capítulo II. En los Arts. 129 a 136 establece que los interesados en el procedimiento contencioso administrativo podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Refiere también a que, si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el momento de la interposición de la demanda. La medida cautelar

¹¹ Patrick Frydman, “Las medidas cautelares frente a la Administración Pública en el régimen jurídico francés”, Pub. Diario El Derecho, 28-6-00, p. 1/3.

podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de las disposiciones pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso. Agrega que la medida podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada¹².

3. Las medidas cautelares en el proceso Contencioso Administrativo Venezolano

a) Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia 1977

La extinta Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, publicada en 1977, ya contemplaba en su artículo 136, la figura de la suspensión temporal de efectos del acto administrativo: “A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos del acto administrativo de efectos particulares”, y ese criterio, como hemos mencionado *supra*, ha sido recogido también en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 2010¹³

El Capítulo V de esta Ley regula el Procedimiento de las Medidas Cautelares y en su Artículo 103 indica que “Este procedimiento regirá la tramitación de las medidas cautelares, incluyendo las solicitudes de amparo constitucional cautelar, salvo lo previsto en el artículo 69 relativo al procedimiento breve”.

El Artículo 104 *ejusdem*, señala los requisitos de procedencia: “A petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia del buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva.

¹² Ernesto, De La Rocha García “Procesos y medidas cautelares en los Procedimientos Civiles, Penales, Mercantiles, Laborales Administrativos Económicos-Administrativos y Contenciosos-Administrativos”, Granada, 1999, Págs.192/4).

¹³ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa http://www.contraloriaestadotachira.gob.ve/site/uploads/pdf/normativa_legal/Ley%20Organica%20de%20la%20Jurisdiccion%20Contencioso%20Administrativa%202010.pdf . Consultada el 26 de marzo de 2022.

El tribunal contará con los más amplios poderes cautelares para proteger a la Administración Pública, a los ciudadanos o ciudadanas, a los intereses públicos y para garantizar la tutela judicial efectiva y el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso.

En causas de contenido patrimonial, el tribunal podrá exigir garantías suficientes al solicitante”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político-Administrativa, ha reiterado que esa medida cautelar es una medida excepcional a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo, derivados de la presunción de legalidad de la cual están investidas las actuaciones de la Administración, que pretende evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del auto porque ello podría constituir un atentado al derecho fundamental al acceso a la justicia y al debido proceso¹⁴.

c. Código de Procedimiento Civil

La Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en varios casos hace referencia al Código de Procedimiento Civil, por lo cual, en algunos casos, dicho Código tiene aplicación supletoria, dentro del contexto de esta Ley.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE EN VENEZUELA

1. Normativa que rige las Medidas cautelares

En nuestra opinión, la normativa que rige las medidas cautelares para el arbitraje en Venezuela está recogida inicialmente en los reglamentos de Arbitraje de cada Centro, y por la naturaleza jurídica del Arbitraje como una figura de medios alternativos de resolución de conflictos escogida por las partes, éstas podrán fijar en el acta de misión

¹⁴ Cfr. Sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fechas 6 de febrero de 2001, número 63, caso *Aserca Airlines*; 6 de febrero de 2001 número 68 *Mervin Antonio Peley Quintero*; 6 de marzo de 2001, número 277 caso *Santa Caterina da Siena S.R.L.*; 28 de marzo de 2001, número 00507 caso *Rhone Poulenc Rorer de Venezuela S.A.*

o acta de términos de referencia, si desean acogerse expresamente a las prescripciones del Código de Procedimiento Civil para adoptar las medidas cautelares, nominadas o innominadas, para trasladar al Árbitro o al Tribunal arbitral todas las potestades de un juez en los términos prescritos por dicho Código, y para determinar la oportunidad de solicitar o ejecutar las medidas, y acudir cuando haga falta a la jurisdicción ordinaria para pedir ayuda en la ejecución de las medidas cautelares adoptadas. Sin embargo, no necesariamente el Código de Procedimiento Civil es una norma supletoria en los procedimientos de arbitraje, sino una norma de referencia que indudablemente tiene mucho que aportar, pero que en nuestra opinión, si no se ha pactado previamente entre las partes, no puede ser alegada dentro del proceso arbitral por encima de lo regulado en el Reglamento del Centro de Arbitraje.

2. Los requisitos de *Periculum in Mora*, *Fumus Boni juris* y *medio probatorio*

El *Periculum in Mora*, *Fumus Boni juris* y medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama, son requisitos que universalmente han sido considerados por la legislación y la doctrina como necesarios para el otorgamiento de una medida cautelar. Es competencia del demandante aportar todas las pruebas que demuestren la presunción del buen derecho y el peligro de que el laudo definitivo no logre reparar el daño.

De todo lo anterior, entendemos que los medios de prueba en materia de medidas cautelares siempre han constituido un elemento en el que se mezcla cierto aire subjetivo en su apreciación, y que el árbitro necesite del coraje de su convicción en las mismas para valerse de ellas como motivación en su decisión. Es por ello que en estos casos de “subjetivismo”, toda la doctrina procesal, incluyendo nuestro Código de Procedimiento Civil, prevé un mecanismo de seguridad para el Juez, que consiste en la orden de mandar a ampliar las pruebas.

De esta manera, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 601 establece que “Cuando el Tribunal encontrare deficiente la prueba producida para solicitar las medidas preventivas, mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia determinándolo. Si por el contrario hallase bastante la prueba, decretará la medida solicitada y procederá a su ejecución”.

En cualquier caso, también cometería un error el Tribunal si decretara improcedente la medida cautelar por considerar que no se aportaron las pruebas, porque el artículo 601 precedentemente transcrito, ordena “mandar” a ampliar la prueba producida.

En el caso de un proceso en la Jurisdicción ordinaria, la norma contenida en el artículo 601 del Código de Procedimiento Civil no es una norma de aplicación potestativa del Juez. Es una norma vinculante, ordenante, de cumplimiento obligatorio para el Juez concedor de la norma, ya que establece “mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia determinándolo.”

De ahí que nuestra legislación entiende de tutela judicial efectiva, y por ello prevé las medidas cautelares como un ejercicio de la misma. Entendemos que un Árbitro pueda dudar en la aplicación de este cada vez más novedoso sistema de “protección y tutela judicial efectiva” como lo son las medidas cautelares innominadas, sin embargo no es por la vía de la “inexistencia de pruebas” que un Árbitro pueda “zafarse” de este tal vez “arriesgado y engorroso” cometido de proteger a la parte en riesgo, pues la Ley prevé que cuando faltan las pruebas, “mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia, determinándolo” (Art. 601 del Código de Procedimiento Civil).

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Caracas, prevé en su Artículo 66 que “A partir de su constitución, el Tribunal Arbitral que conozca de los méritos del asunto podrá de oficio o a solicitud de parte decretar las Medidas Cautelares que considere necesarias respecto del objeto en litigio. A los fines de su dictamen, el Tribunal Arbitral podrá solicitar al interesado, dentro del plazo que estime razonable, la presentación de aclaratorias o la ampliación de las pruebas que demuestren la necesidad de su decreto, así como el otorgamiento de una caución o de una garantía que considere suficiente”.

El Reglamento del CEDCA prescribe en su artículo 28 las normas relativas a las medidas cautelares, sin embargo no indica expresamente que el Tribunal Arbitral deba solicitar pruebas adicionales para ampliar el cumplimiento de la presunción de un buen derecho y el peligro de daño inminente, sin embargo, en nuestra opinión, no existe ningún impedimento para que los árbitros puedan solicitar ampliación de esas pruebas y conceder la medida cautelar, porque lo que no debería suceder en la negación de las medidas cautelares solicitadas por falta de pruebas.

Ante la clara posibilidad de conceder medidas cautelares, que los Reglamentos de los Centros de Arbitraje consagran, cabría preguntarse ¿cuál sería la irreparabilidad de un daño?, ¿cuáles son los extremos de esta irreparabilidad? Para responder estas interrogaciones, pensamos que existen dos vías. La primera es la profundización en lo que significa daño irreparable, la segunda la estimamos por la ruta del alcance y razón de ser de las medidas cautelares.

En relación con el daño irreparable, como elemento de valoración para el otorgamiento de la medida cautelar, nuestra jurisprudencia ha señalado que son las medidas cautelares las únicas que pueden impedir que se sigan ocasionando daños a las partes afectadas¹⁵.

De la sentencia Leongines Arellano Barrientos y otros¹⁶, inferimos que el daño irreparable se valora como elemento definitivo en el otorgamiento de la medida cautelar, en cuanto la medida impida que se siga sucediendo ese daño.

En cuanto a la naturaleza de las medidas cautelares, recordamos que nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva y al resultado práctico que aseguran preventivamente. Más que a hacer justicia contribuyen a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia¹⁷.

3. Oportunidad procesal de las medidas Cautelares, El Código de Procedimiento Civil, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia

a) El Código de Procedimiento Civil, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.

Ambos fijan criterio en relación con la oportunidad procesal de las medidas cautelares. De esta manera encontramos la sentencia que señala que “El encabezamiento del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil señala que las medidas cautelares pueden ser decretadas

¹⁵ (Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 16 de junio de 1998, Leongines Arellano Barrientos y otros, Expediente N°900).

¹⁶ (Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno de fecha 16 de junio de 1998, Leongines Arellano Barrientos y otros, Expediente N°900).

¹⁷ (Cfr. Piero Calamandrei, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Edit. “El Foro”, 1997, p.44/45).

en cualquier estado y grado de la causa. Más adelante, dicho artículo establece en su Parágrafo Primero, que el tribunal podrá acordar “las providencias cautelares que considere adecuadas” (cautelares innominadas), cuando hubiere fundado temor de que “una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”. Esta última expresión sugiere la idea de la existencia de una demanda intentada y admitida, de un litigio en curso.

La doctrina procesal civil venezolana y la jurisprudencia considera que las medidas cautelares innominadas pueden decretarse aun sin haberse citado para la contestación de la demanda, puesto que la parte contraria “queda postulada con la sola deducción de la demanda”, por lo cual, el carácter o cualidad de parte se adquiere por el hecho de ser sujeto pasivo de la pretensión, con tal de que ésta haya sido admitida, aunque no hubiere mediado citación¹⁸.

Sin embargo, la Corte misma expresó que “En nada obsta el anterior criterio jurisprudencial, para que en la oportunidad de conocerse de una solicitud de medida cautelar innominada, la Corte se pronuncie en el mismo acto sobre la admisibilidad del recurso que la motiva. Ello constituye una aproximación al *desideratum* legal, plasmado en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, referido a que toda medida cautelar puede ser decretada “en cualquier estado y grado de la causa”, es decir, desde que es admitida la demanda hasta el vencimiento del plazo concedido por el juez de la ejecución, para el cumplimiento voluntario de la sentencia”¹⁹.

b) Papel de la jurisprudencia, medidas cautelares provisionales

Igualmente llama nuestra atención cómo la jurisprudencia viene asumiendo el vacío legislativo en materia de medidas cautelares en el contencioso administrativo y la tendencia a la ampliación de los poderes cautelares del Juez a través de los criterios que establecen las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. De esta manera se han implementa-

¹⁸ Ricardo Henríquez La Roche. Código de Procedimiento Civil. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia 1986. Tomo IV, Pág. 324.

¹⁹ *Sentencia de la Corte en Pleno de fecha 16 de junio de 1998, Leongines Arellano Barrientos y otros, Expediente N° 900).*

do las llamadas medidas cautelares provisionales que actúan como cautelares dentro de un proceso cautelar. (Sala Político-Administrativa, caso Constructora Pedeca, de fecha 16 de marzo de 2000). Estas medidas se fundamentan en los artículos de la Constitución relativos a la garantía del goce de los derechos humanos²⁰.

Sin embargo, también notamos, cómo existe esa timidez por parte del Juez del Contencioso Administrativo en el otorgamiento de las medidas cautelares. Con frecuencia nos encontramos la respuesta negativa ante la solicitud de una medida cautelar y el fundamento de la negativa por parte de Juez está fundamentada en que “conceder tal medida implica tocar el fondo del asunto”. Ante tal respuesta nos preguntamos ¿No es el requisito del buen derecho *-fumus boni iuris-* que debe apreciar el juez, una cierta aproximación al fondo del asunto? Consideramos que cuando el legislador presupone para el otorgamiento de una medida cautelar la presunción de un buen Derecho, implica que el Juez ha debido hacerse un criterio sobre el asunto y al menos “presumir” que quien solicita la medida tiene –en principio- la razón en su requerimiento. Consideramos por tanto que esa salida del Juez que se fundamenta en que “se está tocando el fondo del asunto” para negar una medida cautelar, es contraria a Derecho por cuanto la misma legislación requiere esa apreciación del buen derecho que en definitiva es el fondo del asunto²¹.

La procedencia de las medidas cautelares innominadas está determinada por los requisitos establecidos en los artículos 585 y 588, Parágrafo Primero del Código de Procedimiento Civil, que son los siguientes: 1) El riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, es decir, el *periculum in mora* que se manifiesta por la infructuosidad o la tardanza en la emisión de la providencia principal, según enseña

²⁰ En este sentido Cfr. “Los poderes del Juez Contencioso Administrativo a la luz de la nueva Constitución”. María Amparo Grau. <https://www.scribd.com/document/399531550/Los-Poderes-Del-Juez-Contencioso-Administrativo-a-La-Luz-de-La-Nueva-Constitucion-de-1999>. Consultado el 23 de marzo de 2022.

²¹ Voto Salvado Dr. La Roche “Recordando la noción jurídica que el autor Piero Calamandrei señala respecto a este supuesto, se observa que el “*fumus boni iuris*” implica que exista presunción grave del derecho que se reclama. Esto es, “que según un cálculo de probabilidades, el solicitante de la medida resultará vencedor en la definitiva”, lo cual amerita, por tanto, que se presuma gravemente que en efecto, su pretensión principal es valedera” *Sentencia de la Corte en Pleno de fecha 16 de junio de 1998, Leongines Arellano Barrientos y otros, Expediente N° 900*).

Calamandrei. 2) La existencia de un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama y del riesgo definido en el requisito anterior. 3) La existencia de un temor fundado acerca de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En relación con este último requisito milita la exigencia de que el riesgo sea manifiesto, esto es, patente o inminente.

Respecto de los requisitos de las medidas cautelares caben las siguientes precisiones de doctrina procesal. El *periculum in mora* tiene como causa constante y notoria, la tardanza del juicio de cognición, “el arco de tiempo que necesariamente transcurre desde la deducción de la demanda hasta la sentencia ejecutoriada”, el retardo procesal que aleja la culminación del juicio. El *fumus boni iuris* supone un juicio de valor que haga presumir que la medida cautelar va a asegurar el resultado práctico de la ejecución o la eficacia del fallo. La medida cautelar innominada encuentra sustento en el temor manifiesto de que hechos del demandado causen al actor lesiones graves o de difícil reparación y en esto consiste el “mayor riesgo” que, respecto de las medidas cautelares nominadas, plantea la medida cautelar innominada. El solicitante de una medida cautelar innominada debe llevar al órgano judicial, elementos de juicio -siquiera presuntivos- sobre los elementos que la hagan procedente en cada caso concreto²².

4. OPORTUNIDAD PROCESAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS REGLAMENTOS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE CON SEDE EN CARACAS

De la lectura de la normativa contenida en los reglamentos de los Centro de Arbitraje más relevantes con sede en Caracas, a semejanza de la Corte de Arbitraje Internacional con sede en París, observamos que las medidas cautelares también pueden otorgarse por el Tribunal Arbitral en cualquier grado y estado del proceso. Sin embargo, a diferencia del proceso ordinario previsto en el Código de Procedimiento Civil al cual aludimos *supra*, habitualmente los Reglamentos de Arbitraje pre-

²² Sentencia de la Corte en Pleno de fecha 16 de junio de 1998, Leongines Arellano Barrientos y otros, Expediente N° 900).

vén que, si la medida se solicita al inicio del proceso, se constituye un Tribunal Arbitral de Emergencia, diferente del Tribunal Arbitral que conocerá del fondo de la controversia, que solamente va a conocer del proceso cautelar o de emergencia. En nuestra opinión, estas previsiones pretenden salvaguardar la imparcialidad de los árbitros que conocerán del fondo de la controversia, para evitar futuras complicaciones sobre la validez del laudo final, ya que será emitido por árbitros que no decidieron sobre la medida cautelar.

Sin embargo, nada impide en los citados Reglamentos de Arbitraje que una vez iniciado el procedimiento arbitral, si las partes lo solicitan, el Tribunal Arbitral podría otorgar también una medida cautelar.

a) Reglamento de Conciliación y Arbitraje del CEDCA

El Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Cedca, vigente desde 2020²³, contiene en su Artículo 38 las normativas sobre las Medidas cautelares. Así el numeral 1) establece que “Salvo acuerdo en contrario de las partes, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, el Tribunal Arbitral, a solicitud de parte, podrá decretar cualesquiera medidas cautelares que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar el decreto de tales medidas, al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien se dirijan las medidas, por los daños y perjuicios que éstas pudieren ocasionarle. Las medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada”.

El numeral 2) señala que “ Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando circunstancias de urgencia lo ameriten, cualesquiera de las partes podrán, antes del nombramiento de los árbitros y previo el pago de los honorarios y gastos previstos en el Apéndice de Costos y Honorarios de este Reglamento, solicitar al Directorio del CEDCA que designe de la Lista oficial de árbitros, un Tribunal Arbitral de Urgencia, compuesto, a juicio del Director Ejecutivo del CEDCA, por un (1) árbitro, para que resuelva exclusivamente sobre el decreto de las medidas cautelares solicitadas. La designación de este árbitro, la hará el Directo-

²³ <https://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2020/03/RCEDCA-2020.-Versi%C3%B3n-14-01-2020-Con-C%C3%B3digo-de-%C3%A9tica-Nuevo.pdf> . Consultado el 23 de marzo de 2022

rio del CEDCA entre los inscritos en la Lista oficial de árbitros que no estén actuando en ese momento como tales en un arbitraje administrado por el CEDCA. Cualquier medida decretada por dicho Tribunal Arbitral de Urgencia, podrá estar subordinada al otorgamiento de una garantía suficiente y eficaz para responder a la parte contra quien obre la medida por los daños y perjuicios que ésta pudiere ocasionarle.

El numeral 3) prevé que “Estas medidas deberán ser decretadas mediante decisión motivada y podrán ser inaudita parte cuando así lo considere justificado el Tribunal Arbitral de Urgencia, el cual determinará la oportunidad, si fuere el caso, en la que se deberá notificar la demanda o la medida cautelar o su rechazo a la parte contra quien se dirigen o solicitan las medidas cautelares.

Así mismo el numeral 4 indica que “No se decretará la medida de embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, ni las medidas cautelares innominadas, o deberán suspenderse si estuviesen ya decretadas, si la parte contra quien haya recaído diere garantía suficiente y eficaz a juicio del Tribunal Arbitral”

El numeral 5) abre un proceso de oposición a las medidas y expone que “Quien resulte afectado por la medida cautelar, podrá oponerse a ella mediante escrito que presentará en electrónico ante el Director Ejecutivo del CEDCA. 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. De igual forma, será el encargado de revocar, modificar, suspender o confirmar la medida dictada, o será el encargado de exigir la ampliación de la garantía otorgada, o de declarar que esta garantía ya no es necesaria.

Una particularidad que positivamente llama la atención, es la posibilidad de suspender una medida cautelar ya otorgada si la parte interesada consigna en el expediente una garantía suficiente y eficaz, así el numeral 4) señala que “ No se decretará la medida de embargo ni la prohibición de enajenar y gravar, ni las medidas cautelares innominadas, o deberán suspenderse si estuviesen ya decretadas, si la parte contra quien haya recaído diere garantía suficiente y eficaz a juicio del Tribunal Arbitral”.

El numeral 6) contempla que “El Tribunal Arbitral podrá tomar cualesquiera medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial”.

b) Reglamento General de Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas²⁴

El Libro III contiene las previsiones sobre las Medidas Cautelares de Urgencia y el Artículo 24 se refiere a la Solicitud de dichas Medidas: “ Cuando uno de los interesados requiera el decreto de Medidas Cautelares de Urgencia antes del inicio del arbitraje, con la Solicitud de Arbitraje o durante el transcurso de procedimiento arbitral, antes de la constitución del Tribunal Arbitral, podrá dirigir una petición por escrito a la Dirección Ejecutiva para que esta designe un Tribunal Arbitral de Emergencia, quien aplicará lo dispuesto en el artículo 66 de este Reglamento”.

El Artículo 25 establece las condiciones del contenido de solicitud y señala que “Si la Medida Cautelar de Urgencia es solicitada con antelación al inicio del procedimiento arbitral, la Solicitud deberá contener:

- a) Identificación de las partes, incluyendo direcciones físicas y electrónicas y números telefónicos.
- b) La descripción de la disputa a ser sometida a arbitraje y de las circunstancias que ameritan el decreto de la medida cautelar.
- c) La indicación de la medida cautelar solicitada y la fundamentación de la petición.
- d) El documento donde conste que las partes se han sometido a arbitraje, así como cualquier otro instrumento que fundamente su petición.

Parágrafo Único: Toda Solicitud de Medidas Cautelares de Urgencia deberá ir acompañada del pago de una Tarifa de Registro equivalente a 75 U.T. Dicho pago no es reembolsable y cubre los gastos operativos iniciales.

El Artículo 26 da las condiciones de Aceptación de la Solicitud: “Si la Solicitud cumple con los requisitos previstos en el artículo anterior,

²⁴ Cfr. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2019/10/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf>

la Dirección Ejecutiva deberá aceptarla a la brevedad posible y abrirá un cuaderno especial para tramitarla”.

El Artículo 27 se refiere a la Consignación de Tarifa Administrativa y Honorarios del Tribunal Arbitral de Emergencia. “La Dirección Ejecutiva notificará a la parte solicitante los montos que se deben por concepto de Tarifa Administrativa y Honorarios del Árbitro de Emergencia decididos por el Comité Ejecutivo, conforme al Anexo I de este Reglamento, así como del plazo para su consignación.

Vencido el plazo sin que hubiere consignado estos montos, la Dirección Ejecutiva podrá archivar el cuaderno especial, sin perjuicio del derecho de la parte solicitante a presentar una nueva Solicitud de Medidas Cautelares de urgencia”.

5. CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE, CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (PARIS)²⁵

La petición de Medidas de Emergencia (o cautelares) está prevista por primera vez en la Corte internacional de Arbitraje en el año 2017. El Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje de la CCI (el “Reglamento”) establece que la petición de medidas de emergencia (la “Petición”) se hará a la Secretaría en cualquiera de las oficinas especificadas en el Reglamento Interno de la Corte (en el Apéndice II del Reglamento), y las regulaciones están previstas en el Anexo V. Estas previsiones no son aplicables a los siguientes casos: a) el acuerdo de arbitraje bajo el Reglamento fue concluido antes del 1º de enero de 2012; b) las partes optaron por excluir las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia; o c) el acuerdo de arbitraje en que se fundamenta la petición deriva de un tratado.

Este reglamento prevé la posibilidad que cualquier parte “solicite medidas cautelares o provisionales urgentes de una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de dichas medidas, y en circunstancias apropiadas aun después, de conformidad con el Reglamento. Cualquier solicitud de tales medidas a una autoridad

²⁵ Cfr. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>

judicial no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría”.

En Venezuela, en el Arbitraje doméstico, el Artículo 5° de la Ley de Arbitraje Comercial establece, que “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.”

6. TIPO DE MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS EN LOS REGLAMENTOS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE DE CARACAS

a) Medidas cautelares nominadas

Las así llamadas por el Código de Procedimiento Civil venezolano, citado *supra*, como medidas cautelares nominadas, las cuales conocemos como, embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar.

b) Medidas cautelares innominadas

Se refieren a cualquier medida que proteja al interesado las resultas del Arbitraje, y que no sea embargo, secuestro o prohibición de enajenar y gravar. El Reglamento del CEDCA añade un elemento diferente cuando indica en el numeral 6) del artículo 38, la protección de secretos comerciales o industriales e información confidencial.

c) Suspensión de efectos del Acto Administrativo

Como sabemos, la suspensión de efectos del Acto Administrativo es también una medida cautelar prevista por la legislación venezolana, y avalada reiteradamente por infinidad de sentencias, típica del Contencioso Administrativo en los Recursos de nulidad contra Actos Administrativos de efectos particulares.

Evidentemente, y a primera vista, un acto Administrativo de efectos particulares escapa del control jurisdiccional que viene a constituir el arbitraje en Venezuela, como un aparato auxiliar de la maquinaria judicial del Estado. Tajantemente afirmamos que el arbitraje no es la vía jurídica para solicitar la nulidad de un acto administrativo y por ende tampoco su suspensión.

Sin embargo, observamos que el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana, abre las puertas al Arbitraje para formar parte también del sistema judicial especial que llamamos Contencioso Administrativo, es decir del control judicial de los actos del poder público. En nuestra opinión, eso sucede cuando un Tribunal Arbitral viene a conocer de un “contrato” en el que una sociedad del estado forma parte. Estos contratos han sido calificados por parte considerable de la doctrina como “contratos administrativos”.

La Administración Pública, puede ser parte de un contrato con un particular, donde se contenga una cláusula arbitral o clausula compromisoria, siempre y cuando se cumplan los extremos previstos en los artículos 3º y 4º *ejusdem*, los cuales son: i) Debe tratarse de una controversia susceptible de transacción que surja entre personas capaces de transigir, ii) Que no sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme; iii) Que no sean actividades directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; iv) Que no versen sobre el estado o la capacidad civil de las personas; v) No relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y tampoco, vi) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción contencioso Administrativa²⁶, refuerza el criterio antes apuntado y en su Artículo 6 establece: “Los tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa promoverán

²⁶ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, <https://pandectasdigital.blogspot.com/2016/06/ley-organica-de-la-jurisdiccion.html> . Consultado el 16 de marzo de 2022.

la utilización de medios alternativos de solución de conflictos en cualquier grado y estado del proceso, atendiendo a la especial naturaleza de las materias jurídicas sometidas a su conocimiento”.

La pregunta clave que nos surge en relación a este tipo de contratos, donde la administración pública es parte, y que de acuerdo a dicho contrato cualquier controversia debe resolverse en un Centro de Arbitraje Comercial, es ¿Qué sucede si un órgano de la administración pública dicta un acto administrativo que afecta la ejecución del contrato?, ¿Puede el Tribunal arbitral, de modo cautelar, suspender los efectos del acto administrativo? La respuesta no puede ser tajante, por cuanto en nuestra experiencia no conocemos casos de Arbitraje en donde esto haya sucedido, sin embargo, nos orienta saber que el Juez de lo contencioso administrativo que conozca de las controversias de un “contrato administrativo”, si podría suspender los efectos de un Acto Administrativo que afecta la ejecución del “contrato”.

d) Amparo Constitucional (cautelar)

Cuando hablamos de Amparo Cautelar, nos estamos refiriendo a la figura jurídica del Amparo constitucional, contemplado tanto en la Constitución, como en la Ley Orgánica sobre Amparo sobre Derechos y Garantías constitucionales.

Al inscribir esta medida cautelar dentro del contexto del arbitraje, debemos referirnos necesariamente a la Ley que regula el Arbitraje en Venezuela, y así transcribimos el Artículo 5º que señala: “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”.

Sobre lo normado por el citado Artículo 5 sobre la exclusividad y exclusión del acuerdo de Arbitraje de la jurisdicción ordinaria, se ha escrito mucho y ha habido jurisprudencia sobre la solicitud de Ampa-

ro Constitucional dentro de un proceso de Arbitraje. Sin embargo, en el presente trabajo solamente pretendemos aportar algunas luces que confirman nuestra opinión sobre la procedencia del Amparo Constitucional en el arbitraje, y estas son: (i) La norma constitucional en nuestro sistema jurídico tienen aplicación preferente sobre cualquier otra Ley, como es el caso de la Ley de Arbitraje Comercial, (ii) La ley de Arbitraje Comercial data de 1998, y la Constitución²⁷ que prevé la figura del Amparo Constitucional data de 1999 la cual en su Artículo 27 indica:” Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”²⁸.

7. ÓRGANOS DE EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE

Dependiendo de la medida cautelar tomada por el Tribunal Arbitral, esta podrá ser ejecutada por el mismo Tribunal Arbitral, como es el caso de la Prohibición de enajenar y gravar, en la que el Tribunal se dirige a la Oficina de Registro Público para que añada la nota pertinente en los libros del Registro concernientes a la propiedad afectada.

En casos de secuestro, embargo o cualquier medida cautelar inominada que requiera del auxilio de un ente público, el Tribunal Arbitral oficiará solicitando auxilio al órgano público competente. Así, la Ley de Arbitraje establece en su Artículo 48 que “El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente (...)”²⁹.

²⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2011/04/CONSTITUCION.pdf>. Consultada el 23 de marzo de 2022

²⁸ Allan Brewer Carias. LA ACCIÓN DE AMPARO EN VENEZUELA Y SU UNIVERSALIDAD <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2011/08/679.-II-4-670.-LA-ACCI%C3%93N-DE-AMPARO-EN-VENEZUELA-Y-SU-UNIVERSALIDAD.-Naveja-M%C3%A9xico.doc.pdf>. Consultado el 23 de marzo de 2022.

²⁹ Ley de Arbitraje Comercial <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/Venezuela-Ley%20de%20Arbitraje%20Comercial.pdf> Consultada el 20 de marzo 2022

LA CONFERENCIA DE TESTIGOS EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL



CAROL JIMÉNEZ LÓPEZ*

Resumen: El arbitraje está sustentado en una serie de principios y ventajas que lo diferencian de otros métodos de resolución de conflictos, entre ellos, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes y con él la flexibilidad del sistema arbitral. En virtud de éstas las partes y el tribunal arbitral pueden acordar las formas que consideren más eficientes para dar curso a su procedimiento arbitral, especialmente a la hora de practicar las pruebas.

Así, dependiendo de los hechos que versen sobre el caso, el tribunal y las partes podrán decidir si los testigos y los expertos son oídos individual y/o concurrentemente. Inclinarsé por la segunda opción acarrea una serie de aspectos a considerar muy distintos a la práctica común de evacuación de testimoniales.

Palabras clave: Conferencia, testigos, expertos, tribunal arbitral, eficiencia.

Title: The witness conferencing in the arbitral case

Abstract: Arbitration is based on a series of principles and advantages that differentiate it from other methods of conflict resolution, among them, the principle of autonomy of the will of the parties and with it the flexibility of the arbitration system. By virtue of these, the parties and the arbitral tribunal can agree on the ways that are considered most efficient to carry out their arbitration procedure, especially when it comes to taking evidence.

Thus, depending on the facts of the case, the court and the parties may decide whether the witnesses and experts are heard individually and/or concurrently. Inclining towards the second option entails a series of

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Diploma en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana. Estudiante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje, Universidad Monteávila. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Email: cjmz.14@gmail.com.

aspects to consider that are very different from the common practice of evacuating testimonies.

Key words: conference, witnesses, experts, arbitral tribunal, efficiency.

Sumario: Introducción. I. Ventajas y desventajas. II. Mejores prácticas. III. Desarrollo actual a través de la tecnología. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Los testigos¹, especialmente los de hecho pueden ser esenciales para probar un caso. Sin embargo, estos incrementan de manera significativa la duración y el costo de un procedimiento arbitral.

Las partes y el tribunal arbitral deben hacer sus mejores esfuerzos para que el procedimiento funcione de la forma más expedita y eficiente posible.² Así, con la redacción de los términos de referencias o el acta de misión se puede acordar que el tribunal arbitral se reserve la potestad de escuchar a más de un testigo al mismo tiempo, si considera que ello facilita la obtención de la verdad en el caso, consultando a la partes antes de tomar su decisión³. O bien, puede ser una disposición ya contenida en el reglamento de procedimiento que se haya acordado usar⁴.

Desarrollado originalmente en the Australian Competition Tribunal, la conferencia de testigos, en inglés “witness conferencing” o también conocida como “hot-tubbing” en referencia a la conferencia de testigos expertos, es el proceso mediante el cual dos o más testigos de hechos o testigos expertos en un sentido de confrontación, declaran al mismo tiempo ante un tribunal. Cuando se aplica a los testigos expertos, el tribunal puede solicitar que los expertos se reúnan para discutir áreas particulares donde discrepan entre sus respectivos informes antes de comparecer juntos ante el tribunal⁵.

¹ En el presente artículo, cuando no se distinga, nos referiremos a “testigo” para indicar indistintamente al testigo de hecho y al testigo experto.

² Reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“ICC” por sus siglas en inglés), artículo 22(1).

³ Así ocurrió en el caso N° 13225, supra n. 44 de la Cámara de Comercio Internacional.

⁴ V. gr. El artículo 8.5 de las Reglas de la AVA sobre pruebas dispone: “El tribunal arbitral podrá ordenar que los testigos promovidos por las partes, o los que decida llamar a declarar, concurren a la misma audiencia, para interrogarlos conjunta y simultáneamente.”

⁵ Nathan D. O’lmalley, *Rules of Evidence in International Arbitration: an Annotated Guide*, (Routledge Taylor & Francis Group, London and New York), 258.

También puede darse el caso de que un tribunal arbitral utilice la conferencia de testigos solo como seguimiento de un interrogatorio de testigos más tradicional en el que los abogados de las partes han interrogado a los testigos individuales⁶.

Siendo que en un arbitraje es fundamental aprovechar cada espacio escrito u oral que se tiene para demostrar la teoría del caso concreto, el objeto de este trabajo es resumir los aspectos prácticos de la conferencia de testigos y expertos, sus ventajas y desventajas, la mejor forma en asumirla y su tratamiento mediante el uso de tecnología.

I. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

Se ha advertido que en las conferencias de testigos se corre el riesgo de que por ejemplo, los testigos en cuestión se confronten innecesariamente. La posibilidad aumenta cuando se trata de testigos de hecho, incluso, las conferencias son menos frecuentes cuando se trata de este tipo de testigos. Las conferencias también pueden ser menos efectivas si las dinámicas de personalidad, cultura y/o vejez dan lugar a una diferencia innecesaria entre los testigos participantes. Además, como cuestión general, algunos profesionales (particularmente de jurisdicciones de derecho consuetudinario) simplemente pueden sentirse incómodos con el papel reducido de los representantes de las partes, quienes tienen menos libertad para presentar su caso probatorio como ellos elijan⁷.

Otros detractores de la práctica señalan que, en aras de una mejora económica, con las conferencias de testigos se degrade la calidad de la justicia⁸ pues no se le estaría dando el tiempo necesario ni la exclusividad a cada testigo o testigo experto de exponer lo que sobre él compete.

Por otro lado, se ha dicho que tanto los abogados como los expertos requieren más tiempo de preparación. En ese sentido Nicola Cohen, de la Academia de Expertos, expresó que:

⁶ Nathan D. O’lmalley, *Rules of Evidence in International Arbitration: an Annotated Guide*, (Routledge Taylor & Francis Group, London and New York), 258.

⁷ Kluwer Arbitration Blog, “New CIARB Guidelines on Witness Conferencing”, por Peter Yuen, Matthew Townsend (25 de abril de 2019), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/25/new-ciARB-guidelines-on-witness-conferencing/>

⁸ Actualidad universitaria, “Hot-tubbing, un jacuzzi para el arbitraje”, (1 de abril de 2011), <https://actualidaduniversitaria.com/2011/04/hot-tubbing-un-jacuzzi-para-el-arbitraje/>

... it is unlikely that the preparation time [for counsel] pre-hearing will be reduced. In fact, it may be that counsel will need to do additional preparation, not least of all because, while the experts are in the hottub, counsel will not be able to call upon their own expert's assistance, should the need arise⁹.

El hot-tubbing o careo de expertos es una técnica que requiere de estudio, preparación y acuerdo de las partes¹⁰, la mayor dedicación es vista de manera negativa por algunos.

Entre los aspectos favorables de las conferencias de testigos se puede mencionar la perspectiva de una presentación de puntos de vista más eficiente; mayor alcance para la comparación significativa de la evidencia contradictoria cuando se presenta una al lado de la otra; aumenta la objetividad del testigo experto, es decir, mejorará la calidad de la prueba, ya que los testigos expertos se verían inhibidos de realizar afirmaciones parciales y fácilmente controvertibles¹¹; el efecto moderador de la amenaza de refutación contemporánea podría tener sobre la declaración de un testigo; y tiempos de audiencia más cortos derivados de la concurrencia de testimonios¹².

En definitiva, la conferencia de testigos puede ser una herramienta eficaz que, en determinadas circunstancias, si se aplica y regula de manera adecuada y proporcionada, puede dar lugar a una determinación más rápida y rentable de las pruebas testimoniales impugnadas¹³.

⁹ Civil Justice Council, "Concurrent Expert Evidence and Hot-Tubbing", English Litigation since the 'Jackson Reforms' (2016), 19.

¹⁰ Íscar arbitraje, El arte de interrogar y ser interrogado – Cross Examination, (14 de diciembre de 2018) <https://www.iscarbitraje.com/2018/12/14/arte-interrogar-cross-examination/>

¹¹ LexLatin, "Testigos expertos' en procedimientos arbitrales: ¿vale la pena intentarlo?" Orlando Palominos A. (26 de julio de 2018), <https://lexlatin.com/opinion/testigos-expertos-en-procedimientos-arbitrales-vale-la-pena-intentarlo>

¹² Kluwer Arbitration Blog, "New CI Arb Guidelines on Witness Conferencing", por Peter Yuen, Matthew Townsend (25 de abril de 2019), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/25/new-ci-arb-guidelines-on-witness-conferencing/>

¹³ Kluwer Arbitration Blog, "New CI Arb Guidelines on Witness Conferencing", por Peter Yuen, Matthew Townsend (25 de abril de 2019), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/25/new-ci-arb-guidelines-on-witness-conferencing/>

II. MEJORES PRÁCTICAS

Desde sus orígenes en la jurisdicción ordinaria, la práctica de la conferencia de testigos ha variado, inclusive puede variar aun de jurisdicción en jurisdicción. A través de guías prácticas en todo el mundo se ha intentado orientar su desarrollo.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Nueva Gales del Sur emitió en 2005 unas notas sobre Conferencias conjuntas de testigos expertos que han sido de utilidad en otras jurisdicciones¹⁴, y han orientado sobre los objetivos de dichas conferencias de testigos. Destacan entre ellos:

- i) la resolución justa, rápida y económica de las actuaciones;
- ii) el acortamiento del juicio y mejores perspectivas de arreglo;
- iii) la identificación y delimitación de cuestiones en las actas durante la preparación de dicha conferencia y por discusión entre los expertos en la conferencia;
- iv) informar al tribunal de las cuestiones a comprobar; y
- v) evitar o reducir la necesidad de que los expertos asistan al tribunal para prestar declaración¹⁵.

En Inglaterra y Gales, la modificación de la Sección 35 de las Reglas de Procedimiento Civil en 2013 representó un avance relevante en la materia. De acuerdo a esa regla, la prueba podría adoptar diversas formas: secuencial, si el rol principal es asumido por los abogados; concurrente, si tal rol corresponde al juez; formas híbridas, “entrenada” o tech-in, si el árbitro ha sido previamente preparado por un experto designado¹⁶.

Por su parte, la Nota práctica sobre pruebas de expertos del Tribunal Federal de Australia de 2016 incluyó sugerencias sobre los procedimientos que se pueden utilizar para las pruebas concurrentes. Así, se

¹⁴ KondaMentha Forensic, Concurrent evidence, How did we get in the hot tub, is it popular and are we staying in it?, 2018, https://kordamentha.com/getmedia/6d43512f-2bd7-4dcb-b64f-73bd910f614c/FOR_Concurrent-evidence.pdf

¹⁵ Global Internacional Review, “Métodos para presentar evidencia pericial”, por Doug Jones AO, (3 de septiembre 2021). <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/methods-presenting-expert-evidence#-footnote-003-backlink>.

¹⁶ LexLatin, “‘Testigos expertos’ en procedimientos arbitrales: ¿vale la pena intentarlo?” por Orlando Palominos A. (26 de julio de 2018), <https://lexlatin.com/opinion/testigos-expertos-en-procedimientos-arbitrales-vale-la-pena-intentarlo>

recomienda que sea el juez quien guíe el proceso por el cual se práctica la prueba; a su vez que la prueba concurrente se tome en cualquier momento conveniente durante la audiencia, aunque a menudo ocurre al final de la exposición de las prueba de ambas partes¹⁷.

A cada experto se le puede dar la oportunidad de proporcionar un resumen general de sus opiniones y explicar cuáles consideran que son los principales temas de desacuerdo con los otros expertos; se aconseja también que elaboren un informe conjunto o una lista de cuestiones como guía para que el juez y el abogado haga preguntas a todos los expertos cuestión por cuestión¹⁸.

En otro orden, el Chartered Institute of Arbitrators (Singapur) en 2019 emitió sus Directrices para conferencias de testigos en arbitraje internacional a los fines de proporcionar a los tribunales, los testigos y las partes orientación en la realización de estas conferencias. Tales directrices han sido de provecho para mejorar las prácticas de las witness conferencing en vista que contienen principalmente una “lista de verificación de factores a considerar al determinar el procedimiento” para la conferencia de testigos; y una “orden procesal marco que puede usarse como base para redactar instrucciones apropiadas” para conferencias de testigos¹⁹.

Aunque no todos los elementos de la lista de verificación serán relevantes en todos los casos²⁰, para obtener una conferencia de testigos eficiente se debe tomar en cuenta principalmente lo siguiente:

¹⁷ KondaMentha Forensic, Concurrent evidence, How did we get in the hot tub, is it popular and are we staying in it?, 2018, https://kordamentha.com/getmedia/6d43512f-2bd7-4dcb-b64f-73bd910f614c/FOR_Concurrent-evidence.pdf

¹⁸ KondaMentha Forensic, Concurrent evidence, How did we get in the hot tub, is it popular and are we staying in it?, 2018, https://kordamentha.com/getmedia/6d43512f-2bd7-4dcb-b64f-73bd910f614c/FOR_Concurrent-evidence.pdf

¹⁹ Kluwer Arbitration Blog, “New CI Arb Guidelines on Witness Conferencing”, por Peter Yuen, Matthew Townsend (25 de abril de 2019), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/04/25/new-ci-arb-guidelines-on-witness-conferencing/>.

²⁰ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, forward, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf> [The Guidelines provide a non-exhaustive checklist of factors to consider in determining a procedure that will further the efficient and effective taking of evidence and procedural orders that may be used as a basis for crafting appropriate directions for witness conferencing.]

1. Si existe evidencia de opinión contradictoria sobre un tema especializado que requiere pruebas²¹. Primero que todo, es necesario verificar si realmente vale la pena realizar una conferencia de testigos, teniendo en cuenta la existencia de posturas contrapuestas entre los testigos o expertos promovidos. Una vez, tomada la decisión debe considerarse quien o quienes dirigirán la conferencia, el tribunal, los abogados o los mismos testigos.
2. Si hay pruebas fácticas contradictorias de dos o más testigos que requieran prueba²². En este punto se recomienda verificar si los hechos declarados por los testigos pueden ser comprobables con otros medios de prueba aportados o si bien, deben ser sentados a declarar en conjunto, siempre el tribunal arbitral debiendo cuidar que la conducta de los testigos no sea hostil entre ellos. De lo contrario el tribunal podrá suspender o prescindir de la celebración de la conferencia²³.
3. La credibilidad del testigo. En este sentido las Directrices señalan que “la naturaleza de la impugnación de la credibilidad de un testigo puede ser un factor que impida la celebración de una conferencia de testigos”²⁴, por tanto es prudente que el tribunal analice primero la impugnación que se realice a la credibilidad de cualquier testigo o decidir si interrogar al testigo impugnado apartado de la conferencia.
4. Si entre los testigos existe una relación, ya sea, dando testimonio ante otros tribunales, antecedentes culturales contrastantes, de colegas actuales o anteriores, estrecha amistad personal o

²¹ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 16, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

²² Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 16, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

²³ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 28, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

²⁴ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 29, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>. [The nature of the challenge to a witness’s credibility may be a factor that militates against holding a witness conference since the evidence of one expert witness]

enemistad²⁵. Que exista una vinculación entre los testigos a declarar puede generar apaciguamiento o sumisión por parte de alguno de los declarantes.

Lo mismo puede ocurrir cuando se presentan testigos con diferencias grandes de edad o culturas distintas. Por ello, se aconseja que el tribunal y las partes consideren estos factores y que el tribunal monitoree la dinámica para impedir cualquier desproporcionalidad.

5. La composición que se le dará a la conferencia por: los temas a tratar o el número de testigos²⁶. La organización de la conferencia propiamente también es importante discutir y decidir con anterioridad. Por ejemplo, el tribunal podrá escuchar por separado a los testigos de hecho y a los testigos expertos. O bien, por la complejidad o extensión de los temas podría decidirse celebrar más de una sesión de la conferencia. De hecho, estudios indican que una conferencia puede durar entre uno y ocho días²⁷.
6. Los informes de peritos²⁸, este punto hace mención a que los informes de los testigos expertos, incluidos los informes conjuntos, deben estar disponibles para el tribunal antes de la conferencia. De decidirse realizar un informe conjunto hay otros aspectos a considerar, como lo es la forma de comunicación entre los testigos, incluyendo la necesidad de intérpretes si fuera el caso y si los abogados participarán en las discusiones. En caso de no haberse acordado realizar un informe conjunto, se recomienda solicitarles a los testigos un cronograma so-

²⁵ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 16, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

²⁶ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 16, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

²⁷ KondaMentha Forensic, Concurrent evidence, How did we get in the hot tub, is it popular and are we staying in it?, 2018, 14, https://kordamentha.com/getmedia/6d43512f-2bd7-4dcb-b64f-73bd910f614c/FOR_Concurrent-evidence.pdf.

²⁸ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

bre los puntos en que se encuentran en acuerdo y desacuerdo, disgregando de supuestos fácticos, argumentos u opiniones legales²⁹.

7. La producción de una cronología de hechos³⁰, cuando los testigos de hecho presten testimonio concurrente, una cronología de las cuestiones sobre las que van a prestar testimonio puede ser de ayuda adicional para el tribunal, particularmente en casos de considerable complejidad fáctica³¹. El tribunal arbitral decidirá la forma de hacerlo, el tiempo para ello y si lo harán las partes o los mismos testigos.
8. La distribución del tiempo entre los testigos³². El tribunal y las partes deben determinar cuánto tiempo debe asignarse al interrogatorio de los testigos. Dependiendo de las circunstancias del caso el tribunal debe asignar el tiempo disponible para cada testigo, garantizando que tengan tiempo suficiente para avanzar en su declaración.
9. Las presentaciones y demostrables³³; para mejor visualización de las evidencias, el tribunal puede ordenar o las partes solicitar que los testigos utilicen presentaciones o material de apoyo. Aunque no es común, podría exigirse una presentación conjunta de los testigos.

²⁹ V. Cuadro ilustrativo de las Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 38, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

³⁰ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

³¹ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 39, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>. [Where witnesses of fact give concurrent evidence, a chronology of the issues on which they are to give evidence may be of additional assistance to the tribunal, particularly in cases of considerable factual complexity]

³² Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

³³ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

10. Si uno o más testigos deben declarar por videoconferencia³⁴; por alguna circunstancia es posible que un testigo o varios deban declarar a través medios telemáticos para lo cual será necesario que deje especificado la plataforma a usar, si se requiere o no interprete, si acompañará al testigo declarante un representante de alguna de las parte, la fecha y la hora de la conferencia, así como la documentación requerida del caso para declarar.
11. Si se requiere interpretación simultánea o secuencial para uno o más testigos³⁵. En caso de que el testigo declare en idioma distinto al del arbitraje el tribunal deberá garantizar que se cuenta con un intérprete calificado y con experiencia que pueda interpretar simultáneamente durante la conferencia.
12. Si se requiere suficiente espacio físico en el lugar de la audiencia para que múltiples testigos brinden evidencia concurrente³⁶; la sala que se use debe ser acorde para la cantidad de testigos que deban declarar de forma simultánea. Incluso el espacio para poner la documentación del caso y manipularla es un aspecto a considerar.
13. La disposición de los asientos de los testigos³⁷. La disposición de los testigos en la sala de conferencias, así como el espacio entre ellos y entre los testigos y el tribunal es importante.
14. La estenografía, grabación y/o amplificación de audio que se requiere³⁸. Es esencial que haya un espacio físico adecuado para

³⁴ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

³⁵ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

³⁶ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

³⁷ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

³⁸ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

los testigos, así como una configuración adecuada de micrófonos para que los expertos permitan una transcripción adecuada. A veces se pasa un micrófono entre los expertos para reducir la posibilidad de que los expertos hablen entre sí³⁹ y se interrumpen.

15. Si se requiere equipo audiovisual para prestar declaración⁴⁰; las diapositivas, animaciones u otros medios digitales son comunes en las audiencias arbitrales, por tanto el tribunal y las partes deben asegurar que el lugar de la conferencia disponga de los recursos necesarios para tales fines.

Al margen de lo anterior, resalta el momento en que debe celebrarse la conferencia de testigos. Algunos especialistas indican que es más útil si la conferencia de testigos se hace antes del contrainterrogatorio⁴¹ puesto que quedan, generalmente, aclarados muchos de los aspectos objeto de disputa.

Para alcanzar unas eficientes conferencias de testigos se recomienda realizar una audiencia previa, en la que se coordinen las audiencias y se establezca la modalidad de hot tubbing más adecuada para el caso. Las partes pueden incluso acordar que, antes de la audiencia, se determinen los puntos de diferencias entre los expertos, a fin de que la audiencia respectiva se limite a ellos y se favorezca así la eficiencia⁴².

En definitiva, la mejor práctica de una conferencia de testigo la dará el análisis de todos los detalles de cada caso y la ejecución a través de los acuerdos alcanzados entre las partes y el tribunal arbitral.

³⁹ KondaMentha Forensic, Concurrent evidence, How did we get in the hot tub, is it popular and are we staying in it?, 2018, 16, https://kordamentha.com/getmedia/6d43512f-2bd7-4dcb-b64f-73bd910f614c/FOR_Concurrent-evidence.pdf.

⁴⁰ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 17, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

⁴¹ En inglés “cross examination”.

⁴² LexLatin, “‘Testigos expertos’ en procedimientos arbitrales: ¿vale la pena intentarlo?” Orlando Palominos A. (26 de julio de 2018), <https://lexlatin.com/opinion/testigos-expertos-en-procedimientos-arbitrales-vale-la-pena-intentarlo>

III. DESARROLLO ACTUAL A TRAVÉS DE LA TECNOLOGÍA

Aunque siempre se va a preferir la asistencia presencial de los testigos y testigos expertos a las audiencias del proceso, la mejora de la tecnología, la necesidad de procedimientos expeditos y la comodidad que genera a los testigos que pueden ofrecer su testimonio sin tener que trasladarse a la audiencia⁴³, la práctica de videoconferencias en procedimientos arbitrales ha sido aceptada ampliamente en los últimos años. Sobre todo a raíz de la pandemia originada por el Covid-19⁴⁴.

Instituciones arbitrales han dictado protocolos, guías, tutoriales, entre otros documentos para poder preparar y asistir a las audiencias virtuales⁴⁵.

Sin embargo, sigue latente entre los intervinientes del arbitraje las preocupaciones de asegurar la integridad del testimonio recibido, así como los problemas sobre la confiabilidad del proceso y las complicaciones logísticas. Por ejemplo, antes de aceptar el testimonio por video, el tribunal arbitral debe estar satisfecho de que el testigo no sea entrenado o influenciado en su testimonio por personas o abogados fuera de la pantalla⁴⁶.

Abogados litigantes en caso de audiencias virtuales optan por medios de control de las pruebas, a través de abogados presenciales, notarios, alguaciles, cámaras desde distintos ángulos en el lugar donde se encuentre el testigo.

⁴³ Nathan D. O’lmalley, *Rules of Evidence in International Arbitration: an Annotated Guide*, (Routledge Taylor & Francis Group, London and New York), 235.

⁴⁴ Incluso antes de la pandemia declarada en marzo de 2020, en la encuesta de Arbitraje Internacional de 2018: La evolución del arbitraje internacional realizada por White and Case y por la Universidad Queen Mary de Londres se estableció que el 43% de los encuestados utilizó la videoconferencia “con frecuencia” durante los arbitrajes, el 17% “siempre” la utilizó y el 30 % la utilizó “a veces”. En una encuesta a abogados de litigios realizada por Baker McKenzie y KPMG en octubre de 2020, el 71 % de los encuestados había participado en una audiencia virtual desde el comienzo de la crisis del Covid-19.

⁴⁵ Entre ellos destacan el Protocolo de Seúl sobre videoconferencias en arbitraje internacional emitido por el KCAB International (Korean Commercial Arbitration Board), el Information Technology in International Arbitration de la ICC, o los Technology Resources for Arbitration Practitioners de la Asociación Internacional de Abogados (“IBA por sus siglas en inglés”).

⁴⁶ Nathan D. O’lmalley, *Rules of Evidence in International Arbitration: an Annotated Guide*, (Routledge Taylor & Francis Group, London and New York), 235.

En las conferencias de testigos donde uno o más testigos deben declarar a través de videoconferencias las medidas para garantizar el control de la prueba también se pueden implementar.

Las Guidelines for Witness of Conferencing disponen en el punto número 10 de su lista de verificación los aspectos a tomar en consideración antes de la celebración de una conferencia de testigos con esta condición, a saber:

- i) provisión de los detalles del servicio de videoconferencia al tribunal y a todas las partes antes de la audiencia para permitir que se observe las capacidades del proveedor del servicio entre el lugar de la videoconferencia y el lugar de la audiencia;
- ii) detalles de la hora y el lugar de la videoconferencia;
- iii) sí estará presente un representante legal de la parte que presente dicho testigo en el lugar de la videoconferencia, debiendo informar la parte que presente dicho testigo al tribunal sobre la identidad de dicho representante y proporcionará su currículum vitae;
- iv) sí estará presente un representante legal o de otro tipo debidamente facultado de las otras partes si así lo desean en el lugar de la videoconferencia, que de igual manera se deberá informar la parte que presente dicho testigo al tribunal sobre la identidad del representante y proporcionará su currículum vitae;
- v) necesidad de un intérprete calificado y con experiencia cuando el testigo deba declarar en un idioma que no sea el idioma del arbitraje, quien estará presente en persona con el testigo en el lugar de la videoconferencia;
- vi) provisión y acceso en el lugar de la videoconferencia a toda la documentación producida en el proceso relevante para la declaración de dicho testigo⁴⁷.

Estas recomendaciones aunque no exclusivas son lo más concreto con lo que cuenta la dinámica del witness conferencing en la actualidad. Indistintamente de lo que la creatividad de las partes y el tribunal

⁴⁷ Chartered Institute of Arbitrators, Guidelines for Witness Conferencing in International Arbitration with Explanatory Notes, 2019, 41-42, <https://www.ciarb.org/media/4595/guideline-13-witness-conferencing-april-2019pdf.pdf>.

puedan aportar para garantizar la mejor práctica a través del uso de la tecnología.

CONCLUSIONES

A pesar de su vieja data, las conferencias de testigos no cuentan con amplio desarrollo sobre la mejor aplicación a través del uso de videoconferencias –hoy en día tan utilizadas–, por ello, se hace necesario que las guías y documentos de soft law que orienten sobre la práctica de pruebas o sobre la utilización de tecnología en el arbitraje, orienten también sobre las conferencias de testigos y los medios electrónicos.

Finalmente, la evaluación de cada caso concreto es fundamental para la determinación del procedimiento a seguir más efectivo. No obstante, la conferencia de testigos siempre será una alternativa para disminuir costos y tiempos del procedimiento arbitral, aunque algunos abogados consideren que ésta tiene más utilidad con testigos expertos que con testigos de hechos, consideramos que estar reacios o temerosos a su aplicación en cualquier tipo de testigos no tiene sustento, por el contrario, con una buena aplicación esta técnica resultará provechosa.

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO RESPECTO AL ALCANCE DE LA CLÁUSULA ARBITRAL



MARÍA PALACIOS LA MANNA*

Resumen: El arbitraje en la actualidad se configura como una herramienta presente en las transacciones de comercio internacional, garantizando eficacia y seguridad jurídica a las partes; por lo general, son sociedades quienes declaran su voluntad de someterse a esta jurisdicción, sin embargo, en muchos casos el incumplimiento de un contrato resulta algo atractivo para alguien que no es parte signataria del acuerdo pero que sí posee una estrecha relación con alguna de las partes en el contrato; es por eso que se establece la figura de levantamiento del velo corporativo, en búsqueda de responsabilizar a quienes utilizan de escudo la personalidad jurídica de otra sociedad para defraudar a la ley. Pero, cuando hay una cláusula arbitral de por medio, debemos evaluar hasta qué punto se podrá dar el alcance de esta, ya que la obligación de ir a arbitraje es sólo, en principio, entre quienes firman el acuerdo, este artículo pretende desarrollar y analizar los supuestos en que se puede dar el levantamiento del velo, como una forma de inclusión de terceros al proceso.

Palabras clave: Arbitraje, levantamiento del velo corporativo, derecho societario, alter ego societario, grupo de sociedades, actos propios.

Title: The lifting of the corporate veil regarding the scope of the arbitration clause.

Abstract: Arbitration is a tool present in international trade transactions, guaranteeing efficiency and legal security to the parties; In general, it is companies that declare their willingness to submit to this jurisdiction, however, in many cases the breach of a contract is something attractive for someone that is not a party to the agreement but that does

* Abogado mención “cum laude” de la Universidad Central de Venezuela, diploma en contratos Internacionales y Arbitraje de la Universidad Metropolitana. Estudiante de la segunda cohorte del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Senior Associate en el departamento de Tax Legal Services de PwC Venezuela.

have a close relationship with any of the parties to the contract; That is why the figure of lifting the corporate veil is established, in search of holding those who use the legal personality of another company as a shield to defraud the law. But, when there is an arbitration clause involved, we must evaluate to what extent the scope of this can be given, since the obligation to go to arbitration is only between those who sign the agreement. This article aims to develop and analyze the assumptions in which the lifting of the veil can be given as a form of inclusion of third parties in the process.

Key words: arbitration, lifting of the corporate veil, corporate law, corporate alter ego, group of societies, stoppel.

INTRODUCCIÓN

Dentro de las relaciones que se dan en el comercio internacional, con frecuencia, podemos presenciar situaciones en las que los acuerdos no se cumplen, por diversas razones, sin embargo, en la actualidad se evidencia el auge de la inclusión de cláusulas compromisorias en procedimientos arbitrales, donde las partes declaran someterse a la jurisdicción arbitral, como la vía seleccionada para dirimir cualquier controversia derivada de esta clase de contratos.

Así mismo, también es frecuente observar que las partes que suscriben estos contratos son personas jurídicas, por lo que en muchas oportunidades podríamos estar frente a la utilización de la personalidad jurídica independiente de una sociedad como escudo para poder efectuar un fraude a la ley y que los verdaderos responsables de tales acciones no se enfrenten a la justicia arbitral, sino la empresa que directamente forma parte del contrato.

Resulta evidente que en estas situaciones lo ideal es aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo, y evaluar quienes están detrás de la personalidad jurídica tomada como escudo, sin embargo, en materia arbitral, no resulta tan fácil, esto debido a que el arbitraje es un proceso que nace de la voluntad de las partes de someterse a él, siendo una jurisdicción que aplica en casos específicos y no de oficio ante cualquier acción que se quiera ejercer.

La voluntad de las partes es una de las bases fundamentales del arbitraje como lo conocemos, por lo que resulta complicado imaginarse un

procedimiento arbitral donde se incluyen a partes que no declararon su voluntad expresa de someterse a esta jurisdicción.

Este artículo busca abordar las distintas teorías que permiten el levantamiento del velo corporativo, mediante el análisis del vínculo que tenga la sociedad que es usada como escudo con aquellas que se encuentren detrás de ella, de los elementos de que deben tomarse en cuenta para considerar la aplicación del levantamiento del velo y la interpretación extensiva o restrictiva que se deba hacer de la cláusula arbitral.

I. LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

La definición de una persona jurídica es el reconocimiento que se le hace a seres humanos, organizaciones o empresas (entre otras entidades), para que puedan asumir obligaciones o realizar actividades, donde cuenten con plena responsabilidad jurídica, tanto frente a terceros como a sí mismos.

Se configura como una ficción legal, y frente a esta, existe la teoría del levantamiento del velo corporativo, en la que nos vamos a enfocar principalmente a lo largo de este trabajo, la cual consiste en ir más allá de la persona jurídica y evaluar quienes componen a esta, ya sean otras empresas o particulares, que por lo general, usan de escudo la personalidad jurídica de una determinada entidad para abusar de esta, y poder suprimir o minimizar (total o parcialmente) la responsabilidad patrimonial que puedan tener sobre ciertas actuaciones.

Con el levantamiento del velo corporativo se busca “adentrarse en el seno de la persona jurídica, para de ese modo suprimir los fraudes y abusos que por medio del manto protector de la persona jurídica se pueden cometer”¹. Ya que podremos observar con frecuencia, el uso de sociedades para generar beneficios directa o indirectamente a sus socios.

Respecto de los problemas con los que se enfrenta la personalidad jurídica de estas sociedades, María Candelaria Domínguez establece que: “Uno de los inconvenientes con que se topa la personalidad moral es que esta puede ser utilizada para abusar su forma vulnerando los

¹ Ricardo Yaquez. “La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia” (1997).

derechos de terceros”². Debemos recordar que los socios si bien son parte de una sociedad, son independientes de esta, siendo personas diferentes, con personalidades jurídicas diferentes y que, en principio, poseen patrimonios diferentes.

Sin embargo, pueden darse casos donde el Juez dictamine su desconocimiento a la sociedad como una personalidad jurídica independiente de la de sus socios, lo que nos lleva a asumir que estos se confunden en un todo, y donde los socios pueden realizar actuaciones fraudulentas amparándose en la personalidad jurídica ‘independiente’ de la sociedad para evadir su responsabilidad directa sobre tales hechos, así como lo señala Morles Hernández: “Esta manera de actuar del órgano judicial tiene como finalidad aplicar individualmente a los socios los efectos de las normas que éstos habían pretendido soslayar mediante el recurso de la personalidad jurídica”³.

Es importante destacar que a nivel global existe gran parte de la doctrina que defiende el ‘levantamiento de velo’ frente al abuso de derecho, o fraude a la ley, que puedan hacer sus accionistas, ya que esto responde a principios de responsabilidad civil, además, ya la jurisprudencia nacional lo ha consagrado en reiteradas oportunidades, dejando constancia que tanto las personas jurídicas como las personas naturales no podrán “Escudarse en la personalidad jurídica de las sociedades civiles y mercantiles para lesionar ilícitamente y fraudulentamente a otras personas”, y que por ello, “Doctrinas como la del ‘disregard’ o el levantamiento del velo han sido aceptadas por esta Sala”⁴.

Podríamos concluir entonces, respecto a la aplicación del levantamiento del velo corporativo, que el mismo se dará en particulares casos donde podamos evidenciar:

- Que se infringe una norma de orden público.
- La existencia de la intención de eludir la aplicación de dicha norma, el ánimo fraudulento, generando así el elemento subjetivo que lo constituye.
- El fraude a la ley materializado a través de un medio legal, donde la sociedad ha creado una serie de condiciones necesarias para obtener el resultado esperado contrario a derecho.

² María Candelaria Domínguez Guillén. “Derecho Civil I Personas”, (2011): 77.

³ Alfredo Morles Hernández. “Curso de Derecho Mercantil. Tomo II”, (2002): 867.

⁴ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia n° 1852 del 5 de Octubre de 2001.

Pero recordemos, que lograr demostrar alguno de estos tres hechos señalados con anterioridad, no es una tarea fácil para quien lo alegue.

II. LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Ahora bien, entendiendo que los supuestos en los que se puede dar el levantamiento del velo corporativo a una determinada sociedad ya están claros, debemos recordar que el contrato es ley entre las partes, y que se encuentra presente el principio de buena fé al momento en que las partes acuerdan cualquier tipo de transacción, sin embargo, son muy frecuentes los casos donde, para alguna de las partes le es económicamente más beneficioso o eficaz, incumplir con algún contrato, o quizás no se le haga tan beneficioso a la sociedad que pactó directamente, pero sí a sus accionistas.

Si dentro de ese contrato nos encontramos con algún acuerdo arbitral, donde se establezca que cualquier conflicto derivado del incumplimiento de este o su alcance será llevado a tal jurisdicción, estaremos entonces ante un caso donde deberemos evaluar: ¿Cuál es el alcance de la cláusula arbitral? ¿Puede la cláusula arbitral comprometer a terceros que no son parte directa siquiera de la transacción que se plantea en el contrato? ¿Debemos limitar el alcance de la cláusula sólo a quienes la suscribieron, aunque existan terceros beneficiados del incumplimiento del contrato sobre el que versa la disputa?

III. LA CLÁUSULA ARBITRAL

La cláusula arbitral es un pacto donde las partes dentro de un determinado contrato se comprometen, por lo general de manera expresa, a someter cualquier conflicto derivado de este, para su resolución a través de la jurisdicción arbitral, estas cláusulas pueden designar que el proceso se lleve a cabo por alguna institución en particular o bajo algún derecho, ya que en la redacción de esta clase de cláusulas se hace primordial establecer una serie de lineamientos para que la misma demuestre de la forma más clara posible, la voluntad real de las partes de abstenerse a acudir a la vía ordinaria.

También podremos conseguir casos donde se lleven procedimientos arbitrales sin que medie una relación contractual previa, tal como lo establece Ramón Escovar Alavarado:

Pues el foro jurídico venezolano debe comprender que no son arbitrables únicamente aquellas controversias que, a la luz del artículo 3 de la Ley de Comercial Arbitraje –en lo sucesivo referida como la «Ley de Arbitraje»– y del precedente de la sentencia N.º 1541/2008, carezcan de arbitrabilidad objetiva o sean contrarias al orden público. Es decir, debemos entender que en procedimiento arbitral puede discutirse el incumplimiento de las obligaciones convencionales de las partes, así como el incumplimiento de sus obligaciones legales y que, por tanto, entran dentro del campo de la responsabilidad extracontractual⁵.

Muchas veces esta responsabilidad civil extracontractual puede darse en virtud de la existencia de una relación contractual (también entre terceros) que contenga una cláusula arbitral, donde entonces estaremos presentes nuevamente ante las interrogantes del alcance real de la cláusula.

Sin embargo, lo anterior no implica que los supuestos que podemos encontrar en la responsabilidad civil extracontractual derivada de una relación contractual entre terceros, constituyan alguno de los supuestos en que la doctrina y la jurisprudencia en materia arbitral hayan permitido la extensión del acuerdo de arbitraje a terceros no signatarios del mismo, como pasa en el caso del levantamiento del velo corporativo, entre otros casos⁶.

Ahora bien, el alcance de esta cláusula en principio es a las partes que la suscribieron, ya que la base fundamental en esta materia es la de la autonomía de la voluntad, y a la jurisdicción arbitral se acudirá siempre y cuando las partes así lo establezcan, por lo que, si no se evidencia esta declaración de voluntad al momento de ejecutar algún acuerdo, bien podrían las partes acudir a la vía ordinaria sin ninguna represalia, pues debemos tener en claro que las cláusulas arbitrales se construyen y redactan en función de la relación jurídica que protegerán, siendo especialísimas y adecuadas a la naturaleza de cada contrato. Por lo que

⁵ Ramón Escovar “El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual.” *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* Nro. 13. (2020)

⁶ Escovar, “El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual”, 548.

se reafirma la máxima según la cual: sin consentimiento no existe arbitraje, pues es este consentimiento el que legitimará a los árbitros y les permitirá hacer uso de sus poderes jurisdiccionales.

Sin embargo, el problema es planteado por el profesor Bernard Hanotiau, cuando nos señala:

By definition, if one wishes to join a non-signatory, it means that this particular company has not signed the arbitration clause. Can one say that there is therefore no arbitration clause in writing in relation to this particular company and that therefore it may not be joined to the arbitration⁷.

En estos casos, si una parte desea acumular acciones con otra parte que no ha firmado el contrato, se entiende que esta última en particular no ha firmado el convenio arbitral relevante. Lo cual nos permite concluir que, con relación a ésta, no existe convenio arbitral por escrito, generando de esta forma una imposibilidad de unirse al procedimiento arbitral.

Podemos puntualizar entonces que, en principio, si un acuerdo arbitral es firmado entre dos personas jurídicas, no podrá ser extensivo a las personas, tanto naturales como jurídicas, que se encuentren detrás del velo corporativo de las firmantes, pues la declaración de voluntad solo se evidencia entre aquellas que suscribieron el acuerdo o cláusula arbitral y se reconoce la independencia de la personalidad jurídica de quienes pueden componer a una persona jurídica. Sin embargo, existen excepciones a este planteamiento, donde debemos entender que no estamos ante una inclusión propiamente dicha de un tercero dentro de la cláusula, en cambio, estamos en búsqueda de quienes son realmente las partes⁸.

Ejemplo de esto son los casos de grupos de sociedades, la incorporación por referencia, el asentimiento tácito, el estoppel, la interrelación, la cesión del pacto arbitral y la doctrina del tercero beneficiario, configurándose como solo algunas de las teorías reconocidas en sede de arbitraje comercial internacional referente a la extensión del pacto arbitral.

⁷ Bernard Hanotiau, "Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. International Arbitration." *Law Library Series* (2005): 49-100.

⁸ Bran Palacios, "La extensión del convenio arbitral". *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, (2014): 24.

También encontramos la relación de agencia, denominado a su vez como Derecho de agenciamiento (Agency Law o Law of Agency) configurándose como una rama del Derecho comercial norteamericano que se encarga de tratar las relaciones contractuales, cuasi contractuales o extracontractuales en las que un agente se encuentre autorizado para actuar por cuenta de otra persona o entidad, creando para estas relaciones legales con terceros.

Es por este motivo que teorías como la del ‘alter ego’, adquieren importancia con el fin de explorar las relaciones que pueden existir entre los sujetos societarios para encontrar a quién es, efectivamente, la parte implicada en el pacto arbitral.

IV. LA TEORÍA DEL ALTER EGO

Cuando nos referimos a la teoría del alter ego, es inevitable pensar en el caso *Oil Field of Texas v. Irán*, de 1982⁹, donde el deber del tribunal era el de determinar si una compañía era en efecto Alter Ego de otra, en esta oportunidad, la conclusión dada por el tribunal consistió en desarrollar que aunque existía un control por parte de las directivas de una de las compañías, permitiéndole incluso seleccionar a los miembros de la junta directiva y demás organismos de la otra, este control o relación de subordinación, era el normalmente esperado en este tipo de relaciones entre “contratante” y “contratista” y en conclusión, asumíó que no era procedente llamar a una Alter Ego de la otra.

Sin embargo, con el paso del tiempo se debe reconocer que la teoría del alter ego ha ido evolucionando, y con ella, su concepción ante distintos tribunales, tal es el caso de *ADC v. Hungría*, donde el tribunal del CIADI, negó el reconocimiento de una sociedad Alter Ego, ya que no se presentaban los elementos necesarios para configurarla, estableció que dichos elementos correspondían al “uso indebido de las formalidades societarias para disfrazar la verdadera identidad y evitar responsabilidades”¹⁰.

⁹ *Oil Field of Texas Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, National Iranian Oil Company, Oil Service Company of Iran, No. ITL 10-43-FT, del 08 de diciembre de 1982.

¹⁰ *ADC Affiliate Ltd., ADC & ADMC Management Ltd. v. The Republic of Hungary*, Nro. ARB/03/16, del 02 de octubre de 2006: 44.

En esta materia podemos resaltar la jurisprudencia internacional arbitral en casos como *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, en donde un tribunal asumió el consentimiento de dos sociedades, ajenas al pacto arbitral, bajo el argumento de su importante rol en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos sobre los cuales surgió la disputa¹¹.

También resalta el caso *Carte Blanche v. Diners* por la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos, en donde se reconoce la posibilidad de levantar el velo corporativo y encontrar como verdadera parte prestadora del consentimiento en el acuerdo de arbitraje a la sociedad de la cual la firmante es su *Alter Ego*¹².

De lo anterior podemos afirmar, que la teoría del *alter ego* se configura como un análisis profundo que aplica quién administra justicia, al momento de evaluar si tras la imagen de una sociedad, existen otras sociedades o personas que deban asumir la responsabilidad de actos particulares, aplicando de esta forma el levantamiento del velo corporativo.

V. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ALTER EGO

Ahora bien, con base en la ya mencionada teoría del *alter ego*, es importante evaluar cuáles son los criterios que deben tener en cuenta los árbitros para poder determinar si es posible una inclusión de terceros no suscriptores en un caso particular, más allá de cualquier sistema jurídico nacional del que se pueda apoyar el árbitro, ya que en materia de arbitraje comercial internacional no existe alguna norma que unifique los elementos que componen esta teoría o qué criterios se deben tomar en cuenta para evaluarla.

Autores como William Park establecen la necesidad de que los árbitros comprendan que el principio de separabilidad de la persona jurídica respecto de los vínculos que pueda tener con la sociedad no deben ser tomados como absolutos, lo que implicaría el levantamiento del velo para incluir a una sociedad no suscriptora del acuerdo en un procedi-

¹¹ Laudo interlocutorio: *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, Caso CCI, Nro.4131 CCI (1982).

¹² United States Court of Appeals for the Second Circuit: *Carte Blanche - Singapore - Pte., v. Diners Club Intl'. Inc.*, (1993).

miento arbitral¹³. Por lo que resalta la importancia de tomar en cuenta la *lex societatis*, definiéndose como aquella que regula a la sociedad que suscribió el acuerdo.

Sin embargo, no toda la doctrina a nivel internacional posee el mismo criterio, ya que, para algunos, este levantamiento del velo corporativo implicaría una transgresión a los principios de separabilidad dentro del derecho societario, Corrie dispone, como elementos a tomar en cuenta para evaluar la existencia de la teoría del alter ego, dentro del pacto arbitral, son los siguientes:

- La sociedad que se reputa verdaderamente como parte del acuerdo arbitral y la subsidiaria sean propietarias de acciones en común,
- La sociedad suscriptora debe tener algún departamento en común dentro de la empresa,
- Ambas sociedades deben poseer un grupo común de junta directiva de alto nivel,
- Que las sociedades emitan estados financieros en conjunto,
- La sociedad subsidiaria esté operando con fondos que se consideren sospechosamente bajos,
- La empresa que se reputa como parte del acuerdo arbitral usa a la sociedad subsidiaria como propia,
- Que la sociedad subsidiaria obtenga sus negocios exclusivamente de la relación que tiene con la sociedad que se reputa como suscriptora del acuerdo arbitral¹⁴.

De igual forma, algunos doctrinarios consideran importante que los elementos a tomar en cuenta para la evaluación de existencia o no, de la teoría del alter ego en un determinado caso frente a un procedimiento arbitral, es que deban cumplirse los supuestos de:

- Absoluto control de una sociedad sobre otra y,
- Fraude o intención de fraude¹⁵.

¹³ William Park, “Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma” (2009): 16.

¹⁴ Clint Corrie, “Challenges in International Arbitration for Non-Signatories. Comparative Law Yearbook of International Business” (2007):58.

¹⁵ Edward Tang, “Methods to Extend the Scope of an Arbitration Agreement to Third Party Non-Signatories”: 24-26.

Autores como Tang consideran que, de no cumplirse estos dos requisitos de manera simultánea, no se podrá dar el levantamiento del velo. Sin embargo, ya en estos supuestos nos tropezaremos con el inconveniente de lo que implica para la realidad jurídica el poder demostrar la intención de fraude.

Son evidentes entonces, las paralelamente diversas posturas de la doctrina respecto a la inclusión de un tercero en proceso arbitral mediante el levantamiento del velo corporativo, limitando de esta forma el alcance de la cláusula arbitral. Sin embargo, adquiere gran importancia el hecho de entender que no debería considerarse la evaluación del alter ego societario desde una perspectiva limitada, donde de no cumplirse una serie de requisitos taxativos, no podamos asumir el levantamiento del velo como una opción adecuada, ya que de esta forma se estarían dejando de lado una larga lista de posibilidades donde se logre manifestar el ánimo de defraudar a través de estas figuras.

VI. TEORÍA DEL ESTOPPEL O “DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS”

El Estoppel, se configura en el Derecho consuetudinario anglosajón, como una doctrina o concepto que impide a una persona aseverar o negar algo que sea contrario a lo que, por virtud de lo establecido en la ley, ha sido establecido como verdad, ya sea por actos de funcionarios estatales o por actos propios o aseveraciones previas, expresas o implícitas¹⁶.

Algunos autores señalan que esta teoría cuenta con tres presupuestos básicos:

- El sujeto debe realizar una conducta que sea jurídicamente relevante y eficaz, que suscite la confianza de un tercero.
- La existencia de una pretensión ya sea judicial o extrajudicial, que sea lícita y a su vez, sea objetivamente contradictoria con la conducta anterior.

¹⁶ María Fernanda Ekdahl Escobar. “La doctrina de los actos propios”, *Editorial Jurídica de Chile*, (1989): 76.

- Los sujetos intervinientes en ambas conductas deben ser los mismos, o al menos, el objeto de interés debe ser el mismo¹⁷.

Al respecto, Müller nos señala que:

the extension of the arbitration agreement to a non-signatory third party is generally affirmed in legal doctrine if such third party, in relation to the conclusion or performance of the main contract, acted in a way in which the opposite side, in good faith, could understand that the third party wished to join and accept the main contract as well as the arbitration agreement¹⁸.

Lo anterior quiere decir que, en el supuesto que las partes entiendan que hay presencia de buena fé, respecto a la aceptación de la cláusula por parte de la sociedad que directamente no suscribió el acuerdo, podría aplicarse entonces esta teoría.

En este sentido, se vuelve a resaltar la verificación del fraude, ya que con ella se evidencia la conducta incoherente del agente que evita someterse al juicio arbitral. No centrándose en buscar la intencionalidad de la parte que no suscribió con alguna, una actitud dolosa, algo bastante complejo al tratarse de personas jurídicas; sino buscar descubrir una defraudación a la confianza de quien, de buena fe¹⁹, se basó en la primera conducta para poder considerar a dicha sociedad no signataria como parte en la relación contractual.

VII. LA TEORÍA DEL GRUPO DE EMPRESAS

Otra doctrina que debemos analizar para comprender la interpretación extensiva de la cláusula o acuerdo arbitral es la del grupo de empresas, definida como un medio por el cual, las cortes han reconocido el consentimiento implícito e incorporado a partes no signatarias en

¹⁷ Alejandro Borda, “La teoría de los actos propios. Un análisis desde la doctrina argentina”, (2010): 43-50.

¹⁸ Thomas Müller, “Extension of arbitration agreements to third parties under Swiss law” (2009) www.practicallaw.com/9-385-8457,

¹⁹ Courtney Tae “Binding non-signatories to international arbitration agreements: raising fundamental concerns in the United States and abroad” *Richmond Journal of Global Law & Business*, Vol. 8, (2009): 588.

acuerdos de arbitraje²⁰. Cabe preguntarse entonces ¿un acuerdo arbitral que fue suscrito por una empresa que esté vincula a las entidades integrantes del mismo grupo, a pesar de tener cada una personalidad jurídica diferente, le es aplicable a las sociedades miembros de este?

Si bien existe independencia jurídica entre las distintas compañías, a su vez existe una unidad económica, generando de esta manera lo que algunos autores señalan como una realidad contradictoria y dual, por un lado jurídica, y por otro económica²¹. Puesto que, desde el punto de vista jurídico, no existe una unidad indisoluble, esto significa que, en principio, cada una de las sociedades del grupo no está obligada por los compromisos asumidos por cualquiera de las restantes sociedades²². Por lo que no bastará con que una sociedad que no haya firmado el acuerdo pertenezca a un determinado grupo de empresas, para entender que es parte en el contrato que otra sociedad del mismo grupo sí haya pactado. Esto implicaría desconocer arbitrariamente la pluralidad e independencia jurídica que existe entre las sociedades que componen un grupo.

VIII.LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO

La relación entre las sociedades, la principal o suscriptora del acuerdo con aquella a la que se piensa incluir dentro del alcance, parece tomar relevancia al momento de la aplicación del levantamiento del velo corporativo, puesto que derivado de esta relación se podrá inferir que el acuerdo cuenta con el consentimiento a su vez de la sociedad subsidiaria. Por lo que podemos afirmar que, en la medida que se pueda entender que el consentimiento brindado por la sociedad principal a someterse a la jurisdicción arbitral también fue dado a su vez, por la sociedad subsidiaria a esta, podremos hablar de que la cláusula amplía su alcance más allá de las sociedades que suscribieron directamente en nombre propio el acuerdo arbitral.

Sin embargo, se torna evidente la necesidad de evaluación, no sólo de algún tipo de relación de dependencia que pueda existir entre las

²⁰ Tae “Binding non-signatories to international arbitration agreements: raising fundamental concerns in the United States and abroad”, 588.

²¹ Hilda Aguilar Grieder, “Arbitraje Comercial Internacional y Grupos de Sociedades” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, (2009): 8.

²² Aguilar, “Arbitraje Comercial Internacional y Grupos de Sociedades”, 9.

sociedades objeto de la evaluación del levantamiento del velo, sino también del proceso arbitral y de cómo se materializaría al mismo de darse la inclusión de una sociedad no suscriptora del acuerdo arbitral, en búsqueda de dar una respuesta justa a una controversia en particular, aunque como ya se mencionó anteriormente al hacer referencia al caso *Oil Field of Texas v. Irán*²³, pueden darse casos donde una evidente relación de dependencia no es considerada como suficiente para que el levantamiento del velo corporativo se dé por completo.

Distintos casos a lo largo de la historia del derecho comparado nos han podido demostrar que no necesariamente es imposible esta ‘extensión del alcance’, tal es el supuesto del caso *Carlisle* de la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁴, en donde se desarrolla por primera vez la figura del *Equitable Estoppel*, que consiste en el argumento de la prevención de injusticias, buscando vetar a las partes de tomar una posición contraria a sus actos previos, admisiones o silencios.

Por lo que se empezó a desarrollar la figura del consentimiento más allá de una declaración expresa y directa, sino un ‘consentimiento indirecto’; derivado de esta idea se fundamenta el argumento de la necesidad de una dependencia entre la parte suscriptora del acuerdo y la subsidiaria a la que se le pretende implementar el alcance de la cláusula, ya que de esta relación de dependencia o subordinación, podremos asumir finalmente que el consentimiento de una implica el consentimiento de la otra, el debate se presentara entonces para demostrar la existencia de esta clase de consentimiento.

Lo planteaba Fernando Trazegnies, en sede alter ego, al decir que: “es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, [la] que justifica el rasgado del velo societario²⁵”.

Un ejemplo de esto sería al tener a una empresa denominada A, que suscribe un contrato haciéndose pasar por la empresa denominada B, dicho contrato posee una cláusula arbitral con la empresa denominada

²³ *Oil Field of Texas Inc., v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, Oil Service Company of Iran*, 43 (Award No. ITL 10-43-FT, diciembre 7-8, 1982).

²⁴ T. J. Hawkins, “Arbitration, Equitable Estoppel, and the Right to Interlocutory Appellate Review”. *St. Johns Law Review*. (2010):6-8.

²⁵ Fernando Trazegnies, “El resgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. *Revista Ius Et Veritas*, (2004):16.

C, en este caso para la validez del acuerdo debe entenderse que, aunque el consentimiento de B a la cláusula es expreso y evidente, debemos asumir que es el mismo consentimiento de A, ya que ambas empresas se toman como un mismo núcleo.

Es por este motivo que, en legislaciones como la peruana, podremos encontrar disposiciones que hacen mención de este punto dentro de leyes arbitrales, tal como Artículo 14 del Decreto legislativo que norma el arbitraje en Perú, que establece que:

Aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos²⁶.

IX. EL ANÁLISIS DE JURISDICCIÓN Y FONDO.

Es importante que tengamos en cuenta que, dentro del marco arbitral, el levantamiento del velo corporativo funciona de dos formas, la primera se determina como una teoría jurisdiccional, utilizándose para poder determinar quiénes deben quedar vinculados por el acuerdo de arbitraje, evaluando el alcance que tendrá mismo; y la segunda es que funciona como una teoría de fondo, lo que quiere decir que, se utiliza para determinar quiénes deben responder por las obligaciones reclamadas en el fondo de una determinada controversia²⁷.

De esta forma, parte de la doctrina extranjera considera que en los arbitrajes existen un “doble” levantamiento del velo corporativo; uno que versa sobre la jurisdicción y uno que versa sobre el fondo de la transacción que se dio entre las partes suscriptoras de un contrato y las consecuencias, o beneficio del mismos con respecto de quienes forman parte de este. Lo anterior implica un punto de análisis muy importante

²⁶ Artículo 14 del Decreto legislativo que norma el arbitraje, Decreto N.º 1071 del año 2008, en Perú.

²⁷ Rodrigo Vega, “El “doble” levantamiento del velo societario en el arbitraje” (2020) <https://www.enfoquederecho.com/2020/10/21/el-doble-levantamiento-del-velo-societario-en-el-arbitraje/>

para el árbitro, ya que la declaración de competencia que pueda dar un tribunal arbitral, alcanzado a determinados sujetos o materias, no implica necesariamente que estos sean responsables de la controversia²⁸. Es por este motivo, que el análisis de jurisdicción debe ser visto como previo al del fondo, ya que busca determinar cuáles son los verdaderos alcances del acuerdo de arbitraje.

Al respecto, Stavros Brekoulakis establece que:

While in theory the analysis for jurisdictional purposes can be ‘analytically and practically distinct from the merits of a piercing action’, in practice the decision of an arbitration tribunal to assume jurisdiction over a non-signatory parent under the doctrine of lifting the corporate veil will essentially determine the question of liability of the parent company too. It cannot be right, however, that a tribunal will assume jurisdiction over a non-signatory parent only when it is expected that the parent will be eventually found liable too²⁹.

Por lo que evidenciamos cuán difícil puede resultar el análisis doble entre la jurisdicción y fondo. Sin embargo, el génesis de esta confusión al momento del análisis reside en que, para la práctica, los elementos que se toman en cuenta para considerar la necesidad de aplicar el levantamiento del velo respecto al alcance de una cláusula arbitral (o análisis de jurisdicción) son los mismos que se deben tomar en cuenta para el levantamiento del velo respecto del fondo, así lo establece Alejandra Quintanilla cuando nos señala:

En el ámbito arbitral se presenta como complicación que no se puede determinar que al demandado no signatario se le debe extender el convenio arbitral sin antes (o, a su vez) asignarle responsabilidad. Para que se pueda configurar la extensión del convenio por la teoría del levantamiento del velo se requiere probar, por lo menos, un fraude o propósito indebido.³⁰

²⁸ Vega, “El “doble” levantamiento del velo societario en el arbitraje”.

²⁹ Stavros Brekoulakis, “Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non Signatories”. *Journal of International Dispute Settlement*. (2017): 628.

³⁰ Alejandra Quintanilla, “¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional? El levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo”. *THE-MIS*. (2020):16.

De esta misma forma, vale la pena preguntarse si al referirnos del levantamiento del velo corporativo para entender el alcance de la cláusula arbitral, ¿también nos estamos refiriendo a aplicar el levantamiento para el fondo de la controversia?

La respuesta a este planteamiento la desarrolla Rodrigo Vega Méndez, al plantear que:

Sí, es más acertado decir que el levantamiento del velo en realidad es uno sólo. Estamos convencidos que el análisis de los tres primeros requisitos del levantamiento del velo (i.e. vinculación económica, fraude y causalidad) debiera ser el mismo para el ámbito jurisdiccional y el ámbito de fondo; pero creemos que el **análisis del criterio de residualidad sí debe ser distinto**. La razón es que el levantamiento del velo jurisdiccional y el levantamiento del velo sobre el fondo **buscan finalidades distintas**: el primero de ellos buscar **evitar que se burlen los compromisos** asumidos bajo el convenio arbitral (y evitar con ello que se burle la efectividad del arbitraje); mientras el segundo de ellos busca **evitar que se defrauden las obligaciones** asumidas por alguna de las empresas sobre el contrato principal³¹.

Mediante el levantamiento del velo corporativo debido al alcance de la cláusula arbitral, se busca evitar que el deudor burle los compromisos asumidos en el acuerdo de arbitraje, impidiendo que el acreedor se quede únicamente con un cascarón vacío como contraparte del arbitraje, que no le garantice una respuesta eficaz y eficiente en relación con el conflicto, mientras que es otra quién se beneficia de tal situación.

CONCLUSIONES

Debemos concluir entonces, luego tomar en cuenta todos los elementos que forman parte de la evaluación sobre el alcance de la cláusula arbitral respecto al levantamiento del velo corporativo, que:

- Quién se identifica como el alter ego de una sociedad, en casos de inclusión de una parte no suscriptora del acuerdo, se debe tomar como que es una parte directa del litigio, no como un tercero independiente de este.

³¹ Vega, “El “doble” levantamiento del velo societario en el arbitraje”.

- El consentimiento de la cláusula arbitral se debe interpretar de una forma flexible y amplia, no limitándose únicamente a declaraciones expresas y por escrito de voluntad, sino tomando en cuenta los factores señalados a lo largo del artículo, ya que el consentimiento podría surgir de las acciones del sujeto, así como de la naturaleza de la relación que tenga con la parte suscriptora, en búsqueda del alcance de la justicia, evitando así acciones fraudulentas.
- No existen dos voluntades de dos personas jurídicas diferentes cuando hablamos de la sociedad suscriptora del acuerdo y aquella a la que desee aplicar el alcance de este, sin ser suscriptora; es una única declaración de voluntad, que logra ser evidente una vez que se logra determinar la teoría del alter ego o la teoría de los actos propios para el caso en concreto.
- Será necesario un análisis profundo de cada supuesto por parte del árbitro, con base en el principio kompetenz-kompetenz, para establecer el alcance de la cláusula o acuerdo arbitral, ya que el reconocimiento de una parte que no suscribió el mismo no implica necesariamente la responsabilidad de esta, aunque en la práctica se genera mucha confusión respecto a este tema, ya que factores como el ánimo de defraudar o el fraude en sí, son necesarios para la verificación.
- Debemos tener presente, que el objetivo siempre debe ser: poder brindar una solución eficaz, eficiente y justa ante un conflicto, por este motivo, se busca extender el alcance de la jurisdicción arbitral a sociedades que a simple vista no se configuran como partes dentro de un proceso, sin embargo, la jurisdicción arbitral será la única encargada de evaluar **el uso del levantamiento del velo societario, aplicándolo de manera reservada y excepcional.**

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado, Ramón. *El arbitraje comercial frente a la responsabilidad civil extracontractual*. Caracas, 2020.
- Briceño, Luis David. *La norma detrás del velo: Aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario en arbitraje comercial internacional*. Caracas, 2018.

- Cantaurias, Fernando. *Levantamiento Del Velo Societario En El Arbitraje: Experiencia Peruana*. Lima.
- Contreras, Franco. *Teoría del Alter Ego: Inclusión de no suscriptores en arbitraje comercial internacional*. Bogotá, 2015.
- Domínguez, María Candelaria. *Derecho Civil I Personas*. Caracas, 2011.
- Morles, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*. Caracas, 2002.

LAUDO ARBITRAL Y ULTRAPETITA



PEDRO RENDEL NÚÑEZ*

*Un lugar donde las cortes funcionan mal
es improbable que sea bueno para el arbitraje
Jan Paulsson - The Idea of Arbitration*

Resumen: El vicio de ultrapetita, o conceder más allá de lo pedido, afecta tanto a la sentencia judicial como al laudo arbitral, y es una manifestación del principio más general de la congruencia de la sentencia con la pretensión del actor y la defensa del demandado. La sentencia siempre debe atenerse a las pretensiones de las partes, so pena de incurrir en ultrapetita si se sale de la pretensión cambiando los sujetos, el objeto o la *causa petendi*, (incongruencia positiva) o no resuelve la causa ateniéndose a la pretensión del demandante y a la resistencia del demandado a dicha pretensión (incongruencia negativa). La ultrapetita no es un concepto extraño en el derecho arbitral; por el contrario, está contemplada como un vicio del laudo que lo hace impugnabile judicialmente y en definitiva anulable. Nuestra Ley de Arbitraje Comercial establece que la nulidad del laudo arbitral se podrá declarar, o el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral se podrá denegar, cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo. La casi totalidad de las denuncias de ultrapetita han sido desechadas por nuestros Tribunales, ya sea porque no encontraron presente el supuesto de ultrapetita

* Abogado UCAB 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, Miembro del Consejo Consultivo y profesor de pre y postgrado de la Universidad Montevilla, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA, 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 & Paz.

o porque apreciaron que el recurrente lo que ha pretendido es el examen de fondo o mérito del laudo, lo cual les está vedado a los jueces de nulidad. Además nuestro Tribunal Supremo ha descartado la procedencia de la infrapetita del laudo.

Palabra clave: laudo arbitral, pretensión procesal, causa petendi, ultrapetita, infrapetita

Title: Arbitration Award and Ultrapetita

Abstract: The vice of ultrapetita, or granting further than what was requested, affects either the judicial judgement and the arbitration award, and reflects the more general principle of congruence of the decision with the claim of the plaintiff and the defense of the defendant. The judgement shall always abide to the pretensions of the parties, and will incur in ultrapetita if it goes beyond them, changing the parties, the object and the reasons of the pretensions, or do not decide the pretensions. The ultrapetita is not a strange concept in arbitration law, on the contrary, as well as in procedural law, is conceived as a vice of the arbitration award which makes it challengeable and subject to annulment. Our Commercial Arbitration Law in articles 44 d) and 49 d), in the same manner as the *Uncitral* Model Law, establish that nullity of the award or denial of its recongnition and enforcement may be declared when the award refers to a controversy not included, or contains decisions exceeding the arbitration agreement. Most complaints of ultrapetita have been rejected by our Courts, either because ultrapetita was not found or because what the party actually intends is the review of the merits of the award, which is not allowed in the request for annulment. Our Supreme Court has also dismissed complaints of infrapetita of the award.

Keyword: arbitration award, procedural pretension, causa petendi, ultrapetita, infrapetita

SUMARIO: 1. La expresión *ultrapetita* en el derecho procesal. 2. Ultrapetita, extrapetita e infrapetita en el Derecho Arbitral. 3. Ultrapetita en el Derecho Arbitral venezolano. 4. El vicio de ultrapetita en la jurisprudencia arbitral venezolana. 4.1 Caso Servicios y Transportes Marinos C.A. (MACA). 4.2 Caso Promotora EP 1697 C.A. 4.3 Caso Uno Cooperativa de Contingencia R.L. 4.4 Caso Líder C.A. 4.5 Caso Cooperativa Rivirib 2 RL 4.6 Caso Uniseguros C.A. 4.7 Caso General Motors Venezolana C.A. 4.8 Caso Almacenadora Smartbox C.A. 4.9 Caso Pdvsa Gas.

1. LA EXPRESIÓN *ULTRAPETITA* EN EL DERECHO PROCESAL

La expresión *ultrapetita* viene del latín, significa “más allá de lo pedido”. Nos enseña Rengel-Romberg, citando al maestro Couture, que *ultrapetita* es el vicio de la sentencia que consiste en haber declarado el derecho de las partes más allá de lo que ha sido objeto de la pretensión o litigio.¹ Aun cuando nuestro derecho no define el vicio de *ultrapetita*, ya es pacífica la doctrina y la jurisprudencia que consideran objetivamente producido este vicio cuando el juez, en su dispositivo del fallo o en el considerando contentivo de una decisión de fondo, se pronuncia sobre cosa no demandada o concede más de lo pedido, pues el órgano jurisdiccional debe limitarse a decidir la controversia conforme a la demanda y a la defensa, sin que sea lícito exceder o modificar los términos en que los propios litigantes han planteado la controversia.

Apunta Rengel-Romberg que no cabe diferenciar entre *extrapetita*, entendida cuando el juez dictamina sobre una cosa distinta de la demanda, y *ultrapetita*, cuando el juez concede más de lo pedido. La casación asimila ambas expresiones. La prohibición a los jueces de incurrir en *ultrapetita* es una manifestación particular del principio más general de la congruencia de la sentencia con la pretensión del actor y la defensa del demandado. En nuestro derecho la jurisprudencia de casación ha desarrollado en gran parte la doctrina de la *ultrapetita*, por la frecuencia con que este vicio es atribuido a los fallos de segunda instancia recurridos a casación, siendo la mayoría de ellos desestimados por no adolecer el fallo del vicio que se le imputa, contribuyendo así a perfilar el concepto y los caracteres de la *ultrapetita* en numerosos casos.

Es interesante destacar algunos ejemplos puestos por Rengel-Romberg de lo que según la jurisprudencia de casación no constituye *ultrapetita*. El desechar unas testimoniales aportadas por el actor sin que la demandada lo hubiera pedido no es *ultrapetita*, porque el establecimiento de los hechos, previa apreciación de las pruebas, es del resorte exclusivo de los jueces de instancia y pueden hacerlo de oficio sin que las

¹ Aristides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo II (Ediciones Paredes, Caracas, 2013) 282-291. Ver también *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo V (Organización Gráficas Capriles, Caracas, 2003) 218, 219

partes lo soliciten. Los razonamientos jurídicos hechos por el juez sin haberlos aducido las partes tampoco configuran ultrapetita, pues ellos son de libre empleo en la sentencia. Tampoco puede decirse que resulta en ultrapetita la errada apreciación judicial de la prueba, pues la ultrapetita es un vicio de la sentencia de fondo.

El principio fundamental de la congruencia que debe existir entre lo planteado en la demanda y en la contestación (*thema decidendum*) y lo decidido por el juez en la sentencia es la manifestación de los límites de los poderes del juez en el sistema procesal regido por el principio dispositivo, según el cual el juez en su decisión debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados (artículo 12 del Código de Procedimiento Civil). Además, según los artículos 243 numeral 5 y 244 *eiusdem*, es requisito esencial que la sentencia contenga decisión con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, siendo nula la sentencia que contenga ultrapetita.

Es útil aquí acudir a lo que según Rengel-Romberg se entiende como la pretensión del demandante y la resistencia del demandado a la pretensión del demandante. La pretensión procesal se compone de tres elementos, (i) los sujetos, es decir la persona que pretende y aquella contra o de quien se pretende algo; (ii) el objeto, que es el interés jurídico que se hace valer en la pretensión y determina lo que se pide; y (iii) el título o *causa petendi*, la razón, fundamento o motivo de la pretensión, determina por qué se pide. Y frente a la pretensión del demandante, el demandado puede o convenir en ella, en cuyo caso la pretensión queda satisfecha y el proceso termina, o contradecirla, en cuyo caso la pretensión resistida o contradicha hace que el proceso siga su curso hasta su decisión.²

La sentencia siempre debe atenerse a la pretensión del demandante y a la resistencia del demandado, so pena de incurrir en ultrapetita si se sale de la pretensión cambiando los sujetos, el objeto o la *causa petendi*, (incongruencia positiva) o no resuelve la causa ateniéndose a la pretensión del demandante y a la resistencia del demandado a dicha pretensión (incongruencia negativa).

² Aristides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo II, 104, 105.

No hay duda de que los jueces infringen el artículo 243 del CPC cuando no ajustan su decisión al problema que se suscita con la demanda y su contestación, o cuando ignoran alegatos de las partes, sin que esto implique la necesidad de resolver acerca de todas las argumentaciones de los litigantes, aunque sean de derecho, pues la administración de justicia correría el riesgo de paralizarse si a los jueces se les exigiera entrar en todas las minuciosidades que las partes le plantean. Puede entonces incurrirse en el vicio de falta de congruencia de la sentencia con la pretensión del actor y la defensa del demandado tanto en sentido positivo, cuando el juez se sale de los términos en que está planteada la controversia y suple excepciones o argumentos no alegados, como en sentido negativo, cuando el juez deja de considerar argumentos de hecho en que se fundamentan la pretensión del actor o la defensa del demandado.

Conviene resaltar lo explicado por los expertos procesalistas y casacionistas Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejías, que el juez puede y debe aplicar el derecho a los hechos alegados y probados, aun cuando no lo hayan invocado las partes, conforme al principio *iura novit curia*, de manera que el juez sólo está sujeto a la afirmación de los hechos por las partes, en virtud del principio dispositivo que impera en el proceso civil, pero no está sujeto a lo alegado por las partes en relación con la aplicación del derecho. De manera que no puede haber incongruencia cuando se trata de la calificación de la pretensión deducida en el libelo, que es una cuestión de derecho, aunque el juez no puede modificar el título de la pretensión porque éste comprende aspectos de hecho junto a apreciaciones de derecho. El vicio de ultrapetita existe cuando el juez modifica el elemento objetivo de la pretensión, esto es, el objeto propiamente dicho y el título o causa de la misma.

Estos autores nos dicen que es necesario entonces examinar las alegaciones de las partes y lo decidido por el juez para deslindar la libre calificación de los hechos por el juez, de la incongruencia por modificación del título de la pretensión. Si el demandante aduce unos hechos y los califica erróneamente, el juez puede corregir, bajo el principio *iura novit curia* la calificación realizada por la parte. Pero si la parte sustenta su pretensión en una determinada causa de pedir (*causa petendi*) y alega unos hechos que de ser demostrados conducirían a la aplicación de

las reglas legales que sustentan lo pedido, no puede el juez modificar el título para acordar o negar la demanda, pues no sólo estaría aplicando el derecho sino que no se atendería a los hechos alegados por la parte como fundamento de su pretensión.³

2. ULTRAPETITA, EXTRAPETITA E INFRAPETITA EN EL DERECHO ARBITRAL

La ultrapetita no es un concepto extraño en el derecho arbitral. Por el contrario, al igual que en el derecho procesal está concebida como un vicio de la sentencia, en el derecho arbitral está contemplada como un vicio del laudo que lo hace impugnabile judicialmente y en definitiva anulable.

Es sabido que el sistema o mecanismo de impugnación del laudo arbitral previsto en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (en lo adelante referida como Ley Modelo *UNCITRAL*) es el de un único recurso en sede judicial, el de anulación, bajo unas causales taxativas que no comprenden la revisión sustantiva o de fondo o mérito del laudo. Así se contempla en el artículo 34 1) y 2). Puede decirse que la mayoría de las legislaciones arbitrales del mundo adoptan o se inspiran total o parcialmente en la Ley Modelo *UNCITRAL*, acogiendo a este esquema de impugnación del laudo arbitral, limitado a solamente el recurso de anulación, y exclusivamente por las causales allí previstas.⁴

Entre esas causales bajo las cuales el laudo arbitral puede ser anulado está la contenida en el artículo 34 2) a) iii): que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje. En esta norma también se establece que si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas.

³ Alirio Abreu Burelli, Luis Aquiles Mejía, *La Casación Civil* (Ediciones Homero, Caracas, 2008) 345.

⁴ En la página web de *UNCITRAL* <https://uncitral.un.org/es> puede encontrarse todo lo relacionado con la Ley Modelo y sus Notas explicativas; también se reportan los países que la han adoptado. https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

Esta causal se contempla en forma idéntica en el artículo 36 1) a) iii) como motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral, señalando también de manera equivalente que si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras. Esto es lo que abre la puerta a la declaratoria de nulidad parcial o la denegación de ejecución parcial del laudo, respecto de las segundas.

Resulta interesante destacar que el artículo 34 4) de la Ley Modelo *UNCITRAL* dispone que el tribunal al que se le solicite la anulación de un laudo podrá suspender las actuaciones de nulidad a solicitud de parte, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a juicio del tribunal arbitral, elimine los motivos de la petición de nulidad. Esto sin duda constituye una solución especialmente eficiente en el supuesto de la causal de nulidad en comento relativa a la extrapetita o ultrapetita.

La Ley de Arbitraje de Chile adoptó literalmente esta fórmula de la Ley Modelo *UNCITRAL*. Igualmente lo hizo Costa Rica en su Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, y también México, que la incluyó en su Código de Comercio donde se regula el arbitraje. Es de destacar que el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje en Perú, aunque no adopta esta solución como tal, contempla una regla que luce también eficiente en su artículo 63.2, que la causal de nulidad de la letra d) del artículo 63.1 referida a que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión, sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y haya sido desestimada.

Por su parte la Ley de Arbitraje Española en su artículo 39 sobre corrección, aclaración, complemento y extralimitación del laudo, establece que las partes pueden solicitar a los árbitros el complemento del laudo respecto a peticiones formuladas y no resueltas en él, es decir, la infrapetita, así como la rectificación de la extralimitación parcial del laudo cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión, es decir, la extrapetita o ultrapetita.

En palabras del tratadista Gary Born, en la mayoría de los sistemas legales un laudo arbitral puede ser anulado si el tribunal arbitral ha ex-

cedido su autoridad o ha actuado extra petita. Esta base o fundamento para la anulación del laudo está dirigida a los casos donde existe un acuerdo arbitral válido pero los asuntos decididos por el tribunal arbitral exceden el ámbito o alcance de los asuntos o reclamos presentados por las partes. Apunta Born que el artículo 34 2) a) iii) de la Ley Modelo *UNCITRAL* contempla la anulación del laudo donde los árbitros han decidido asuntos no presentados a ellos por las partes, esto es, la llamada extra petita o ultra petita.

Born nos refiere que uno de los ejemplos más claros de exceso de autoridad bajo la citada norma de la Ley Modelo *UNCITRAL* y su equivalente en las legislaciones arbitrales nacionales es el laudo que otorga un remedio o reparación que ninguna de las partes pidió. Otro ejemplo de exceso de autoridad es el laudo que decide asuntos o disputas que las partes no han sometido al tribunal arbitral, incluso si son asuntos o disputas que entran dentro del ámbito del acuerdo arbitral, pues los árbitros tienen autoridad para decidir sólo aquellos asuntos efectivamente sometidos a su consideración. No sería sujeto de anulación un laudo donde los árbitros otorguen un remedio, que aunque sea diferente al pedido por la parte, pueda subsumirse dentro del que fue efectivamente pedido por ésta.

Las cortes judiciales suelen admitir una sustancial discreción de los árbitros en modelar remedios que aunque las partes no los hayan solicitado expresamente, puedan subsumirse o puedan estar razonablemente relacionados con los efectivamente pedidos por ellas.⁵

Pero no sólo son susceptibles de nulidad los laudos que deciden asuntos que no han sido sometidos por las partes al tribunal arbitral sino también los laudos que deciden asuntos fuera del ámbito del acuerdo arbitral propiamente dicho. Nos dice Born que se ha sugerido que el exceso de autoridad de los árbitros como base de anulación del laudo bajo la citada norma de la Ley Modelo *UNCITRAL* o su equivalente en los derechos arbitrales nacionales no aplica cuando el laudo decide asuntos fuera del alcance del acuerdo arbitral, pero tal interpretación es contraria a la legislación arbitral moderna y a la cabal lectura del lenguaje y propósitos de la Ley Modelo *UNCITRAL*, ya que no habría una razón satisfactoria para interpretar la frase “asunto sometido a arbitraje” como

⁵ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, ((Wolters Kluwer, Third Edition, 2021, Volume III) 3575-3580.

limitada solamente al sometimiento de un asunto a arbitraje hecho por las partes en un procedimiento arbitral en particular y excluyendo los asuntos sometidos a arbitraje conjuntamente por el acuerdo arbitral de las partes.

Aunque el estándar de revisión judicial de la interpretación del alcance del acuerdo arbitral hecha por el tribunal arbitral para determinar si hubo exceso de autoridad que pueda dar lugar a la anulación del laudo varía respecto al grado de deferencia que se otorga a la decisión arbitral, Born es de la opinión de que es preferible otorgar una sustancial deferencia, ya que el ámbito de la autoridad arbitral está necesariamente entrelazado con las decisiones sustantivas sobre el significado o sentido del contrato entre las partes, cuya determinación las partes han confiado a los árbitros.

Según Born, está bien asentado que un tribunal arbitral no excede su autoridad o mandato meramente porque arriba a un resultado sustantivo incorrecto, ya que ello sería considerado un error sustantivo dentro de la jurisdicción del tribunal arbitral, que podría ser objeto de anulación en algunos pocos sistemas legales que contemplan una posibilidad restringida de revisión judicial del fondo o mérito del laudo, lo cual no significa que el error en el análisis legal o en la apreciación los hechos sea un exceso de autoridad sino más bien constituiría una causal o motivo de nulidad separado e independiente. La tendencia jurisprudencial internacional es sostener que los errores sustantivos en relación con los hechos o el derecho, aunque sean muy serios, no constituyen exceso de autoridad. Repetidamente se rechazan reclamos de que la decisión del tribunal arbitral es atrozmente equivocada, calificando tales reclamos como un improcedente intento de revisar el mérito del asunto o reevaluar las pruebas.⁶

Muy interesante es destacar que a los tribunales arbitrales internacionales se les reconoce amplia autoridad en materia de remedios o reparaciones otorgadas, siendo muy raras las anulaciones de laudos por exceso de autoridad en el ejercicio de los poderes de los árbitros en esta materia, incluso en casos en que el laudo no se haya sujetado a limitaciones contractuales en materia de reparación, lo cual sería una errónea decisión de mérito o fondo del asunto, no sujeta a revisión judicial.⁷

⁶ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3588.

⁷ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3594,3595.

También es útil traer a colación aquí lo que nos enseñan los tratadistas Merino Merchán y Chillón Medina, haciendo referencia a la Ley de Arbitraje española, que contempla como causal de anulación del laudo cuando los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión. Este motivo enlaza con el concepto de congruencia, de correlación entre las pretensiones de las partes y la decisión, cuyo fundamento está en el principio dispositivo y de aportación de parte. Son los litigantes en general, y los comprometidos en arbitraje en particular, quienes acotan el objeto de la decisión, al fijar el objeto del proceso en la pretensión y en la alegación de excepciones.

Estos autores refieren sentencias del Tribunal Constitucional español que disponen que la congruencia no significa conformidad rígida y literal con los pedimentos de las partes, por lo que no existe incongruencia constitucionalmente relevante cuando se resuelven genéricamente las pretensiones, aunque no exista pronunciamiento sobre todas las alegaciones concretas o no se haya dado una respuesta pormenorizada a las mismas, ya que sólo la omisión o falta de respuesta y no la respuesta genérica o global de la cuestión planteada entraña vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. También la Audiencia Provincial de Madrid, competente en materia de anulación de laudos arbitrales, ha establecido que sólo está permitido cuestionar la resolución ultra y extra petitem de los árbitros, pero no las posibles deficiencias del laudo. Los árbitros están legitimados para resolver no sólo las cuestiones a las que se refiere el convenio arbitral sino también aquellas que deban ser comprendidas en el mismo, o sean lógica consecuencia de las que les han sido planteadas, ya que la congruencia del laudo no viene exigida en términos rígidos que lo “esclerotizarían”.⁸

En este mismo sentido se pronuncia otro autor español, José Carlos Fernández Rozas, que nos dice que la consecuencia del principio de congruencia es que el laudo no puede otorgar más de lo que se haya pedido por la demandante, ni menos de lo que haya sido admitido por el demandado, ni conceder otra cosa diferente que no hubiera sido pretendida. Debe existir una identidad entre lo solicitado y debatido y lo que se resuelve en el proceso, aunque una cosa es la falta de coherencia

⁸ José Merino Merchán, José Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, Cuarta Edición (Thompson Reuters, España, 2014) 754, 755.

intrínseca en la propia motivación del laudo y otra muy distinta la incongruencia del laudo, que no es otra cosa que un exceso de competencia por enjuiciamiento de cuestiones no sometidas a decisión arbitral.

Pero el propósito del procedimiento y la determinación del alcance de la competencia arbitral no son tan estrictos como en los procedimientos judiciales, sino bastante más flexibles en cuanto ambas partes consienten en la ampliación del objeto y éste sea arbitrable, más será suficiente la discrepancia de una de ellas para que los árbitros tengan que decidir sobre el alcance y objeto de la decisión.

En definitiva, el examen de la congruencia del laudo debe estar presidido por la nota de elasticidad, disponiendo los árbitros de facultades interpretativas, de suerte que su misión arbitral no sea menoscabada porque incidan en determinados puntos o en cuestiones instrumentales o derivadas no sometidas expresamente a arbitraje por la voluntad de las partes, por lo que basta con que los árbitros guarden acatamiento a la sustancia de lo solicitado y a los hechos probados que sirven de apoyo a la petición.

Fernández Rozas destaca el papel clarificador del Acta de Misión prevista en los reglamentos de arbitraje, con el objeto de que las reclamaciones estén bien definidas y estructuradas en la etapa inicial del procedimiento, a través de la exposición sucinta de las respectivas pretensiones y posiciones litigiosas de las partes, lo cual permite concretar el objeto del litigio, y de la identificación de los puntos litigiosos a resolver, sistematizando la relación de las cuestiones de hecho y de derecho respecto a las cuales no existe acuerdo entre las partes. Incluso el litigio puede quedar mejor delimitado si a la vez se describen con objetividad las cuestiones no controvertidas por las partes. En los escritos previos, esto es, la solicitud de arbitraje y la respuesta a la misma, las pretensiones de las partes pueden contener contradicciones o estar redactadas de manera poco clara, pero en la redacción del acta de misión se realiza una labor clarificadora y de ordenación de argumentos, de gran utilidad para el desarrollo posterior del arbitraje.⁹

En cuanto a la infrapetita, es decir, la incongruencia negativa u omisiva, ya vimos que en el procedimiento civil constituye sin duda un

⁹ José Carlos Fernández Rozas, *Congruencia del Laudo Arbitral*, en *El Laudo Arbitral* (tirant lo blanch, Valencia, 2021) 330-339.

vicio que afecta la sentencia judicial. En el derecho arbitral, algunas legislaciones contemplan expresamente que el laudo que no decide todos los asuntos sometidos a su consideración es anulable por incurrir en el vicio de infrapetita. Es el caso del English Arbitration Act 1996 (art. 68.2.d), la Ley Suiza sobre Derecho Internacional Privado (art. 190.2) y el Código de Derecho Procesal Civil Italiano (art. 829.4).

En contraste, la Ley Modelo UNCITRAL no contempla expresamente la infrapetita como causal de nulidad del laudo. Sin embargo, Gary Born considera que es una mejor aproximación al tema considerar que en general los laudos pueden ser objeto de anulación por incurrir en infrapetita incluso aunque la legislación arbitral no lo contemple expresamente, porque la falta del tribunal arbitral de considerar y decidir los asuntos que se le sometieron para ser resueltos implica un exceso de autoridad, en el sentido de que estaría fuera del mandato y de la competencia de los árbitros conferida por las partes. Esto sería particularmente cierto cuando el tribunal arbitral deja de considerar defensas o contrademandas relativas al remedio legal o reparación acordado en el laudo. Aun cuando pudiera sostenerse que los árbitros no incurrir en infrapetita cuando más bien las disputas que decidieron fueron de las que expresamente se sometieron a ellos, en todo caso, para Born, sólo cuando es claro que el tribunal arbitral dejó de resolver un reclamo particular será posible encontrar un vicio de infrapetita. Además, Born sostiene que un laudo debe ser anulado por infrapetita sólo cuando resulta en un perjuicio material para la parte.¹⁰

Por otro lado, Merino Merchán y Chillón Medina señalan que la jurisprudencia y la doctrina en España son unánimes en reconocer que el legislador arbitral ofrece a las partes la vía del artículo 39 de la Ley de Arbitraje española para paliar las deficiencias u omisiones que el laudo pueda contener, a través de la corrección, aclaración y complemento del laudo, cerrándose así el paso a la incongruencia omisiva, que en criterio de estos autores, no procede en sede arbitral.¹¹

En sentido parecido los tratadistas Fouchard, Gaillard y Goldman sostienen que en el derecho arbitral francés el laudo arbitral es anulable

¹⁰ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 3582, 3583.

¹¹ José Merino Merchán, José Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 758

por incurrir tanto en ultrapetita como en infrapetita, pero en este último caso, la parte puede solicitar la anulación siempre que primero haya solicitado infructuosamente al tribunal arbitral la complementación del laudo respecto al asunto omitido. Según estos célebres autores, la causal de infrapetita es frecuentemente alegada como base para la anulación de laudos, usualmente de manera infructuosa.¹²

Por último, conviene destacar que, así como la causal de nulidad del laudo arbitral contenida en el artículo 34 2) a) iii) de la Ley Modelo *UNCITRAL* (que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje), se contempla en forma idéntica en el artículo 36 1) a) iii) como motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral, de igual forma la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de New York) en su artículo V c) dispone que sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte demuestra ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, que la sentencia arbitral se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria, incluyendo también la previsión de que si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo han sido, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

El artículo V c) de la Convención de New York contempla así como base para denegar la ejecución del laudo que los árbitros se hayan excedido en su mandato, otorgando algo diferente o más allá de lo que las partes han reclamado. La doctrina de arbitraje internacional sostiene que esta norma debe interpretarse restrictivamente, con base en el carácter pro ejecución del laudo arbitral de la Convención de New York, de manera que la autoridad arbitral debe interpretarse de manera amplia

¹² *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, The Netherlands, 1999) 938-940.

para adecuarse a la confianza en la facilitación de la ejecución y en la política de favorecimiento del arbitraje que caracteriza a la Convención de New York, por lo que esta causal de denegación debe ser aceptada solamente en casos serios, no permitiéndose obstrucciones sobre fundamentos triviales. Más aún, en ausencia de prueba de que los árbitros han transgredido los límites de su autoridad, debe presumirse que éstos han actuado dentro del ámbito de sus potestades.

En la práctica, las cortes judiciales nacionales rara vez han rechazado la ejecución de laudos arbitrales sobre esta base, más bien frecuentemente han rechazado peticiones de denegación de ejecución de laudos donde la parte ha alegado que los árbitros han transgredido el alcance de su autoridad, sosteniendo que las circunstancias del caso no justifican la aplicación del Artículo V (c) de la Convención, y que la parte ha malinterpretado esta norma invocando violaciones legales o contractuales que entran en la esfera de la decisión sustantiva de los árbitros, sin que en realidad la autoridad de éstos estuviera en juego.¹³

3. ULTRAPETITA EN EL DERECHO ARBITRAL VENEZOLANO

Nuestra Ley de Arbitraje Comercial (LAC) en sus artículos 44 letra d) y 49 letra d), de manera casi idéntica a la Ley Modelo *UNCITRAL*, establecen que la nulidad del laudo arbitral se podrá declarar, o el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral se podrá denegar, cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo.

No se incluyó la previsión de la Ley Modelo acerca de si las disposiciones del laudo sobre cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo podrán anularse éstas últimas, lo cual a nuestro parecer no constituye mayor problema, puesto que dicha previsión se refiere al supuesto de que el laudo pueda ser objeto de nulidad parcial, es decir, sólo por lo que respecta a las cuestiones no sometidas

¹³ Mercédeh Azeredo da Silveira and Laurent Levy, Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V (1) (c) of the New York Convention, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*, Editors Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (Cameron May, Londres, 2008) 639-678

a arbitraje, manteniéndose incólume el laudo respecto a las cuestiones que efectivamente fueron sometidas a arbitraje.

Nuestra doctrina ha reconocido la posibilidad de la nulidad parcial del laudo así como sus efectos. En este sentido el profesor y académico James-Otis Rodner, recién promulgada la LAC ya apreciaba que este párrafo de la Ley Modelo lo que contempla es que se decrete la nulidad parcial del laudo donde sólo se anulen aquellas porciones del laudo para las cuales el tribunal arbitral no tenía competencia o se excedió del acuerdo, pues no tiene sentido someter de nuevo a un proceso arbitral la parte del laudo que no tenía que anularse.¹⁴

La jurisprudencia venezolana también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en este sentido, en un caso donde anuló parcialmente un laudo por lo que respecta a la porción de éste que se consideró incurso en ultrapetita, el caso Almacenadora Smartbox, que veremos más adelante.

Nuestra LAC también contempla en su artículo 32 que el laudo arbitral podrá ser aclarado, corregido y complementado por el tribunal arbitral de oficio o a solicitud de parte, aunque no somete la procedencia del recurso de nulidad donde se invoque el vicio de ultrapetita a que dicho vicio haya sido denunciado al tribunal arbitral de manera infructuosa, como lo hace la legislación peruana.

En cualquier caso, resulta obvio que está abierta para las partes la posibilidad de solicitar la corrección o complemento del laudo por razones de ultrapetita o de infrapetita, aunque es de presumir que alguna parte pueda no estar propensa a que el laudo arbitral que la perjudica sea corregido, prefiriendo optar por intentar su anulación posterior, lo cual representa una pérdida de tiempo, pues la anulación del laudo, ya sea total o parcial, revierte su efecto de cosa juzgada, al menos sobre la porción anulada del laudo, con lo cual un nuevo arbitraje puede volver a intentarse. Téngase en cuenta que hay fundamento legal y doctrinal para sostener que en nuestro derecho arbitral la infrapetita no necesariamente acarrea la nulidad del laudo, por lo que luce recomendable tratar

¹⁴ James Otis Rodner, La Anulación del Laudo Arbitral, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Libro Homenaje a Humberto Cuenca (Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002) 872.

de que el tribunal arbitral lo corrija o complete incluyendo las decisiones sobre los asuntos alegados como omitidos.

Sostiene el autor Andrés Mezgravis que esta causal se refiere a la incongruencia entre el alcance del laudo y las cuestiones sometidas por las partes a los árbitros y su redacción no presenta dudas en cuanto al vicio de *ultrapetita*, es decir, cuando los árbitros, al resolver la controversia, se exceden de los puntos que las partes sometieron a su consideración, ni tampoco ofrece dudas en cuanto al vicio de *extrapetita*, o sea, cuando en el laudo se resuelven temas extraños a los que fueron sometidos a los árbitros por las partes.

Para Mezgravis, se presentan dudas en cuanto al vicio de *citra petita*, es decir, cuando se omite decidir cuestiones que las partes sometieron a los árbitros, la llamada *infrapetita* o incongruencia negativa u omisiva. Sobre este particular este autor sostiene que la incongruencia omisiva del laudo no da lugar a su nulidad en el arbitraje comercial, ya que en las disposiciones del CPC sobre arbitramento, concretamente en el artículo 626 ordinal 2, se contempla la *citrapetita* como causal de nulidad del laudo, mientras que la LAC no la contempla, lo cual pareciera ser evidencia de que el legislador arbitral al regular el asunto lo quiso hacer de manera distinta al CPC.

También Mezgravis menciona que nuestra LAC omitió lo previsto en la Ley Modelo *UNCITRAL* sobre la posibilidad de que si las cuestiones sometidas a arbitraje pueden separarse de las que no lo están.¹⁵

Por su parte Ricardo Henríquez La Roche también sostiene que el supuesto de esta causal concierne a la incongruencia del fallo (*extra vel ultra petita*), y tiene una significación singular en el proceso arbitral, toda vez que el mismo está fundado en el convenio y por tanto no puede exceder los límites fijados en el mismo y resolver otros asuntos no previstos en el compromiso.¹⁶

Para Frank Gabaldón, esta causal comprende dos motivos, el primero se da cuando el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, es decir, lo que se conoce como *extrapetita*, y el

¹⁵ Andrés Mezgravis, Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999) 246, 247.

¹⁶ Ricardo Henríquez La Roche, *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2.000) 295.

segundo cuando lo resuelto sobrepasa lo que las partes han querido que decida el tribunal arbitral, es decir, lo que se conoce como ultrapetita.¹⁷

El profesor Rodner también afirma que esta causal hace referencia a dos supuestos similares pero no idénticos, a saber, (i) que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, es decir, un supuesto atinente a la jurisdicción misma del tribunal arbitral, que estaría excediendo su jurisdicción si decide una controversia que no estaba prevista en el acuerdo arbitral, y (ii) que el laudo contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo, es decir, el caso típico de ultrapetita, cuando el laudo se excede de lo que las partes le pidieron.¹⁸

En el mismo sentido se pronuncia Francisco Hung acerca de la causal de nulidad consagrada en el literal d del artículo 44 de la LAC, que contiene 2 supuestos que si bien tienen conexión son diversos, el primero se refiere a la decisión sobre asuntos no contemplados como objeto del arbitraje y el segundo se refiere a la falta de congruencia o consonancia del fallo con el sentido y alcance de las peticiones de las partes, que tal como lo asienta la doctrina de Derecho Procesal es un principio normativo que establece límites al contenido de las decisiones judiciales. El objeto del arbitraje indicado por las partes constituye el límite de la jurisdicción del tribunal arbitral, que únicamente tiene facultad o poder para conocer los asuntos específicos que las partes han sometido a su consideración. La incongruencia o inconsonancia es considerada un error *in procedendo* o defecto procesal y no un error sustancial de la sentencia.

Este autor pone de relieve que la causal de nulidad en comento hace referencia a los casos en los cuales el laudo arbitral incurre en incongruencia por ultrapetita, cuando se otorga más de lo pretendido en la demanda, y por extrapetita, cuando se sustituye una pretensión del demandante por otra, o cuando además de otorgar lo pedido concede algo adicional, o cuando se otorga lo pedido por un fundamento o razón de pedir diferente a la invocada, pero no considera incluido en esta causal la citrapetita o infrapetita.¹⁹

¹⁷ Frank Gabaldón, *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial* (Livrosca, Caracas, 1999) 143, 144.

¹⁸ James Otis Rodner, *La Anulación del Laudo Arbitral*, 871, 872.

¹⁹ Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001) 238, 239.

4. EL VICIO DE ULTRAPETITA EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL VENEZOLANA

En Venezuela son escasas las impugnaciones de laudos arbitrales en comparación con el número de laudos proferidos en el tiempo de vigencia de nuestra Ley de Arbitraje Comercial promulgada en 1998. Y son aún más escasos los laudos anulados en sede judicial.²⁰ Esto es coincidente con la tendencia mundial en materia de anulación de laudos arbitrales.

La casi totalidad de las denuncias de ultrapetita han sido desechadas por nuestros Tribunales Superiores Civiles y Mercantiles que han conocido recursos de nulidad de laudos arbitrales, ya sea porque no encontraron presente el supuesto de ultrapetita o porque apreciaron que el recurrente lo que ha pretendido es el examen de fondo o mérito del laudo, lo cual les está vedado a los jueces de nulidad. Además nuestro Tribunal Supremo ha descartado la procedencia de la infrapetita del laudo. Todo esto ha ocurrido en los nueve casos que reseñamos de seguidas, y sólo en uno se anuló parcialmente el laudo en la porción que el tribunal consideró incurso en ultrapetita, en una muy discutible sentencia, con un voto salvado que en nuestra opinión es de innegable rigor y calidad. Esta realidad en nuestro país también parece coincidir con la tendencia jurisprudencial internacional en esta materia.

4.1. Caso Servicios y Transportes Marinos C.A. (MACA)

Se trata de una sentencia de fecha 13-5-2002 del Tribunal Superior Cuarto constituido con los jueces asociados José Melich Orsini y Alvaro Badell Madrid (ponente), que decidió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral CACC de fecha 15-8-2001.

Adujo en este caso el recurrente que el laudo incurrió en la causal de nulidad prevista en el literal “d” del artículo 44 de la LAC con base en el vicio de ultrapetita o extrapetita, al haberse concedido a la demandada más de lo que a esta última le correspondería, por haber alegado en su contestación a la demanda que, para el cálculo del lucro

²⁰ Pedro Rengel Núñez, *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela* (Ediciones TraviesoEvans, www.traviesoevans.com, Caracas, 2021).

cesante demandado tendrían que excluirse los costos de servicios de buceo contractualmente previstos, sin haber probado cuáles eran esos costos que habrían debido deducirse para determinar el lucro cesante. La recurrente alegó que al haber el laudo ordenado la realización de una o más experticias complementarias del laudo para determinar el costo total de los servicios de buceo a ser deducidos, quedó afectado de nulidad al incurrirse en el vicio de cosa extraña no pedida o ultrapetita.

La sentencia apunta que, según el Acta de Misión, se atribuye al tribunal arbitral la potestad de decidir sobre las reclamaciones de daños y perjuicios (lucro cesante y daño emergente) formuladas por la demandante, así como también sobre los alcances o extensión de los mismos, con base en la ley y en las pruebas que al efecto hayan aportado las partes. La sentencia agrega que cuando el laudo declara la procedencia de la reclamación del lucro cesante demandado, caracterizada en el artículo 1.273 del Código Civil como “la utilidad de que se le haya privado”, la cuantía del mismo no es algo que -en defecto de pruebas aportadas por la demandada para minimizar tal cuantía- pueda considerarse como idéntica al íntegro precio del contrato que dejó de cumplirse, y que es obvio que si los árbitros de derecho no han encontrado en autos elementos que constituyan prueba plena de la exacta cuantía de esa utilidad frustrada, quedan habilitados para ordenar una experticia complementaria según el artículo 249 del CPC, que establece que cuando se condene a pagar daños, si su cuantía no pudiere ser estimada según las pruebas de autos, se dispondrá que su estimación se haga mediante experticia complementaria del fallo. La sentencia concluye que el laudo no ha excedido el acuerdo de arbitraje y por lo tanto no procede el alegato que la recurrente pretendió fundamentar en los literales “c” y “d” del artículo 44 de la LAC relativo al vicio de incongruencia positiva.

Resulta claro que esta sentencia no halló ultrapetita en el laudo impugnado pues consideró que éste se atuvo a la pretensión deducida sin modificar en modo alguno el objeto y el título de la pretensión, que quedaron establecidos en el Acta de Misión suscrita por las partes.

4.2. Caso Promotora EP 1697 C.A.

Se trata de una sentencia de fecha 9-2-2004 del Tribunal Superior Segundo constituido con los jueces asociados José Melich Orsini e Iván

Castillo Vicentelli (ponente) que decidió el recurso de nulidad de fecha 16-10-2002 contra un laudo arbitral CACC de fecha 28-8-2002.

La recurrente invocó en su recurso las causales de nulidad previstas en los literales c) y d) del artículo 44 de la LAC. La recurrente alegó que la condena del laudo no estaba prevista entre las cláusulas del contrato, pero en criterio de la sentencia, la labor a cumplir por el árbitro único y la determinación de la materia litigiosa a decidir debe juzgarse conforme al contenido del Acta de Misión prevista en el artículo 50 del Reglamento del CACCC, y en el acuerdo arbitral del contrato está claramente determinada cuál es la competencia del Tribunal de Arbitraje Institucional y hasta donde llega tal competencia, deslindando de manera inequívoca cuáles son los límites de la competencia del Tribunal de Arbitraje.

A juicio del Tribunal Superior la controversia planteada atañe a la interpretación del contenido del contrato, el cumplimiento de las obligaciones pactadas y la terminación del contrato. Se trata de decidir con base en los términos del contrato, si una de las partes dio cabal cumplimiento a las obligaciones pactadas, si pagó bien o pagó en exceso, los intereses de mora que habían sido convenidos y si el contrato ha quedado terminado. La cláusula arbitral no da lugar a dudas a abarcar todas las circunstancias del contrato, que van desde su validez, pasan por su etapa de cumplimiento y llegan hasta su terminación. La sentencia concluye que la controversia, referida a si hubo o no un pago indebido de intereses moratorios, está definitivamente dentro del ámbito de aplicación de la cláusula arbitral, considera inadmisibles el alegato de la recurrente de haberse excedido el árbitro único en la misión que le fuera confiada, declara sin lugar el recurso de nulidad y confirma en todas y cada una de sus partes el laudo arbitral impugnado.

De nuevo esta sentencia no encontró que el laudo estuviere incurso en ultrapetita en razón de que no se modificaron en modo alguno los elementos de la pretensión sino que por el contrario la decisión arbitral se enmarca dentro de los términos de la controversia planteada por las partes.

4.3. Caso Uno Cooperativa de Contingencia R.L.

Se trata de una sentencia de fecha 30-1-2009 del Tribunal Superior Segundo que decidió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral CEDCA de fecha 30-1-2008.

La sentencia declaró sin lugar el recurso de nulidad y confirmó el laudo recurrido. La recurrente había alegado la nulidad de la cláusula arbitral conforme a los literales a) y d) del artículo 44 de la LAC.

La recurrente alegó que la decisión arbitral se fundamentó en normas de derecho no aplicables al caso, al basarse en la Ley del Contrato de Seguros y en dictámenes de la Superintendencia de Seguros, siendo que las partes no habían suscrito un contrato de seguros ni la recurrente era una compañía de seguros sino una cooperativa regida por la Ley y por la Superintendencia de Cooperativas. Al respecto la sentencia estableció que no consta en autos que el laudo arbitral impugnado haya tratado asuntos distintos al contrato que dio origen a la controversia, por lo que no puede la recurrente argumentar que como los árbitros aplicaron una normativa jurídica -en su decir errónea- para sustentar su laudo, ello constituye un exceso del acuerdo arbitral, o no fue previsto en dicho acuerdo.

Otra vez esta sentencia aprecia que el laudo resolvió la controversia derivada del contrato objeto de ésta, aplicando la normativa del contrato objeto de la controversia, sin cambiar el objeto ni el título de la pretensión, por lo que no encontró que el laudo incurriera en ultrapetita.

4.4. Caso Líder C.A.

Se trata de una sentencia de fecha 26-11-2010 Tribunal Superior Quinto que decidió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral CACC de fecha 18-6-2007.

La recurrente funda su recurso en la extralimitación o ultrapetita del laudo, contenida en la causal de nulidad del literal d) del artículo 44 de la LAC, porque las partes del contrato modificaron la moneda de pago de dólares a bolívares al efectuar todos los pagos en moneda de curso legal, pero el Tribunal Arbitral en su laudo condenó a la recurrente en dólares norteamericanos, haciendo más onerosa la obligación de la recurrente y existiendo un enriquecimiento sin causa a favor de las demandantes.

La sentencia consideró que la decisión del árbitro respecto a la moneda de pago y la consecuente condena en dólares norteamericanos no excedió los límites pactados por los contratantes y sometidos al tribunal arbitral ni constituyó enriquecimiento sin causa. Afirma la sentencia

que, revisada el Acta de Misión, se constata que se encomendó al árbitro determinar el contenido, en monto y moneda de pago, de la obligación de restitución de la demandada recurrente a las demandantes, por lo que el árbitro designado tenía la facultad expresa de resolver sobre el monto y la moneda de pago.

En consecuencia, la sentencia consideró que el laudo no adolece del vicio invocado por la recurrente que lo haga contrario a las normas de orden legal y constitucional, ni tampoco se consolida la causal de nulidad invocada por la recurrente, por lo que declara sin lugar el recurso de nulidad, confirma el laudo arbitral recurrido y condena en costas a la recurrente.

Una vez más, esta sentencia encontró que el laudo se atuvo a resolver el *tema decidendum* acordado por las partes en el Acta de Misión, esto es, determinar la moneda de pago de la obligación, lo cual excluye la ultrapetita.

4.5. Caso Cooperativa Rivirib 2 RL

Se trata de una sentencia de fecha 14-8-2013 del Tribunal Superior Primero que decidió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral CACC de fecha 11-11-2011.

La recurrente alegó que el laudo arbitral incurrió en la causal de nulidad del literal d) del artículo 44 de la LAC por estar viciado de ultrapetita, al calificar un contrato de delegación como un subcontrato de un contrato de obra, y no formaba parte de la controversia decidir sobre la naturaleza jurídica del contrato de delegación. Por su parte, la sentencia afirma que la finalidad del recurso de nulidad no es atacar el mérito del laudo, por cuanto los argumentos de fondo y las valoraciones jurídicas hechas por los árbitros no son objeto de esta revisión extraordinaria, toda vez que no se trata de sustituir el laudo por una decisión judicial pues la potestad de resolver la controversia es exclusiva de los árbitros.

Continúa la sentencia señalando que pretender que la forma o interpretación de las relaciones jurídicas constituye un vicio de ultrapetita contraría la interpretación propia que realizan los árbitros. Concluye la sentencia que, al no establecer el recurso de nulidad su fundamentación dentro de los motivos taxativos referidos por la ley, lo ajustado a derecho es declarar improcedente la acción de nulidad del laudo arbitral,

por lo que se declaró sin lugar el recurso y se condenó en costas a la recurrente.

Como se puede observar, esta sentencia encontró que la denuncia de ultrapetita no era más que un ataque a los argumentos de fondo o mérito del laudo, que no son revisables judicialmente.

4.6. Caso Uniseguros C.A.

Sentencia de fecha 22-6-2016 del Tribunal Superior Tercero constituido con los jueces Asociados Pedro Perera y Angela Maffei que decidió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral CEDCA de fecha 5-11-2012.

La recurrente invocó la causal de nulidad establecida en el literal d) del artículo 44 de la LAC, por cuanto el laudo contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo, al haber condenado a Uniseguros a indemnizar daños morales sufridos por la actora en razón de un abuso de derecho por una medida cautelar anticipada practicada antes del acuerdo de arbitraje, y alegando también que no era arbitrable una controversia de naturaleza extracontractual.

La sentencia sostiene que el acuerdo de arbitraje en cuestión se refiere a cualquier controversia relacionada con los contratos, así como cualquier conducta asumida por las partes en relación a dichos contratos, sin distinción alguna, por lo que las controversias objeto del acuerdo de arbitraje entre las partes pueden ser de naturaleza contractual o extracontractual. La sentencia añade que, conforme se evidencia del Acta de Términos de Referencia en este caso, las partes acordaron que el Tribunal Arbitral decidiría si una controversia sometida a su conocimiento estaba incluida en el acuerdo de arbitraje, concretamente si estarían comprendidas las controversias de naturaleza extracontractual, con base en la frase del acuerdo arbitral que reza: “así como cualquier conducta asumida por las partes en relación con dichos contratos”.

Agrega la sentencia que dicho acuerdo de arbitraje tampoco establece límite temporal alguno para someter a arbitraje sólo las controversias futuras surgidas con posterioridad al acuerdo de arbitraje, de manera que aplica lo previsto en el artículo 5 de la LAC, que establece que el acuerdo arbitral abarca, además de las controversias futuras, controversias o conflictos ya existentes con anterioridad a la suscripción del acuerdo de arbitraje.

Por estas razones, la sentencia concluye que el laudo recurrido no incurrió en la causal de nulidad del literal d) del artículo 44 de la LAC pues no contiene decisiones que excedan del acuerdo de arbitraje.

4.7. Caso General Motors Venezolana C.A.

Se trata de una sentencia de fecha 30-5-2017 del Tribunal Superior Séptimo que decidió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral CACC de fecha 31-10-2016, con voto salvado del coárbitro José Humberto Frías.

La sentencia declaró sin lugar el recurso de nulidad, confirmando el laudo impugnado y condenando en costas a la parte recurrente.

En este caso en la demanda arbitral la actora había solicitado la indexación de las cantidades que se condenaran a pagar, calculada hasta el laudo definitivo, y el laudo acordó la indexación mediante experticia complementaria al laudo calculada hasta el dictamen de los expertos, por lo que en su petición de nulidad la recurrente denunció la violación del artículo 44 letra d) de la LAC por haber incurrido el laudo en el vicio de ultrapetita al otorgar a la contraparte más de lo pedido.

La sentencia consideró que el dictamen del experto formaba parte integrante del laudo que ordenó la experticia complementaria, de la misma forma como la experticia complementaria al fallo para determinar frutos, intereses o daños es complemento de la sentencia (art. 249 CPC), por lo que la sentencia apreció que el laudo estaba en sintonía y congruencia con lo solicitado por la demandante, esto es, la indexación calculada hasta el laudo definitivo, que no es otro que el complementado con la experticia ordenada, resultando improcedente el denunciado vicio de ultrapetita.

Otro caso en el cual la denuncia de ultrapetita es claramente infundada, puesto que el laudo no cambió o se excedió de la pretensión procesal, sino que, por el contrario, el laudo decidió conforme a lo pedido. En particular, resulta no menos que temerario pretender desconocer que la experticia complementaria forma parte del laudo.

4.8. Caso Almacenadora Smartbox C.A.

Se trata de una sentencia de fecha 20-6-2017 del Tribunal Superior Segundo constituido por los jueces asociados Pedro Perera y Gonzalo

Pérez Salazar (ponente), que decidió un recurso de nulidad contra un laudo arbitral CEDCA de fecha 13-12-2016.

La sentencia declaró parcialmente con lugar el recurso de nulidad y anuló solamente el Dispositivo Segundo del laudo arbitral respecto a la forma de calcular el *quantum* de la indemnización del daño emergente, por considerarlo incurso en el vicio de ultrapetita, pero declarando que quedaba incólume todo el resto del laudo arbitral recurrido. Es el único precedente jurisprudencial en Venezuela sobre nulidad parcial de un laudo, es decir, sólo en lo concerniente a la parte del laudo considerada como una decisión más allá de lo pedido por las partes.

En este caso la recurrente formuló varias denuncias de ultrapetita del laudo, una de ellas referente a que el laudo estableció una fecha de terminación del contrato distinta a la mencionada por las partes. La sentencia consideró que las referencias que hagan las partes no obligan al juez a la hora de adoptar su decisión sobre cuando surte efecto la terminación contractual, ya que puede apartarse y establecer que en el expediente existe prueba de una fecha distinta a la señalada por las partes. Asienta la sentencia que, ante los alegatos de las partes de que los incumplimientos contractuales tenían distinto origen y fechas, el laudo valoró las pruebas y estimó la fecha de terminación de la relación contractual. De manera que esta denuncia de ultrapetita fue desechada por la sentencia. En efecto, no parece que respecto a esta denuncia, el laudo haya decidido algo distinto a la pretensión deducida o fuera de lo demostrado por las partes, lo cual constituye la esencia del vicio de ultrapetita.

Otra de las denuncias de ultrapetita en este caso es la referente a lo decidido en el laudo sobre el cálculo del lucro cesante demandado, básicamente al negar la indexación solicitada por la demandante como fórmula de cálculo de la indemnización de dicho lucro cesante. En este punto la sentencia consideró que, si bien el laudo había negado la indexación en aplicación de la sentencia de la Sala Constitucional N° 576/2006 (caso Teodoro Colasante), del Acta de Términos de Referencia se evidencia que la demandante pidió expresamente la condena por lucro cesante, autorizándose al tribunal arbitral para la designación de expertos que determinaran el monto de las posibles indemnizaciones, por lo que el panel arbitral, al negar la indexación solicitada y decidir que la indemnización por lucro cesante fuera fijada en experticia

complementaria no incurrió en el vicio de ultrapetita. Queda claro aquí que la sentencia desestimó la denuncia de ultrapetita por no encontrar que el laudo haya decidido algo distinto o más allá del objeto de la pretensión o de la *causa petendi*.

Sin embargo, la sentencia encontró procedente la ultrapetita del laudo respecto a lo decidido sobre el cálculo de la indemnización del daño emergente por la pérdida de un lote de papas que la demandante Pepsico le entregó a la recurrente Smartbox para su procesamiento y que se pudrieron. La sentencia concluyó que el panel arbitral, al determinar que el daño emergente debía calcularse con base al valor actual de la papa y no con base al precio de adquisición de la papa indexado conforme a los índices inflacionarios del CENDA, como lo había pedido la demandante, incurrió en ultrapetita y concedió más de lo pedido por la propia demandante.

Sostuvo la sentencia: “...*el reclamo de indemnización por daño directo reclamado por PEPSICO ALIMENTOS S.A. consistía en el pago de una cantidad de dinero pagada previamente (nunca se pidió pago por subrogación o la devolución de la papa), que podía ser perfectamente indexado mediante el método estipulado en el libelo de demanda (índices publicados por el CENDA) y que al no hacerlo el Tribunal Arbitral, dio algo distinto de lo pedido, incurriendo con esa actitud en el vicio de ultrapetita, que se encuentra en el literal d) del artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.*”

El laudo había desechado la forma de cálculo por vía de indexación tanto del daño emergente como del lucro cesante propuesta por la demandante, con base en la antes citada sentencia de la Sala Constitucional (caso Teodoro Colasante), que establece la forma de cálculo de la indemnización de daños a su valor actual descartando la indexación, pero el Tribunal Superior en este caso consideró esta sentencia como aplicable al supuesto del cálculo de la indemnización del lucro cesante más no al supuesto del daño emergente, ya que, en su criterio, el reclamo no era una obligación de valor sino una obligación pecuniaria consistente en lo pagado por la demandante por las papas que se dañaron, que sí podría ser objeto de indexación a la fecha de su indemnización.

En voto salvado el Juez Asociado Pedro Perera disiente de la mayoría sentenciadora pues, en su criterio, la sentencia desnaturaliza o tergiversa los términos de la pretensión de la demandante, quien según

el disidente, no calificó su pretensión como una obligación dineraria (el precio pagado por las papas) sino como una obligación de valor (el valor de las papas que se pudrieron), corroborado esto, según el disidente, por la propia Acta de Términos de Referencia, donde se estableció que la demandante reclamó los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la demandada por la pérdida de las papas, lo cual constituye una obligación de valor a la que sí le resulta aplicable la sentencia del caso Teodoro Colasante.

Según el disidente, fue la sentencia disentida y no el laudo impugnado la que modificó la pretensión procesal de pago de una obligación de valor para convertirla en una pretensión de obligación dineraria. De manera que si no fue el laudo sino la sentencia la que modificó la pretensión del demandante, no estaríamos en presencia de una ultrapetita.

Señala además el voto salvado que la determinación de la indemnización del daño emergente hecha por los árbitros es una cuestión de mérito o fondo de la controversia arbitral que no podía ser revisada ni juzgada por la sentencia disentida, ya que el recurso de nulidad no es un recurso de apelación.

En conclusión, a nuestro modo de ver lo importante de esta sentencia es que, por un lado desecha varias denuncias de ultrapetita hechas por el recurrente, con base en criterios ajustados al concepto de lo que en realidad constituye ultrapetita, esto es, una decisión distinta o en exceso del objeto y de la *causa petendi* de las pretensiones de las partes, y sólo admite, de manera contradictoria con dichos criterios, una de las denuncias de ultrapetita, que sólo podía darse si el laudo hubiera cambiado o se hubiera excedido de la pretensión procesal del demandante, lo cual según el voto salvado no ocurrió.

4.9. Caso PDVSA Gas

Se trata de la sentencia más reciente de la Sala Constitucional del TSJ, de fecha 13-10-2021, que decidió un recurso de nulidad interpuesto por Pdvsa Gas contra un laudo del año 2004, en un arbitraje entre la recurrente y la empresa Siderúrgica del Orinoco SIDOR. Esta sentencia asienta varios criterios de gran importancia en materia de derecho arbitral. Concretamente se refiere a la denuncia de incongruencia con base en el literal d) del artículo 44 de la LAC, esto es, cuando el laudo

se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contenga decisiones que excedan del acuerdo mismo.

La sentencia advierte que la LAC sólo contempla una de las vertientes de la incongruencia, a saber, cuando el árbitro extiende su decisión más allá de los límites del problema que le fue sometido a su consideración en el acuerdo de arbitraje, pero no contempla la incongruencia omisiva como causal de nulidad. Por tal razón la sentencia desestima la denuncia de incongruencia del laudo por supuestamente no atender las peticiones de la recurrente. De manera que esta sentencia descarta, junto con la doctrina mayoritaria, la aplicación de la infrapetita en el arbitraje.

Respecto al otro alegato formulado por la recurrente, de incongruencia del laudo por haberse pronunciado sobre una materia no prevista en el acuerdo arbitral, la sentencia afirma haber evidenciado que el objeto del laudo coincide con lo acordado por las partes: la interpretación del contrato de suministro de gas metano, y no se observa ningún pronunciamiento o medida que exceda de esa misión que tenían los árbitros. La Sala advierte que las denuncias de la recurrente están en su mayoría referidas a supuestos errores de juzgamiento pero no a vicios relacionados con una extralimitación de la facultad que tenía atribuida el tribunal arbitral. Precisa la sentencia que no hay incongruencia cuando la decisión aborda el examen de la controversia en forma distinta a como fue presentada por las partes.

Una vez más la revisión judicial de un laudo, hecha en este caso por la Sala Constitucional, concluye que las denuncias de incongruencia del laudo no son más que inconformidad o desacuerdo con aspectos *in iudicando* del laudo, relacionados con la interpretación del contrato por los árbitros, y que por tanto no constituyen ultrapetita.

BIBLIOGRAFIA

- Abreu Burelli, Alirio, Mejía, Luis Aquiles, *La Casación Civil* (Ediciones Homero, Caracas, 2008).
- Azeredo da Silveira, Mercédeh, Levy, Laurent, Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V (1) (c) of the New York Convention, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice*, Editors Emmanuel Gaillard and Domenico Di Pietro (Cameron May, Londres, 2008).

- Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, ((Wolters Kluwer, Third Edition, 2021, Volume III).
- Fernández Rozas, José Carlos, Congruencia del Laudo Arbitral, en *El Laudo Arbitral* (tirant lo blanch, Valencia, 2021).
- Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, The Netherlands, 1999).
- Gabaldón, Frank, *Análisis a la Ley de Arbitraje Comercial* (Livrosca, Caracas, 1999).
- Henríquez La Roche, Ricardo, *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2.000).
- Hung Vaillant, Francisco, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001).
- Merino Merchán, José, Chillón Medina, José, *Tratado de Derecho Arbitral*, Cuarta Edición (Thompson Reuters, España, 2014).
- Mezgravis, Andrés, Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999).
- Rengel Núñez, Pedro, *Jurisprudencia sobre Nulidad de Laudos Arbitrales en Venezuela* (Ediciones TraviesoEvans, www.traviesoevans.com_Caracas, 2021).
- Rengel Romberg, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo II (Ediciones Paredes, Caracas, 2013).
- Rengel Romberg, Arístides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo V (Organización Gráficas Capriles, Caracas, 2003).
- Rodner, James Otis, La Anulación del Laudo Arbitral, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Libro Homenaje a Humberto Cuenca (Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002).

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y RECURSO DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN LAUDOS ARBITRALES



IRMA LOVERA DE SOLA*

Resumen: Este trabajo se propone analizar la sentencia 0702 del 18 de octubre de 2018 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sus consecuencias para el arbitraje en general, la aplicación del control difuso de la constitucionalidad por los árbitros y la pertinencia del recurso de control constitucional en estos casos.

Abstract: This paper analyzes judgement N° 0702 decreed on October 18th, 2019 by the Constitutional Chamber of the Venezuelan Supreme Court of Justice, the effects the judgement has had on arbitration and on the enforcement by arbiters of the diffuse judicial review of constitutionality.

Palabras clave: arbitraje, laudo, control difuso, control concentrado, recurso de control constitucional.

Keywords: diffuse judicial review, concentrated judicial review, arbitration.

Estructura: Introducción. 1. Base constitucional del control de la constitucionalidad. 1.1. Desarrollo constitucional del derecho a administrar justicia. 1.2. Control de la constitucionalidad. 1.3. Estímulo constitucional a los medios alternativos de resolución de conflictos. 2. Evolución jurisprudencial de la filosofía pro-arbitraje. 3. Resumen del laudo arbitral del 15 de septiembre de 2016. 4. Resumen de la sentencia 0702 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 18 de octubre de 2018. 5. Base constitucional del recurso de control de constitucionalidad. • Conclusiones.

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello, mediadora, árbitra y docente universitaria de pre y post grado. Especializada en Derecho Inmobiliario y Protección de niños, niñas y adolescentes.

INTRODUCCIÓN

El 18 de octubre de 2018, fue publicada la sentencia 0702¹ de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en la cual se admitió que los árbitros pueden realizar control difuso de la constitucionalidad mediante la desaplicación de normas que consideren contrarias a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).

Esta sentencia viene a consolidar criterios pro-arbitraje sostenidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en numerosas oportunidades anteriores, con la peculiaridad de que hasta esa sentencia no se había presentado un caso concreto en el cual un árbitro hubiera utilizado esa herramienta del control difuso de la constitucionalidad.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela regula el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad en sus artículos 334 al 336.

También el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil incluye entre las potestades del juez, el control difuso de la constitucionalidad.

En consecuencia, esa sentencia abre un campo enorme al control difuso de la constitucionalidad al atribuirle no solamente a los jueces sino también a los árbitros.

A esto debemos agregar que se considera que ese control difuso de la constitucionalidad es aplicable en los arbitrajes en materia de arrendamientos comerciales, materia esta que se rige por ley especial que prohíbe el arbitraje en el literal “j” de su artículo 41, y en general esa sentencia recalca al arbitraje como un derecho del ciudadano a elegir el ámbito en el cual se dilucidarán los conflictos que puedan presentarse.

1. BASE CONSTITUCIONAL DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

1.1. Desarrollo constitucional del derecho a administrar justicia

La Constitución de la República de Venezuela promulgada el 23 de enero de 1961, establecía lo siguiente:

¹ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126>. HTML (Consultado el 2 de julio de 2020).

Artículo 68.- Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.

La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Este artículo leído hoy día es muy limitado, en vista del protagonismo, no siempre respetado, que le da la nueva Constitución de 1999 a los ciudadanos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), aprobada en referéndum popular realizado el 15 de diciembre de 1999, con su extraordinario desarrollo de los derechos humanos, tiene un sentido genuinamente innovador en lo que se refiere al acceso a la justicia y a los medios alternativos de resolución de conflictos.

El cambio de paradigma de la administración de justicia, a pesar de la vigencia constitucional por más de 20 años, no ha sido percibido, desarrollado y aplicado en todas sus consecuencias, como deberá hacerse en el futuro cercano cuando sea cabalmente comprendido y aplicado.

El Título III de la C RBV dice: “De los derechos humanos y garantías y de los deberes”, y en su Capítulo I, artículo 26 expresa: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...”

Esta norma al señalar que el acceso a la justicia es un derecho, se refiere a que los ciudadanos tienen libre acceso a los órganos que integran el Poder Judicial para que le sea instaurado un proceso que culmine con una decisión imparcial del asunto planteado.

En el Título V, destinado a la Organización del Poder Público, el Capítulo III está dedicado a la Organización del Poder Judicial y del Sistema de Justicia, y en su artículo 253 establece:

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley
(*omisis*)

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.”

En las Constituciones venezolanas anteriores, la administración de justicia había sido monopolio del Poder Judicial, la innovación de la vigente Constitución consiste en que esa administración de justicia ahora es una potestad de los ciudadanos y no de un poder del Estado.

Se puede destacar que se menciona primero a los ciudadanos y después a los abogados, lo cual puede tener un significado, y creo que lo tiene, en la importancia que cada grupo mencionado tiene en su intervención en la administración de justicia.

En esta expresión radica una enorme diferencia que empodera² a los ciudadanos para que sean ellos quienes decidan ante quien y de que forma, optarán para resolver sus controversias.

El pueblo venezolano, una vez promulgada esta Constitución, constituido en ciudadanía ostenta la soberanía, pero no solamente para elegir a sus gobernantes en votaciones directas, como venía siendo en anteriores constituciones, sino también para participar en la formación de las leyes³ y para administrarse justicia a sí mismos, y por lo tanto la jurisdicción en primer lugar radica en los ciudadanos, colectiva o individualmente, son quienes deben decidir cuál de los medios de obtención de justicia elegirán para resolver cada conflicto.

En consecuencia, los jueces, los integrantes del Poder Judicial, son en principio incompetentes es decir, carecen de jurisdicción para intervenir en los conflictos de los ciudadanos, de tal forma que solamente

² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. <https://dle.rae.es/empoderar>. (Consultado el 11 de julio de 2020).

³ **Artículo 211.** “La Asamblea Nacional o las Comisiones Permanentes, durante el procedimiento de discusión y aprobación de los proyectos de leyes, consultarán a los otros órganos del Estado, a los ciudadanos y ciudadanas y a la sociedad organizada para oír su opinión sobre los mismos...”

tendrán jurisdicción (capacidad para dictar justicia) si los ciudadanos así lo deciden y se la conceden en cada caso.

Si continuamos derivando consecuencias de estos postulados constitucionales, tendremos claramente la conexión con los llamados medios alternativos de resolución de conflictos, que ahora en virtud de su mención expresa en el texto constitucional no solamente han adquirido nuevo rango sino que también como consecuencia de su constitucionalización, están al mismo nivel, en la misma jerarquía que las opciones judiciales, por lo tanto los ciudadanos pueden elegir libremente acudir a un medio alternativo o a la justicia judicial, sin mandato legal de preferencia por uno u otro, para la solución de sus divergencias.

1.2. Control de la constitucionalidad

El artículo 7° de la CRBV enuncia que ella es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. A fin de preservar su integridad la propia Carta Magna diseñó fundamentalmente dos fórmulas que pretenden no solamente conservar la integridad de la norma sino también de su interpretación y su coherencia con las leyes, reglamentos, resoluciones y actos administrativos en general.

Seguidamente, dentro de este contexto, el artículo 133 dice:

Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público.

En mi opinión la obligación de cumplir y acatar la Constitución conlleva el deber de todo ciudadano de preservar, y no solo de los jueces, sino de los ciudadanos en general, cada uno en la medida de sus posibilidades, la integridad y coherencia de esta Magna Norma. Por lo tanto, los árbitros no están excluidos de este deber.

Más adelante en el segundo aparte del artículo 253, se crea el Sistema de Justicia, que hasta ese momento no existía en Venezuela y se señalan quienes lo integran:

El Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los auxiliares y funcionarios de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justi-

cia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio profesional

Este sistema configura un cuerpo legal que debe funcionar de manera coordinada a fin de consolidar en base a la CRBV un todo integrado y coherente.

El artículo 20 del Código de Procedimiento Civil vigente, señala:

Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia.

Lo cual es un mandato directo a los jueces que detecten contradicciones entre la ley aplicable al caso bajo su conocimiento con la Constitución vigente para ese momento.

El artículo 266 de la CRBV señala como la primera atribución del Tribunal Supremo de Justicia, “...ejercer la jurisdicción constitucional...” por parte de la Sala Constitucional. Esta norma remite al contenido del Título VIII de la propia Constitución, denominado DE LA PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCION, en ese Título se desarrolla la protección a la integridad de la Constitución y de todo el orden normativo existente en el país.

El enunciado es el siguiente:

Artículo 334. Todos los jueces y juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

Este artículo contiene los dos métodos para preservar la constitucionalidad, uno que se denomina control difuso de la constitucionalidad que consiste en que cualquier juez debe, incluso de oficio, desaplicar cualquier norma sea cual fuere su rango, que no sea compatible o que sea contraria a la Constitución.

El otro es el control directo o concentrado de la constitucionalidad que está reservado a la Sala Constitucional del TSJ (artículo 336), que consiste en declarar la nulidad total o parcial de una norma, bien sea legal o administrativa que contradiga la Constitución.

1.3. Estímulo constitucional a los medios alternativos de resolución de conflictos

Seguidamente, para reforzar la potestad ciudadana de atribuir jurisdicción al juez o al árbitro que deberá resolver su controversia y ampliar las opciones de obtención de justicia, el único aparte del Artículo 258 de la misma Constitución señala en forma programática que

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

Con esta expresión los llamados medios alternativos de resolución de conflictos dejan de ser una alternativa de segundo orden ante la administración judicial de la justicia, para convertirse en unos medios, formas, modalidades de la administración de justicia de igual rango que la judicial y que puede ser elegida por los ciudadanos.

El Tribunal Supremo ha señalado en numerosas oportunidades que el llamado de este único aparte del artículo 258 constitucional no está dirigido únicamente al Poder Legislativo, que lo acató convenientemente al promulgar varias leyes de los períodos legislativos comprendidos entre el año 2000 y el 2010, no siempre con acierto, sino también es un exhorto a los jueces que deberán decidir conflictos de jurisdicción.

Si extraemos la esencia de todas las consecuencias del enunciado constitucional, nos encontramos con que la jurisdicción pertenece a los ciudadanos quienes la delegan en el medio de obtención de justicia que consideren ajustado a las características y circunstancias del caso particular.

Creo útil comentar que en otros países, como Estados Unidos de América, en numerosos de sus estados, Argentina y Nigeria, existen los llamados “tribunales multipuertas”⁴ o Casas de Justicia, en los cuales una vez presentada y analizada una controversia se recomienda el medio de obtención de justicia que mejor se adapta a las características del caso; este dictamen no es obligatorio pero si conveniente atenderlo para acertar en la modalidad más atinada para cada caso.

Se examina el asunto desde varias perspectivas, por su cuantía, su materia, características particulares y se decide con entera libertad y razonadamente, cual de las opciones es más apropiada a ese caso concreto; la decisión no es obligatoria para las partes en la mayor parte de los casos.

Ese “tribunal multipuertas” no existe en Venezuela todavía, pero sirve de ejemplo para visualizar la equidistancia entre cada una de las opciones de lograr una solución justa para una divergencia en particular.

El caso más frecuente es considerar que los conflictos familiares son particularmente adecuados para ser abordados con las herramientas de la mediación e incluso existe la especialidad de mediación familiar. En cambio, es el arbitraje el rumbo apropiado para dilucidar los litigios de naturaleza comercial.

2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA FILOSOFÍA PRO-ARBITRAJE

Ha sido un largo camino no exento de retrocesos el que ha debido recorrer el arbitraje para ganarse el lugar que se le reconoce hoy día en Venezuela.

Podría señalarse que han sido unos diez años los que han necesitado los jueces y en particular los integrantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia para ir evolucionando en sus consideraciones y decisiones sobre arbitraje.

Particularmente en lo relacionado con la interpretación del aparte único del artículo 258 constitucional y en especial en lo relativo a la aplicación de la cláusula arbitral contenida en un contrato.

⁴ Vargas Pavez, Macarena, La justicia civil de doble hélice. Revista chilena de Derecho Privado N° 31, Santiago, diciembre de 2018. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722018000200195. (Consultado el 15 de julio de 2020).

Sin pretender hacer una cronología completa de las sentencias de la Sala Constitucional sobre este tema, si considero interesante para el lector mencionar algunas de ellas que permitan observar la evolución jurisprudencial del arbitraje.

Necesariamente hay que comenzar por resaltar la importancia de la sentencia N° 1541 del 17 de octubre de 2008⁵ (exp. 08-0763); la demanda fue presentada como una solicitud de interpretación del aparte único del artículo 258 constitucional la que dio comienzo al hilo que se tejió en esa extensa decisión.

Se podría señalar que la petición de interpretación fue una excusa para que la Sala se pronunciara sobre una cantidad de aspectos que no están directamente relacionados con la pretensión de dilucidar el contenido de ese aparte.

Esa decisión tuvo voto salvado del magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, quien señala claramente que el objetivo de la pretensión no era obtener una interpretación de una norma constitucional, y por eso disiente de la sentencia, sino el pronunciamiento de la Sala Constitucional sobre artículos específicos de la Ley de Protección y Promoción de Inversiones.

Sin restar importancia al tema del arbitraje de inversiones, y la mención en esa ley de que el Estado venezolano aceptaría o estaría obligado a ir a arbitraje ante inversionistas que lo demandaran.

Es una curiosidad jurisprudencial que una demanda interpuesta para interpretar una norma legal, que no es atribución de esa Sala, terminara siendo tan importante para la consecución de los objetivos del aparte único del artículo 258 constitucional.

Por lo tanto, la solicitud de interpretación de una norma legal que corresponde a otra Sala ha resultado al cabo del transcurso del tiempo tan importante para la valorización de los medios alternos de resolución de conflictos y en especial para el arbitraje.

En un brevísimo resumen, me referiré al contenido de esta decisión del 18 de octubre de 2008, únicamente en lo relacionado con el arbitraje, ya que la sentencia abarca otros muchos asuntos de no menor importancia.

⁵ <http://historico.tsj.gob.ve/sr/print.asp?url=http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/1541-171008-08-0763.HTM> (Consultado el 2 de julio de 2020).

El contenido fundamental de esa sentencia para el desarrollo del arbitraje en Venezuela, además de citar decisiones previas en las que se apoya esta y son precedentes de ella que constituyen la historia de la tendencia pro-arbitraje, hago el resumen con citas textuales de la sentencia comentada:

- 2.1. La ampliación de las opciones de la administración de justicia “...puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje...”
- 2.2. “...los medios alternativos de solución de conflictos no sólo tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio, sino que a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia...”
- 2.3. El reconocimiento y estímulo constitucional a los medios alternativos en el aparte único del artículo 258, “...no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios...”
- 2.4. La sentencia ratifica “... 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...”
- 2.5. La Sala reconoce “...los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico

que contiene al compromiso arbitral... así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (kompetenz-kompetenz)...”

- 2.6. El compromiso arbitral debe ser expresado de manera “...indispensable (mediante) la previa manifestación expresa y por escrito de la voluntad de sometimiento a arbitraje...”
- 2.7. La posibilidad de llevar al conocimiento de árbitros asuntos de orden público, lo cual hasta ese momento estaba vedado por sentencias previas de la Sala Político-Administrativa.

En esta sentencia la Sala Constitucional afirma: “Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya 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; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo -vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras-, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.”

- 2.8. Dice textualmente la sentencia comentada:

“...visto que el mandamiento constitucional a que se refiere el artículo 258 impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos para la resolución de conflictos en el foro venezolano (que compele tanto al legislador como al operador judicial), toda norma legal o interpretación judicial que lo contraríe debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional. Así se declara.”

Estas afirmaciones han sido trascendentes para la mejor comprensión de lo que constitucionalmente significa el estímulo al arbitraje y el amplísimo territorio legal al cual se puede aplicar incluidos asuntos de orden público.

Otra decisión que ha constituido un hito en este largo rumbo hacia la valorización y ampliación de la aplicación del arbitraje ha sido la sen-

tencia N° 1067⁶ (Caso Astivenca) de la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (exp. 09-0573) que básicamente decidió:

Adoptar el criterio previamente sostenido por la Sala Político-Administrativa, en relación con lo que se había denominado “renuncia tácita” al arbitraje.

Afirma que lo que determina que una de las partes haya renunciado a la jurisdicción arbitral no se encuentra necesariamente en el texto de la cláusula compromisoria sino en conductas u omisiones realizadas una vez que se ha demandado en vía judicial.

En varias sentencias de la Sala Político Administrativa se fijan los requerimientos muy precisos que enumera y analiza detenidamente a fin de que no se entienda renunciada la jurisdicción arbitral conferida en la cláusula:

- claridad y validez de la cláusula arbitral,
- conducta procesal coherente con el compromiso arbitral por la parte demandada,
- que se haya interpuesto “en forma” la excepción de falta de jurisdicción judicial en el caso,
- ausencia de conductas que pretendan un fraude al arbitraje.

Una vez enunciados estos requerimientos, la Sala insiste que el exhorto contenido en el aparte único del artículo 258 de la Constitución de estímulo a los medios alternativos de resolución de conflictos y en particular al arbitraje, no va dirigido solamente al legislador sino también al operador judicial.

El reconocimiento y estímulo a los medios alternativos de solución de conflictos involucra tanto al Poder Legislativo como al Judicial, ya que el constituyente al crear el concepto de Sistema de Justicia, mucho más amplio que el Poder Judicial, incluyó a esos medios en ese sistema.

La consecuencia inmediata es el reconocimiento de la existencia de la jurisdicción arbitral cuya base se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes que hayan decidido encomendar la decisión de su asunto al arbitraje.

⁶ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML> (Consultado el 2 de julio de 2020).

También señala la cooperación entre la vía arbitral y la judicial.

Las decisiones tomadas por la Sala Constitucional fueron marcando el rumbo a posteriores sentencias de la Sala Político-Administrativa (por ejemplo, Sent. 0877 del 12-7-2011, exp.2011-0387⁷ y Sent. 0974 del 20-7-2011 Exp. 2011-0651⁸) así como también a decisiones de la Sala de Casación Civil⁹ (ejemplo Sent. 459 del 30-7-2013 exp. 2013-000116) que reitera el principio *kompetenz-kompetenz*, y la filosofía del principio pro-arbitraje que debe informar las decisiones de los jueces.

3. RESUMEN DEL LAUDO DICTADO EL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2016

El 24 de abril de 2014, fue promulgado el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para Uso Comercial¹⁰ N° 929 (Ley de Arrendamiento Comercial) que contiene en su artículo 41, entre otras prohibiciones en su literal “j”, la prohibición del arbitraje, en estos términos:

El arbitraje privado para resolver los conflictos surgidos entre arrendador y arrendatario con motivo de la relación arrendaticia.

Desde la publicación de mi libro por la Editorial Jurídica Venezolana, Manual de Arrendamiento Comercial, yo había expresado mi opinión acerca de la inconstitucionalidad del literal “j” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Comercial.

No había habido la oportunidad de poner en práctica esa afirmación teórica de que esa prohibición contradecía la CRBV; quedó esa afirmación sin sustento en la realidad legal y jurisprudencial.

Ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, fue presentada una solicitud de arbitraje cuyo contrato de alquiler era sobre un local comercial y contenía una cláusula arbitral.

⁷ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00877-12711-2011-2011-0387.HTML> (Consultado el 2 de julio de 2020).

⁸ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/julio/00974-20711-2011-2011-0651.HTML> (Consultado el 2 de julio de 2020).

⁹ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/julio/RC.000459-30713-2013-13-116.HTML> (Consultado el 2 de julio de 2020).

¹⁰ Gaceta Oficial N° 40.418 del 23 de mayo de 2014. <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/mayo/2352014/2352014-3985.pdf#page=19>, (Consultado el 5 de julio de 2020).

En ese caso fui designada árbitro único. La pretensión de la demanda arbitral era la desocupación y entrega del local, en virtud de haberse vencido tanto el contrato de alquiler como la prórroga que le concede el artículo 26 de la Ley de Arrendamiento Comercial.

La cláusula arbitral aparecía redactada en términos suficientemente claros para que la voluntad de las partes se hubiera manifestado en forma inequívoca.

Después de tramitar el procedimiento arbitral de acuerdo con el Reglamento General de ese centro de arbitraje, el 15 de septiembre de 2016, se publicó el laudo arbitral del caso referido.

El laudo se fundamentó en los artículos 253 y 258 de la CRBV y en la numerosa jurisprudencia del TSJ anteriormente citada, y decidí desaplicar la prohibición de arbitraje en ese contrato de arrendamiento por cuanto la prohibición de arbitraje es contraria a la Constitución.

Es decir, utilizar el control difuso de la constitucionalidad que impone a los jueces la obligación de preservar la integridad del texto constitucional, me llevó a considerar que los árbitros tienen esa misma obligación y desapliqué esa prohibición en el laudo referido.

Como la ley procesal establece que este tipo de decisiones, en este caso el laudo, que desaplican normas por considerarlas inconstitucionales son de consulta obligatoria a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se remitió el asunto a esa Sala.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹¹, en su artículo 5, numeral 16 atribuye al Tribunal Supremo de Justicia la revisión las sentencias definitivamente firmes en las que se haya utilizado el control difuso de la constitucionalidad de leyes o normas jurídicas, dictadas por los demás tribunales.

La sentencia producto de esa consulta o revisión fue publicada el 18 de octubre de 2018, bajo el N° 0702.¹²

La sentencia mencionada fundamentó sólidamente sus consideraciones acerca de la capacidad de los árbitros para instrumentar el control difuso de la constitucionalidad.

¹¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.522 del 1° de octubre de 2010.

¹² <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126>. HTML (Consultado el 6 de julio de 2020).

Estableció que la desaplicación de una norma por parte de un árbitro en virtud del control difuso de la constitucionalidad por considerar que la norma contraría la CRBV es procedente y en consecuencia declaró que el proceso arbitral se había desarrollado y decidido conforme a derecho.

La Sala Constitucional fue aún más lejos, al afirmar que “el arbitraje es un derecho fundamental de rango constitucional.”

4. RESUMEN DE LA SENTENCIA 0702 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DEL 18 DE OCTUBRE DE 2018

La sentencia de la Sala Constitucional referida es muy ilustrativa y enriquece los criterios sostenidos por ella en relación con el arbitraje en general, al arbitraje en materia de orden público y en particular en los arrendamientos comerciales.

La Sala transcribió totalmente el contenido del laudo dictado el 15 de septiembre de 2016 y luego pasó a realizar sus consideraciones para decidir, que fundamentalmente fueron las siguientes:

- Cita los artículos 334 y 336.10 de la CRBV en los que se establecen los mecanismos para ejercer el control difuso y el concentrado de la constitucionalidad.

En particular se reproduce el texto del artículo 336 que fija las atribuciones de la Sala Constitucional, numeral 10° que dice:

- “Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos en la Ley Orgánica respectiva”.

La Sala subraya la importancia de la consulta obligatoria a fin de que la decisión del juez inferior se convierta, de ser procedente, y en virtud de la sentencia de la Sala Constitucional que deriva de esa consulta, en una decisión con carácter vinculante.

- Cita el artículo 334 de la Constitución de la forma siguiente: Consecuencia de dicha norma es que corresponde a todos los jueces (**incluso los de la jurisdicción alternativa**) asegurar la integridad de la Constitución, lo cual adelantan mediante el llamado control difuso. (paréntesis y destacado de la Sala).

La Sala expone: Conforme al artículo 334 aludido, el control difuso sólo lo efectúa el juez sobre normas (lo que a juicio de esta Sala incluye las contractuales) ...

Evidentemente al mencionar normas contractuales se refiere a la cláusula arbitral que es la norma que atribuye jurisdicción al arbitraje por voluntad de las partes.

- La Sala señala cuales son los requisitos para la aplicación del control difuso de la constitucionalidad.

La sentencia 0702 continúa desarrollando las consecuencias del enunciado constitucional y llega a dos conclusiones fundamentales: que el arbitraje es un derecho del ciudadano y que el laudo es un acto jurisdiccional, y concluye:

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

Omissis

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

Seguidamente la Sala insiste en recalcar la válida opción que tienen los ciudadanos de someter al conocimiento arbitral asuntos declarados en sus leyes respectivas como de orden público, y equipara la capacidad jurisdiccional de los jueces a la de los árbitros.

En consecuencia, como corolario del mandato del artículo 258 constitucional, “**toda norma legal o interpretación judicial que lo contrario debe considerarse reñida al texto fundamental y, por tanto, inconstitucional**. Así se declara”. (destacado y subrayado en el original).

Considero que los párrafos decisorios del asunto planteado por la consulta o revisión obligatoria sobre la desaplicación de una norma que el laudo arbitral citado consideró contrario a la Constitución son los siguientes:

La ampliación del arbitraje a sectores tradicionalmente considerados ajenos a su ámbito de aplicación es la tendencia moderna, lo cual resulta plenamente acorde con el espíritu, propósito y razón de los artículos 253 y 258 de nuestra Carta Magna, en contraposición a lo que ocurre con lo dispuesto en el artículo 41, literal “j” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que en lugar de promover, impulsar o favorecer este medio alternativo de resolución de conflictos, lo rechaza de plano y de forma tajante coarta e impide su admisibilidad, lo cual resulta contrario a lo dispuesto en las normas constitucionales antes citadas, así como a los criterios vinculantes sentados por esta Sala Constitucional en sentencias números 192/2008; 1.541/2008 y 1.067/2010.

Es por ello, que el empleo del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos es admisible para debatir y resolver aquellos casos de arrendamientos de locales comerciales en los que las partes decidan acudir al mismo, contando el árbitro con todas las potestades propias de un juzgador independiente y autónomo, conocedor del derecho, que debe velar de igual manera por su correcta interpretación y aplicación, dándole prevalencia a los principios y normas constitucionales, en atención a lo cual se declara conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del artículo 41, literal “j” del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial que se hizo en el laudo arbitral dictado el 15 de septiembre de 2016, suscrito por la abogada Irma Lovera de Sola, inserto en el expediente distinguido con el alfanumérico CA01-A-2016-000005, nomenclatura del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, en el que es parte demandante la ciudadana Miriam Josefina Pacheco Cortés y parte demandada la ciudadana Carmen Cárdenas de Rodríguez.

Seguidamente la Sala ordena abrir de oficio el procedimiento de nulidad del literal “j” del artículo 41 de la Ley de Arrendamiento Comercial, lo cual consolida y no deja lugar a dudas que la mencionada norma es abiertamente contraria al artículo 258 constitucional.

La Sala Constitucional al dar inicio al procedimiento de nulidad del literal “j” del artículo 41 de la mencionada ley, enlaza la sentencia ya comentada, que únicamente tiene efecto sobre ese caso en particular, con la futura que saldrá de ese procedimiento de nulidad y que tendrá alcance universal.

Esta sentencia, precedida por otras de la misma Sala que se inclinan por la tendencia pro-arbitraje, es novedosa porque, despeja dudas sobre la aplicación del control difuso de la constitucionalidad por los árbitros y levanta la prohibición del arbitraje contenida en una ley reciente de 2014, al menos para ese caso concreto.

También permite la expansión del arbitraje a un ámbito que le estaba vedado, lo cual significará una promoción del arbitraje que será muy beneficiosa para los ciudadanos en general y para los contratantes de alquileres comerciales en particular.

5. APLICACIÓN DEL RECURSO DE CONTROL O DE REVISIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD A LOS LAUDOS ARBITRALES.

En el trabajo publicado en la Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje¹³, escrito por Diana Droulers y José Gregorio Torrealba, que versa sobre aspectos mucho más amplios que este punto en particular, se titula Arbitraje y Constitución, y su capítulo III se denomina Las Acciones y Recursos Constitucionales en relación con el Arbitraje, y dentro de él hay un subtítulo dedicado al control difuso de la constitucionalidad en relación con el arbitraje.

En ese trabajo los autores abundan en argumentos, acerca de que un laudo aunque es un acto jurisdiccional, no es equiparable a una sentencia y también en que las normas que rigen este recurso de control si bien se aplican a las sentencias dictadas dentro del Poder Judicial,

¹³ Volumen I (2020).

los laudos son dictados por un órgano, como es el tribunal arbitral, que no forma parte del Poder Judicial sino del Sistema de Justicia y no son equiparables.

Se reconoce la facultad de los árbitros de aplicar el control difuso de la constitucionalidad, lo cual concuerda con las decisiones que ha tomado la Sala Constitucional, pero difieren en que esos laudos que han desaplicado alguna norma por considerarla inconstitucional, deban ser consultados o revisados por la Sala Constitucional, como si se tratara de sentencias emanadas de juzgados.

Aunque este trabajo que cito abunda en argumentos sobre este particular, me pregunto: si el loable objetivo de la norma ya citada de la Constitución (art. 335) es **por un lado, el de que sea solamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia** “el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación...” con la finalidad de conseguir su coherencia e integridad. Y por otro lado, a los laudos arbitrales se les reconoce su condición de actos jurisdiccionales y también la capacidad de aplicar el control difuso de la constitucionalidad, contenida en el artículo 334 de la misma CRBV, aunque esta norma solamente menciona a los “jueces y juezas de la República...”, entonces, ¿por que no aplicarle a los laudos, otra norma que tampoco los menciona, que son el artículo 5, ordinales 16 y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en pro de la coherencia e integridad de la interpretación constitucional?

Este numeral 22 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, señala que la Sala Constitucional se limitará a efectuar un “examen abstracto” sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada y desaplicada, y mas aún, su finalidad es mantener la coherencia, de la interpretación de la Constitución y la integridad del texto de la carta magna; ¿que otra opción existe actualmente en nuestra legislación para que esa coherencia e integridad se logren? ¿Para que tanto sentencias como laudos interpreten rectamente las normas constitucionales y si son compatibles o no con ella?

También me pregunto: ¿Si se aplica a los laudos la norma contenida en el artículo 335 de la Constitución, por que no aplicarles también la norma del artículo 5.22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia?

Es que acaso no podría presentarse el caso de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad en un laudo en que fuera discutible o no completamente clara la contradicción o incompatibilidad entre la norma desaplicada y la Constitución?

¿Es o no un bien mayor la coherencia e integridad de la Constitución y sus interpretaciones que el dejar a los laudos fuera del control o revisión constitucional por parte de la Sala Constitucional?

Opino que mientras no haya una solución explícita en la Constitución o en la ley que rige al Tribunal Supremo de Justicia que señale de manera indudable que están o no los laudos sometidos a ese control o revisión constitucional, debe aplicarse este a las decisiones arbitrales que apliquen el control difuso de la constitucionalidad y por ende, la desaplicación de normas incompatibles con aquella.

LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO



ALEJANDRO RAMÍREZ PADRÓN*

Resumen: El presente artículo persigue abordar la relación entre la autonomía del arbitraje y el control judicial con referencia a la nulidad del laudo arbitral. Para ello, se hará uso del derecho comparado a fin de contrastar las distintas soluciones y posiciones que bridan los diversos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo.

Palabras claves: laudo arbitral; impugnación; derecho comparado.

Title: The challenge of arbitration award from a comparative law perspective

Abstract: This paper seeks to address the relationship between the autonomy of arbitration and judicial control with reference to the challenge of the arbitral award. For this purpose, comparative law will be used in order to contrast the different solutions and positions provided by the various legal systems around the world.

Keywords: arbitration award; challenge; comparative law.

Sumario: Introducción. I. Aproximación al recurso de nulidad contra el laudo arbitral. II. ¿Pueden las partes impugnar un laudo por una causal que no fue invocada durante el desarrollo del arbitraje? III. ¿Pueden las partes renunciar al recurso de nulidad? IV. ¿Pueden las partes reducir o ampliar por vía contractual las causales de nulidad establecidas en la ley? Conclusión.

* Abogado y cursante de la Especialización en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello. Subdirector editorial del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila. Asistente de editor de la Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB.

INTRODUCCIÓN

Cada vez más –el arbitraje– se muestra como el método por excelencia para la resolución de conflictos comerciales en el ámbito internacional¹. Siendo este el medio de confianza preferido por los comerciantes a razón de los múltiples beneficios que ofrece comparándolo con la jurisdicción estatal.

Estas ventajas han sido ampliamente reseñadas por la doctrina con observancia en la práctica y por eso no profundizaremos más allá de nombrar algunas como la neutralidad, confidencialidad, celeridad, flexibilidad, especialidad del decisor y mayor facilidad de ejecución de la decisión en el extranjero².

Sin embargo, para que dichas ventajas se materialicen, es necesario una buena gerencia del conflicto que logre articular los distintos recursos que dispone el arbitraje y este trabajo empieza incluso antes de que se suscite la controversia, es decir, se debe tener presente desde el momento en que se negocia y redacta el acuerdo de arbitraje.

Lo anterior reviste especial importancia puesto a que resulta común que en la práctica internacional las partes –dentro del acuerdo arbitral– pacten sedes arbitrales extranjeras. Esta remisión de la sede a un tercer país obedece muchas veces a la búsqueda de la neutralidad y la construcción de confianza entre partes³.

Ahora, pacíficamente se ha aceptado alrededor del mundo que el lugar de anulación del laudo es el lugar de la sede arbitral. De esta forma y aunado a lo anterior, se justifica el estudio del derecho comparado respecto al régimen jurídico de la nulidad del laudo arbitral ya que, aunque seguramente se contraten equipos de abogados propios de la sede para la representación en el proceso arbitral, este conocimiento es igualmente necesario para el equipo legal encargado de revisar y redactar contratos internacionales que incorporen acuerdos arbitrales que

¹ Véase: Bernard Honotiau, «International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future», *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Issue 2 (2011).

² Elena Gutiérrez García de Cortázar, «¿Satisface el arbitraje las necesidades de los empresarios del siglo XXI?», *Anuario de Arbitraje* (2017): 268-269.

³ Esta es una de las características predominante del arbitraje, su transnacionalidad que nos conduce a una amplitud de posibilidades por permitirse un mayor grado de extracción o separación de la rigidez estatal.

muy posiblemente remitan a sedes extranjeras de forma tal que se vuelve ineludible un conocimiento más amplio del derecho que permita una mejor gerencia o planificación del conflicto desde sus etapas iniciales⁴.

Partiendo de esa necesidad, este artículo buscará abordar –en primer lugar– una aproximación general al recurso de nulidad contra el laudo arbitral que nos permita posteriormente adentrarnos en tres preguntas bastantes polémicas dentro del foro (A. ¿Pueden las partes impugnar un laudo por una causal que no fue invocada durante el desarrollo del arbitraje? B. ¿Pueden las partes renunciar al recurso de nulidad? C. ¿Pueden las partes reducir o ampliar por vía contractual las causales de nulidad establecidas en la ley?) y que cuya respuesta han variado de jurisdicción a jurisdicción. Sin embargo, todas las preguntas afrontan el mismo fenómeno político y ius-filosófico del arbitraje acerca de la dualidad existente entre la autonomía del arbitraje y el control judicial por los tribunales nacionales.

I. APROXIMACIÓN AL RECURSO DE NULIDAD CONTRA EL LAUDO ARBITRAL

Es habitual que los deudores cumplan con los laudos arbitrales dictados en su contra por consecuencia de un proceso arbitral que los involucra, no obstante, esta no es la única posibilidad. Algunas veces la parte desfavorecida considera que dicho laudo es esencialmente erróneo y por ello decide intentar anular el laudo arbitral.

Esto puede darse por diversos motivos, algunas veces por un sentido de justicia ante la afectación generada por la decisión del tribunal arbitral, otras veces las partes recurren a este recurso por razones tácticas o estratégicas en las que persiguen llegar a un acuerdo⁵.

Incluso algunos autores consideran que detrás de esto se encuentran razones de índole psicológica y sociales. Mezgravis señala lo siguiente que es perfectamente aplicable a esta idea:

⁴ Aclarando que esto no impide la posibilidad de que al encontrarse frente a este tipo de contratos internacionales se solicite consultas a abogados especializados en dicha sede, incluso esta es una buena práctica recomendada para acompañar la toma de decisiones.

⁵ Véase: Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Volumen III (Wolters Kluwer, 2014).

Se ha dicho que por razones psicológicas y sociales, los recursos han existido en casi todas las épocas. Pareciera que el reconocimiento del derecho a impugnar una resolución responde a una tendencia natural del ser humano frente al temor de que se consumen vicios o irregularidades en los actos. La necesidad de sentir confianza en que una injusticia podría ser reparada por un nuevo juzgamiento de la situación, es lo que en definitiva provoca la consagración de los recursos⁶.

Una premisa fundamental que contempla el arbitraje es la exclusión de la jurisdicción estatal, sin embargo, esta no es absoluta, sino que quedará reservada en el tiempo para un control posterior una vez se produzca el laudo definitivo. Como afirma Díaz-Candia “*La exclusión de la jurisdicción judicial en el arbitraje ordinario –debe quedar clara- es fuerte pero parcial en tiempo y contenido*”⁷.

Este control que mencionamos en el párrafo anterior se puede ejercer con distintas intensidades. En principio, se ha aceptado que cada Estado define la extensión o el grado de control judicial que ejerce sobre el arbitraje dentro de su territorio, es decir, constituye una decisión de política pública estatal. Sin embargo, hacemos la salvedad de que un sector de la doctrina –con el cual concordamos- asevera que deben existir límites razonables a esta intervención del Estado y mucho más si reconocemos que detrás del arbitraje se encuentran inmiscuidos derechos fundamentales⁸.

Adentrándonos en el recurso de nulidad, es apropiado diferenciarlo del recurso de apelación que, aunque ambos sean medios de impugnación, no son exactamente el mismo. La distinción recae esencialmente en la finalidad, el recurso de nulidad busca obtener la declaratoria de invalidez del laudo con el propósito de que la situación jurídica vuelva a como estaba antes del comienzo del arbitraje; mientras que la apelación persigue que otro tribunal vuelva a decidir el fondo del litigio⁹.

⁶ Andrés A. Mezgravis, «Los recursos contra el laudo arbitral comercial», *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Serie Eventos No.13 (1999): 213.

⁷ Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, (Caracas: Legis, 2011), 134.

⁸ Incluso algunos aseveran que dichos derechos se encuentran dentro de la categoría de derechos naturales, es decir, anteriores al mismo Estado.

⁹ Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del arbitraje comercial* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 139-140.

De igual forma, debemos señalar que el recurso de nulidad es distinto a la oposición de ejecución –a pesar de que posean causales similares- y la diferencia se centra en el mismo argumento, el objetivo entre uno y el otro es distinto.

Lo anterior se corrobora en la medida de que, si un Estado rechaza la ejecución de un laudo arbitral, la parte interesada puede acudir a otro país donde el deudor posea activos y solicitar se ejecute, mientras que –por el contrario- se ha aceptado que un laudo que es anulado en la sede arbitral desaparece del mundo jurídico por completo y a consecuencia de ello no puede ser ejecutado en ningún lugar.

Sobre esto debemos hacer la acotación de que existe una excepción la cual es conocida como *teoría de la deslocalización del laudo arbitral*¹⁰. Este postulado surgió en Francia, pero se ha expandido alrededor del mundo y permite sostener una interpretación distinta del art. V de la Convención de Nueva York que lleve a concluir que aun cuando un laudo sea anulado en la sede, en ciertas circunstancias puede igualmente ser ejecutado en otro Estado.

Siguiendo con los efectos del recurso de nulidad, una vez se declare nulo el laudo arbitral existen dos posibilidades: A) Que no pueda iniciarse un nuevo arbitraje, esto ocurre cuando el acuerdo arbitral es nulo; o B) Que se inicie nuevamente el arbitraje, esto ocurre cuando el motivo de nulidad fueron deficiencias procesales.

Retrotrayéndonos a la fase inicial de este recurso, un factor que se debe prestar especial importancia es al plazo para su interposición puesto a que puede variar según la jurisdicción donde se discuta.

A manera de ejemplo, la Ley Modelo Uncitral –la cual sirve de inspiración para la mayoría de leyes de arbitraje latinoamericanas- en su artículo 34.3 sugiere un plazo máximo de 3 meses a partir de la recepción del laudo o desde la resolución de las solicitudes de interpretación, corrección o dictado de laudo adicional.

En el caso venezolano, la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 43 establece como plazo 5 días hábiles a partir de la notificación del laudo en su versión final¹¹. El tiempo para su interposición es uno de los grandes debates al momento de desarrollar toda ley de arbitraje,

¹⁰ Véase: Shirley Sánquiz Palencia, *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano* (Caracas: UCAB, 2005), 39 y ss.

¹¹ Araque Benzo, *Manual...*, 142.

considerando que tiempos extremadamente cortos pueden ser poco favorables para la parte interesada en interponer el recurso en atención de todo lo que implica preparar un escrito de ese tipo para casos de gran envergadura y complejidad.

También es importante no solo conocer el tiempo para su interposición, sino además cuál es el ente encargado de resolver dicho recurso. Ante esta interrogante, debemos aclarar que existen dos diseños o modelos normativos, el externo y el interno.

Cuando el método de impugnación sea el denominado externo, el encargado de resolver el recurso será el tribunal judicial de la sede¹². Por el contrario, cuando el modelo que se adopte sea el interno, será un tribunal ad hoc y especializado¹³. Generalmente se suele adoptar el modelo externo para el arbitraje comercial y el modelo interno para el arbitraje de inversión.

II. ¿PUEDEN LAS PARTES IMPUGNAR UN LAUDO POR UNA CAUSAL QUE NO FUE INVOCADA DURANTE EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE?

Ya teniendo una noción general del recurso de nulidad del laudo, ahora nos dispondremos a abordar un cúmulo de preguntas asociadas a este, iniciando con que si ¿Pueden las partes impugnar un laudo por una causal que no fue invocada durante el desarrollo del arbitraje?

Ante dicha interrogante la respuesta por las leyes de arbitraje, los reglamentos y la jurisprudencia suele ser que no y esto se basa en que la parte que percibió la irregularidad durante el procedimiento, pero no se manifestó en contra, termina validando o confirmando dicha irregularidad¹⁴. Esto se justifica por aquello que dentro del derecho continental se

¹² Por ejemplo: Cour d'appel de Paris (Francia); Tribunal Federal Suizo (Suiza); Commercial Court of the Queen's Bench Division in the High Court of Justice; Tribunal Superior que tenga competencia en el lugar en el cual se haya dictado el laudo (Venezuela).

¹³ Por ejemplo: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones o The Grain and Feed Trade Association.

¹⁴ Government of the Virgin Islands v. United Industrial Workers Afl Cio (Estados Unidos). Este caso es citado igualmente en Howard University v. Metropolitan Campus Police Officer Union (Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia) para sostener que "*First, arbitration is a matter of consent; if a party submits to arbitration without objecting to the*

conoce como doctrina de los actos propios¹⁵, mientras que en el derecho anglosajón se conoce como *estoppel*, que a su vez deriva de la formulación latina *non venire contra factum proprium* y significa que las partes no pueden actuar en contra de los comportamientos realizados por sí misma con anterioridad debido a que se consideraría actuar de mala fe.

Sobre ello, existen algunas legislaciones que se manifiestan al respecto, como es el caso de Inglaterra que en el artículo 73 de su Arbitration Act 1996 establece:

73 Loss of right to object.

(1) If a party to arbitral proceedings takes part, or continues to take part, in the proceedings without making, either forthwith or within such time as is allowed by the arbitration agreement or the tribunal or by any provision of this Part, any objection—

(a) that the tribunal lacks substantive jurisdiction,

(b) that the proceedings have been improperly conducted,

(c) that there has been a failure to comply with the arbitration agreement or with any provision of this Part, or

(d) that there has been any other irregularity affecting the tribunal or the proceedings, he may not raise that objection later, before the tribunal or the court, unless he shows that, at the time he took part or continued to take part in the proceedings, he did not know and could not with reasonable diligence have discovered the grounds for the objection.

(2) Where the arbitral tribunal rules that it has substantive jurisdiction and a party to arbitral proceedings who could have questioned that ruling—

(a) by any available arbitral process of appeal or review, or

(b) by challenging the award, does not do so, or does not do so within the time allowed by the arbitration agreement or any provision of this Part, he may not object later to the tribunal's substantive jurisdiction on any ground which was the subject of that ruling.

arbitrator's jurisdiction, then it may fairly be said to have consented to the arbitration, and the other party, having gone forward with the proceeding, may fairly be said to have relied upon that consent".

¹⁵ *Abraham Rahman Golshani v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 812.

Del mismo modo coincide el Código de Procedimiento Civil holandés en su artículo 1065 que consagra de manera más clara el mismo precepto:

Section 5 Reversal and revocation of the arbitral award

Article 1065 Grounds for reversal

- 1. *A reversal of the award can take place only on one or more of the following grounds:*

(a) absence of a valid arbitration agreement; (b) the arbitral tribunal was constituted in violation of the rules applicable thereto; (c) the arbitral tribunal has not complied with its mandate; (d) the award is not signed or does not contain reasons in accordance with the provisions of Article 1057; (e) the award, or the manner in which it was made, violates public policy or good morals.

- 2. *The ground mentioned in paragraph (1) (a) above shall not constitute a ground for a reversal in the case mentioned in Article 1052(2).*

- 3. *The ground mentioned in paragraph (1) (b) above shall not constitute a ground for a reversal in the cases mentioned in Article 1052(3).*

- 4. *The ground mentioned in paragraph (1) (c) above shall not constitute a ground for a reversal if the party who invokes this ground has participated in the arbitral proceedings without invoking such ground, although it was known to him that the arbitral tribunal did not comply with its mandate.*

- 5. *If the arbitral tribunal has awarded in excess of, or differently from, what was claimed, the arbitral award shall be partially reversed to the extent that the part of the award which is in excess of or different from the claim can be separated from the remaining part of the award.*

- 6. *If and to the extent that the arbitral tribunal has failed to decide one or more matters submitted to it, the application for a reversal on the ground mentioned in paragraph (1) (c) above shall be admissible only if an additional award mentioned in Article 1061(1) is made, or the request for an additional award mentioned in Article 1061(1) has wholly or partially been rejected.*

- 7. *Notwithstanding the provisions of the second sentence of Article 1064(3), the time limit for making an application for a reversal mentioned in the preceding paragraph shall be three months from the date of deposit of the additional award or the copy*

of the notification mentioned in Article 1061(5) with the Registry of the District Court.

Igualmente resuelven de manera expresa los principales reglamentos de arbitraje alrededor del mundo, por ejemplo:

Reglamento de Arbitraje ICC – Vigente a partir del 1º de enero de 2021

Artículo 40 - Renuncia

Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del tribunal arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del tribunal arbitral o con la conducción del proceso, ha desistido de su derecho a objetar.

LCIA Arbitration Rules – Vigente a partir del 1º de octubre de 2020

Article 32 - General Rules

32.1 A party who knows that any provision of the Arbitration Agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without promptly stating its objection as to such non-compliance to the Registrar (before the formation of the Arbitral Tribunal) or the Arbitral Tribunal (after its formation), shall be treated as having irrevocably waived its right to object for all purposes.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Vigente a partir del 2010)

Artículo 32 - Renuncia al derecho a objetar

Se considerará que una parte que no formule oportunamente objeciones ante un incumplimiento del presente Reglamento o de algún requisito del acuerdo de arbitraje renuncia a su derecho a objetar; a menos que dicha parte pueda demostrar que, en las circunstancias del caso, se había abstenido de objetar por razones justificadas.

Sin embargo, de las mismas normativas se evidencia una excepción a la regla para aquellos casos en que la parte perjudicada no conocía –y no tenía como conocer– de la existencia de la irregularidad. Esto resulta lógico en el sentido de que mal puede oponerse a aquello que desco-

noce que existe. Ejemplo de ello puede ser un conflicto de interés con el árbitro de la causa el cual nunca fue revelado y la parte perjudicada desconoció, por tanto, se le es imposible oponerse y no por ello se le puede negar solicitar la nulidad del laudo ya que de ser así se estaría constituyendo una doble injusticia.

De esta forma, con atención al artículo 73 de la Arbitration Act 1996 previamente citada, en el caso *Thyssen Canada Ltd v Mariana Maritime SA and Anr* (2005), el tribunal estableció que era necesaria la prueba de que no supo o que no pudo haber sabido bajo una diligencia razonable para constituirse la excepción comentada.

Sumado a lo anterior también se debe concretizar que una objeción genérica durante el curso del procedimiento arbitral no resulta suficiente, sino que esta debe ser lo suficientemente clara y precisa.

III. ¿PUEDEN LAS PARTES RENUNCIAR AL RECURSO DE NULIDAD POR VÍA CONTRACTUAL?

Esta segunda interrogante que nos convoca en el presente artículo concluye en una gama amplia de respuestas, considerando la seriedad que puede significar la completa exclusión del control estatal sobre el arbitraje. En la doctrina las posiciones suelen ser confrontadas, en las legislaciones las respuestas suelen variar en función del interés que posee el Estado de intervenir, traducido en una decisión de política legislativa.

Antes de seguir, se debe aclarar que en este capítulo no nos referiremos a los casos en que una vez dictado el laudo la parte perjudicada se abstenga de ejercer el recurso dentro del plazo establecido por la ley aplicable (lo cual puede ser interpretado como una renuncia al recurso de nulidad), debido a que la respuesta en este caso no ofrece mayor dificultad. Sino que nos remitiremos a aquellos casos en que la renuncia al recurso ocurre por vía contractual y con anticipación de laudo arbitral que se pretende impedir objetar.

Sobre esta situación jurídica, es ilustrativo el señalamiento que realiza Mezgravis, Carrillo y Saghy en Venezuela al recordar que:

Se admite que en líneas generales, toda situación jurídica subjetiva puede ser objeto de renuncia anticipada, bien sea de na-

turaliza sustancial, o procesal. Es cierto, que la ley prohíbe la renuncia anticipada de ciertos derechos, como la renuncia a la prescripción (art. 1.954 C.C.) y la renuncia a la herencia de una persona viva (1.022 C.C.). Pero no es menos cierto que, en principio, y salvo disposición legal especial, las cosas futuras, y entre ellas, los derechos futuros, pueden ser objeto de contratos, y por ende, también de renuncia¹⁶.

Respecto a lo afirmado anteriormente se debe resaltar que la denominación de *cosa futura* incluye también a los *derechos futuros*. Conjuntamente de que aun cuando existen excepciones para la renuncia, estas deben de tener una justificación, donde suele alegarse el orden público como motivo para restringir la autonomía de las partes.

De esta forma, un sector de la doctrina se inclina por permitir la renuncia del recurso de nulidad basados en que nos encontramos ante derechos disponibles; mientras que un sector contrario se opone alegando que el recurso de nulidad es de orden público.

Ante tal abanico de opiniones por parte de la doctrina, es necesario profundizar en las distintas legislaciones para encontrar una respuesta al caso en concreto que se nos presente.

De todas formas, existen legislaciones que guardan silencio sobre el tema –como la venezolana o la sueca– quedando la solución en una labor interpretativa del juez. Para algunos esto constituye una mejor técnica legislativa¹⁷, para otros estimula la inseguridad jurídica que es tan dañina al momento de los negocios y las inversiones.

Con relación a ello, es conocida la antigua decisión de la Corte Suprema de Justicia de Suecia que, ante tal omisión por el legislador en su ley de arbitraje nacional, decidió en sentencia del 18 de abril de 1989 que la renuncia al recurso de nulidad es admisible bajo la Ley de Arbitraje Sueca.

De igual manera es permitida –pero de manera expresa– la renuncia en Francia. Aunque existen Estados como Suiza y Bélgica que han

¹⁶ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghi, «El recurso de nulidad contra el laudo arbitral», *El arbitraje en Venezuela. Estudio con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, ed. por Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt C., Diana C. Droulers y Carlos Lepervanche M., (Caracas: CACC, CEDCA, CEA, 2013), 511.

¹⁷ Íd.

adoptado una solución distinta en donde aceptan la renuncia como válida siempre y cuando ambas partes sean extranjeras. Esto último obedece a que el Estado guarda menor interés en controlar las relaciones entre partes extranjeras, aun cuando la sede que hayan pactado sea su Estado.

En el caso de Suiza adoptaron la siguiente redacción:

Federal Statute on Private International Law

Article 192

X. Waiver of annulment

1. If none of the parties have their domicile, their habitual residence, or a business establishment in Switzerland, they may, by an express statement in the arbitration agreement or by a subsequent written agreement, waive fully the action for annulment or they may limit it to one or several of the grounds listed in Art. 190(2).

2. If the parties have waived fully the action for annulment against the awards and if the awards are to be enforced in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards applies by analogy.

En el caso de Bélgica:

Belgian Judicial Code Provisions

Art. 1718

By an explicit declaration in the arbitration agreement or by a later agreement, the parties may exclude any application for the setting aside of an arbitral award, where none of them is a natural person of Belgian nationality or a natural person having his domicile or normal residence in Belgium or a legal person having its registered office, its main place of business or a branch office in Belgium.

Asimismo, es menester señalar que la renuncia –en el caso que se decida por las partes y sea permitida por el ordenamiento jurídico donde se haga efectiva- deberá ser de manera expresa y no de manera genérica, sobre todo partiendo de que la renuncia es la excepción a la regla. Y sobre un sentido práctico vale la pena preguntarse qué finalidad puede tener renunciar a la garantía del recurso de nulidad ¿mayor celeridad en la resolución definitiva del conflicto? Aun así, es cuestionable desde un sentido táctico.

IV. ¿PUEDEN LAS PARTES REDUCIR O AMPLIAR CONTRACTUALMENTE LAS CAUSALES DE NULIDAD ESTABLECIDAS EN LA LEY?

En esta última interrogante se vuelven a confrontar por un lado el control judicial, y por el otro la autonomía de la voluntad de las partes. A lo que surgen –nuevamente- distintas respuestas según la jurisdicción a la que nos refiramos, haciendo el comentario de que es común que las leyes de arbitraje no se pronuncien sobre estos supuestos y se deba acudir generalmente a la jurisprudencia y/o la doctrina para integrar el vacío.

4.1. Sobre la reducción

En la doctrina venezolana los autores se encuentran divididos, por un lado, Henríquez La Roche, Rodner, Carrillo y Mezgravis están en contra de esta posibilidad¹⁸, mientras que Saghy sostiene no estar convencido de la existencia de tal imposibilidad.

Dentro de los países que se permite una reducción en las causales está Francia y por otro lado Bélgica y Suiza en caso de partes extranjeras, ya que de la misma manera en que se está permitido renunciar al recurso de nulidad, se es permitido hacer una especie de renuncia parcial a determinadas causales del recurso de nulidad para dejar solo algunas.

El caso de Bélgica es muy llamativo ya que en el año 1985 decidió –como política normativa en materia de arbitraje- eliminar el recurso de nulidad con el fin de hacerse más atractiva como sede arbitral internacional y posicionar un mensaje en contra de las prácticas dilatorias¹⁹. No obstante, dicha decisión generó el efecto adverso porque hizo que las partes sintieran temor de escoger dicha sede al no disponer de la garantía mínima de control judicial del laudo ante irregularidades esenciales²⁰. A raíz de eso, el legislador belga adoptó el modelo que anteriormente mencionamos posee Suiza.

¹⁸ Andrés Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, «El recurso de nulidad contra el laudo arbitral» 514-515.

¹⁹ Pedro Rengel Núñez, «La impugnación del laudo arbitral», *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N°1 (2020): 180.

²⁰ De manera similar ocurrió en la legislación de Malasia, lo que conllevó a una reforma normativa en el año 2005. Véase: Rengel Núñez, «La impugnación del laudo arbitral», 180.

Existen otros diseños de sistemas que consideran a las causales de nulidad como taxativas y a consecuencia de ello no permiten su reducción. Aquí encontramos el modelo adoptado por la Ley Modelo Uncitral y por Estados Unidos, aunque sobre este último haremos un comentario más adelante ya que se encuentra en duda si dentro del ordenamiento estadounidense las causales de nulidad son taxativas por la interrogante de si sigue teniendo vigencia o no la doctrina del desprecio manifiesto de la ley.

Otra consecuencia importante de que se entienda como taxativa a las causales, es que no puedan ser extendidas mediante la analogía.

En EEUU, se discute si las causales son o no taxativas debido a la doctrina del *Manifest Disregard of the Law* que en algún momento existió y se aplicó, y hoy –aunque haya dejado de aplicarse– se cuestiona por un sector de la doctrina si sigue teniendo vigencia.

Esta doctrina no deriva de la Federal Arbitration Act (Estados Unidos) sino que es una creación jurisprudencial dada por la Suprema Corte en el caso *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953) donde consideraban que los laudos podían anularse por desprecio manifiesto de la ley. A pesar de, esta doctrina fue cuestionada –aunque no se dejó sin efectos de manera expresa– en casos posteriores, siendo el más emblemático *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008) en donde la Corte Suprema se tornó a manifestar sobre el tema afirmando que la Federal Arbitration Act provee causales taxativas para anular los laudos arbitrales, por tanto, no pueden reducirse por vía contractual.

4.2. Sobre la ampliación

Ahora nos referiremos al supuesto contrario con referencia a dos jurisdicciones, Venezuela y Estados Unidos, ¿es posible ampliar las causales de nulidad del laudo arbitral por vía contractual?

Citando el artículo 45 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, pareciera que no es posible en Venezuela ampliar las causales de nulidad por solo permitirse las que correspondan con dicha ley²¹.

²¹ Araque Benzo, *Manual...*, 142.

Ley de Arbitraje Comercial (Venezuela)

Artículo 45. El Tribunal Superior no admitirá el recurso de nulidad cuando sea extemporánea su interposición o cuando las causales no se correspondan con las señaladas en esta Ley (negritas nuestras).

Sin embargo, este supuesto ha sido discutido más a fondo en la jurisprudencia estadounidense, concretamente en los casos LaPine I²² y LaPine II²³ para luego acabar esta discusión en la Suprema Corte con el caso Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc²⁴.

En los dos primeros casos, se revisó la misma cláusula arbitral, pero con conclusiones distintas. El acuerdo arbitral objeto del caso era:

The United States District Court for the Northern District of California may enter judgment upon any award, either by confirming the award or by vacating, modifying or correcting the award. The Court shall vacate, modify or correct any award: (i) based upon any of the grounds referred to in the Federal Arbitration Act, (ii) where the arbitrators' findings of fact are not supported by substantial evidence or (iii) where the arbitrators' conclusions of law are erroneous.

En LaPine I, la Corte de Distrito interpretó primero que no era posible expandirse las causales de anulación de la Federal Arbitration Act (FFA), luego el caso se elevó a la Corte del 9no Circuito de Apelaciones quien se pronunció afirmando que sí se pueden ampliar las causales de anulación del laudo arbitral de la FFA, sin embargo, dichas causales ampliadas en el presente caso no se habían cometido y por eso no se anuló el laudo, lo importante es que se dejó el precedente.

Luego, en LaPine II, la misma Corte de Apelación del caso anteriormente citado se volvió a pronunciar, pero esta vez dictaminó que solo (*only*) se pueden revisar las decisiones arbitrales por las causales taxativas de la Federal Arbitration Act. considerando así que las partes no tienen el poder para modificar dichas causales.

²² LaPine Tech. Corp. v. Kyocera Corp. 130 F.3d 884 (9th Cir. 1997).

²³ Kyocera Corp., 341 F.3d at 992.

²⁴ Stanley A. Leasure, «Arbitration After Hall Street v. Mattel: What Happens Next?», *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Volumen 31, Issues 2 (2009): 273-313.

Posteriormente esa decisión fue respaldada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc* en donde concluye que:

En lugar de luchar contra el texto, tiene más sentido ver los §§9-11 como la sustancia de una política nacional que favorece el arbitraje con sólo la revisión limitada necesaria para mantener la virtud esencial del arbitraje de resolver las disputas de inmediato²⁵.

La Corte Suprema continúa y hace la siguiente precisión con base a los antecedentes jurisprudenciales explicados en el presente artículo:

Cualquier otra lectura abre la puerta a los recursos legales que puedan convertir el arbitraje informal en un mero prelude de un proceso de revisión judicial más engorroso y largo²⁶.

De esta forma –la Corte– concluye que las causales de la ley de arbitraje nacional son taxativas y por ende no pueden ni reducirse ni ampliarse. Básicamente es una decisión de política estadounidense que persigue una interpretación eficiente del arbitraje aun cuando eso implique limitar la autonomía de la voluntad de las partes hasta cierto punto.

CONCLUSIÓN

Con base en las consideraciones y argumentos anteriormente desarrollados ha sido posible alcanzar las siguientes conclusiones:

Detrás del recurso de nulidad se encuentra un profundo debate jurídico-político que reafirma la tensión entre la autonomía del arbitraje y el control judicial. Situación que arrojará diversas consecuencias según la jurisdicción donde se plantee.

De esa forma se vuelve necesario un análisis desde la perspectiva del derecho comparado que permita sistematizar y acceder a una noción general que facilite la labor de los abogados al momento de redactar y suscribir acuerdos arbitrales en contratos internacionales, siendo una realidad que muchas veces se pactan sedes extranjeras.

²⁵ Traducción libre del inglés al español.

²⁶ Traducción libre del inglés al español.

Este conocimiento es necesario en todas las etapas del conflicto, incluso desde antes que ocurra el arbitraje —el equipo legal- debe ya estar pensando en cómo se llevará a cabo la nulidad en el supuesto de que llegue a ocurrir un vicio esencial durante el arbitraje, o —por el contrario- pensar en cómo la parte contraria podrá ejercer dicho recurso en su contra.

Asimismo, debe interpretarse que el grado de control que ejerza el Estado sobre el arbitraje se debe a numerosos factores en donde podemos resaltar que algunos serán de naturaleza jurídica ciertamente, aunque también es una decisión de política pública y de desarrollo de cultura arbitral del lugar donde se discuta el caso en concreto.

Sin lugar a dudas debe existir un mecanismo de control posterior, incluso por razones utilitarias como nos demostró el caso de Bélgica. El problema realmente radica es en el diseño del mecanismo, no siendo necesario que abarque un elevado grado de exhaustividad por el riesgo de afectar la esencia misma del arbitraje, sino que debe mantenerse su carácter excepcional enfocado a corregir solo aquellos problemas esenciales y suficientemente graves, brindando la confianza y el respaldo a las partes de que los actos jurisdiccionales —como ocurre en el arbitraje— no se encuentran exentos de control.

BIBLIOGRAFÍA

- Araque Benzo, Luis Alfredo. *Manual del arbitraje comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Born, Gary. *International Commercial Arbitration*. Volumen III. Wolters Kluwer, 2014.
- Díaz-Candia, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*. Caracas: Legis, 2011.
- Gutiérrez García de Cortázar, Elena. «¿Satisface el arbitraje las necesidades de los empresarios del siglo XXI?», *Anuario de Arbitraje* (2017): 268-269.
- Honotiau, Bernard. «International Arbitration in a Global Economy: The Challenges of the Future», *Journal of International Arbitration*, Vol. 28, Issue 2 (2011): 89-103.
- Leasure, Stanley A. «Arbitration After Hall Street v. Mattel: What Happens Next?». *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Volumen 31, Issues 2 (2009): 273-313.

- Mezgravis, Andrés A. «Los recursos contra el laudo arbitral comercial», *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Serie Eventos No.13 (1999): 206-272.
- Mezgravis, Andrés, Marcos Carrillo y Pedro Saghi. «El recurso de nulidad contra el laudo arbitral». En *El arbitraje en Venezuela. Estudio con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, editado por Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt C., Diana C. Droulers y Carlos Lepervanche M., 503-558. Caracas: CACC, CEDCA, CEA, 2013.
- Ramírez Padrón, Alejandro. «Aproximación a las teorías de legitimidad y validez que sustentan al arbitraje internacional». *Principia*, No. 5 (2021): 127-138.
- Remón Peñalver, Jesús. «La anulación del laudo: el marco general, el pacto de exclusión y el orden público». *Revista del Club Español del Arbitraje*, Volumen 1 (2008): 115-132.
- Rengel Núñez, Pedro. «La impugnación del laudo arbitral». *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, N°1 (2020): 177-209.
- Sánquiz Palencia, Shirley. *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Caracas: UCAB, 2005.

LA REGLA DE ARBITRAJE 41 (5) DEL CIADI EN LA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE ANULACIÓN



MARÍA GABRIELA QUINTERO QUIARO*

Resumen: El presente artículo describe y analiza las causales específicas de anulación recogidas en el artículo 52 del Convenio, que fueron estudiadas en la historia de la redacción del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y han sido extensamente analizadas e interpretadas en los casos del CIADI por los Comités *Ad Hoc*, a fin de poder entender los presupuestos necesarios al momento de invocar y fundamentar la excepción basada en Regla de Arbitraje 41 (5) del CIADI, que se refiere, a la oposición de “una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación”. Esta excepción puede ser opuesta tanto en el Procedimiento de Arbitraje el cual será conocido por el Tribunal Arbitral, o en el Procedimiento del Recurso de Anulación, el cual será presentado ante un Comité *Ad Hoc*, centrándonos específicamente en este último caso.

Palabras claves: Arbitraje de Inversiones, Arbitraje Internacional, CIADI, Recurso de Anulación, excepción, Comité *Ad Hoc*, Convenciones Internacionales.

* Egresada como Abogada en la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas – Venezuela (año 2002); posee dos (2) maestrías, una en Mediación, Negociación y Arbitraje en la Universidad Ulacit de Panamá (graduada Magna Cum Laude) y otra en Derecho Comercial en la Universidad Interamericana de Panamá; y un postgrado en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos en la Universidad Ulacit de Panamá (graduada Magna Cum Laude). Desde el año 2014, forma parte de la Firma especializada en Arbitraje Internacional González Revilla y Asociados (Panamá); es miembro de la Comisión de Ambiente y Energía de ICC-Panamá, de la Comisión de Arbitraje de ICC-Panamá, de la Comisión de Propiedad Intelectual de ICC-Panamá, del Club Español de Arbitraje (CEA), miembro del Dispute Resolution Board Foundation (DRBF), miembro de la Asociación Latinoamericana del Derecho de la Construcción (ALDEC) y del YAG - CESCÓN de Panamá. Forma parte de la Lista de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC) y del Centro de Conciliación y Arbitraje de Venezuela (CEDCA). Es miembro del Colegio de Abogados de Venezuela. mariagabrielquinteroq@hotmail.com | mgquintero@gralaw.com

Title: ICSID Arbitration Rule 41 (5) at the stage of the Annulment Remedy Procedure.

Abstract: This article describes and analyzes the specific grounds for annulment contained in article 52 of the Convention, which were studied in the history of the drafting of the Convention of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and have been extensively analyzed and interpreted in ICSID cases by the *Ad Hoc* Committees, in order to be able to understand the necessary assumptions when invoking and substantiating the exception based on ICSID Arbitration Rule 41 (5) that refers to “file an objection that a claim is manifestly without legal merit”. This exception can be opposed both in the Arbitration Procedure, which will be known by the Arbitral Tribunal, or in the Annulment Appeal Procedure, which will be presented before an *Ad Hoc* Committee, focusing specifically on the latter case.

Key words: Investment Arbitration, International Arbitration, ICSID, Appeal for Annulment, exception, *Ad Hoc* Committee, International Conventions.

En materia de Arbitraje de Inversiones, la Regla de Arbitraje 41 (5) del CIADI desarrolla el *principio competence competence* ampliamente conocido por todos, donde le brinda a las partes la oportunidad de presentar una excepción preliminar cuando la reclamación carece manifiestamente de mérito jurídico. Esta excepción puede ser opuesta tanto en el Procedimiento de Arbitraje el cual será conocido por el Tribunal Arbitral, o en el Procedimiento del Recurso de Anulación, el cual será presentado ante un Comité *Ad Hoc* quienes en uno u otro caso, tendrán la discrecionalidad de decidir sobre la excepción, a saber:

(5) Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar 30 días después de la constitución del Tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del Tribunal, **oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación**. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El Tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del Tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo

(1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico.

Entendemos que, para que el Comité *Ad Hoc* pueda aceptar la excepción de la Regla 41(5), debe determinar previamente, que la Solicitud de Anulación carece de mérito jurídico, y que debe ser manifiesta. En el caso *MOL Hungarian Oil*, para. 44, el Comité manifestó que “El procedimiento establecido en la Regla 41(5) fue diseñado para resolver objeciones, que el Tribunal pueda aceptar o rechazar valorando únicamente la “manifiesta falta de mérito jurídico de las reclamaciones”, sin tener que entrar en un análisis de los hechos subyacentes¹”.

En el caso *Elsamex, S.A. c. República de Honduras*, Caso CIADI No. ARB/09/4 (Decisión sobre las excepciones preliminares de *Elsamex S.A.*)², establece en los párrafos 130 y 131 lo siguiente:

130. El Comité reconoce que la Regla 41(5) puede servir el propósito de evitar una solicitud de nulidad mal concebida, por ejemplo, cuando la parte recurrente invoca causales de nulidad que simplemente no existen bajo el Artículo 52 del Convenio **o intenta re-litigar el fondo del asunto**. Ello se asemeja al enfoque adoptado por el tribunal arbitral del caso *RSM c. Grenada*, cuando no permitió que se re-litigara un arbitraje del CIADI anterior relacionado con los mismos hechos. El tribunal sostuvo: Por las razones expresadas más abajo, el Tribunal concluye que la condición esencial para el éxito de cada una de las pretensiones de los Demandantes es la capacidad del Tribunal de re-litigar y resolver a favor de los Demandantes las conclusiones sobre hechos o derecho respecto de los derechos contractuales de las partes que ya habían sido planteadas y determinados de manera distinta por un Tribunal Previo. Dado que el Tribunal resolvió, en respuesta a la primera pregunta que consideró, que no puede revisar esas conclusiones, el Tribunal por lo tanto decide que cada una de las pretensiones de los Demandantes manifiestamente

¹ Extraído de *Álvarez y Marín Corporación S.A. y Otros c. República de Panamá* (Caso CIADI No. ARB/15/14), Motivación de la decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada en virtud de la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI del 27 de enero de 2016, párrafo 95.

² *Elsamex S.A. y República de Honduras* Caso CIADI No. ARB/09/4, acceso el 26 de febrero de 2022, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1614.pdf>

carece de mérito jurídico. Acorde a ello, el Tribunal está obligado a rechazar las demandas actuales de los Demandantes³. (Traducción del Comité)

131. Por lo tanto, las condiciones para aceptar la excepción preliminar bajo la Regla 41(5) están dadas si se invocan causales distintas de aquellas nombradas en el Artículo 52 del Convenio del CIADI, o si el comité *ad hoc*, sin necesidad de presentaciones adicionales de las partes más allá de aquellas previstas bajo la Regla 41(5), llega a la convicción que los motivos invocados para la anulación exceden manifiestamente el ámbito de las causales señaladas en el Artículo 52, **por ejemplo, cuando el procedimiento de anulación claramente se usa para presentar una apelación** o, una vez más, si es manifiesto que carecen de sustento legal aunque sus elementos fácticos se presumieran válidos.

Ha sido ampliamente señalado por la jurisprudencia arbitral que, en la etapa de anulación, el Comité *Ad Hoc* no puede entrar a ver el fondo del asunto, solamente puede versar sobre los presupuestos establecidos en el Artículo 52 sin que ello implique adentrarse en re-litigar el fondo de la controversia.

En el caso *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, el Comité *Ad Hoc* señaló que **“La meta fundamental del sistema del CIADI consiste en garantizar el carácter definitivo de los laudos arbitrales del CIADI. En este sentido, el Comité coincide con la Demandante en que el procedimiento de anulación supone irregularidades procesales graves en el proceso decisorio y no una apelación sobre el fondo. La naturaleza limitada y excepcional del recurso de anulación previsto en el Artículo 52 del Convenio del CIADI prohíbe indagar en la sustancia del caso, en la aplicación incorrecta del derecho o en los errores incurridos al momento de analizar los hechos”**⁴.

Al momento de invocar y fundamentar la excepción basada en Regla de Arbitraje 41 (5) del CIADI, debemos entender las causales específicas de anulación recogidas en el artículo 52 del Convenio, que fueron

³ *RSM c. Grenada*, Laudo, párr. 7.2.1.

⁴ *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/06/18, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo de Ucrania, párr. 233 (8 de julio de 2013), extraído de “Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI”, 5 de mayo de 2016, página 56.

estudiadas en la historia de la redacción del Convenio del CIADI y han sido extensamente analizadas e interpretadas en los casos del CIADI por los Comités *Ad Hoc*, a saber:

52(1)(A) CONSTITUCIÓN INCORRECTA DEL TRIBUNAL

La historia de la redacción del Convenio del CIADI indica que la causal de constitución incorrecta del Tribunal⁵ tenía el objetivo de abarcar situaciones tales como el quebrantamiento del acuerdo de las partes sobre el método de constitución del Tribunal o el incumplimiento por parte de un árbitro del requisito de nacionalidad o de otras condiciones necesarias para convertirse en un miembro del Tribunal.

Ninguna disposición del Convenio del CIADI o de las reglas establece explícitamente cuándo puede considerarse que un Tribunal ha sido incorrectamente constituido. Sin embargo, el Capítulo I de las Reglas de Arbitraje del CIADI, titulado “Establecimiento del Tribunal”, proporciona reglas detalladas sobre la **constitución de un Tribunal, incluida la nacionalidad y otros requisitos que deben cumplir los miembros del Tribunal, el proceso de designación, y la declaración de imparcialidad e independencia del árbitro**. Las partes pueden plantear cualquier objeción relativa al incumplimiento de cualquiera de estas disposiciones, las cuales deberán ser analizadas por el Tribunal tan pronto como se constituya. En la práctica, los Tribunales de manera consistente preguntan a las partes si tienen algún tipo de objeción respecto de la constitución del Tribunal o respecto de cualquier miembro, en particular durante la primera sesión del Tribunal, en la que se tratan las cuestiones procesales. Si, aún después de que una de las partes plante una objeción al respecto, el Tribunal determina que se ha constituido correctamente, la parte en cuestión deberá esperar la emisión del laudo del Tribunal antes de presentar una solicitud de anulación por esta causa.

Una decisión sobre anulación sostuvo que el rol del Comité *ad hoc* se limita a determinar si se respetaron las disposiciones sobre la constitución del Tribunal en el procedimiento original, y no se extiende a cuestiones tales como la revisión de la decisión del Tribunal sobre la

⁵ Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, 5 de mayo de 2016, Páginas 62 y 63, Párrafos 77,78 y 80.

solicitud de recusación de un miembro del Tribunal en virtud del Artículo 58 del Convenio. Los Comités *ad hoc* también han indicado que, si una de las partes tiene conocimiento de la supuesta constitución incorrecta de un Tribunal en un procedimiento original y omite plantear dicha cuestión, podrá considerarse que ha renunciado a su derecho de invocar este hecho como causal de anulación.

En el caso *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12)⁶, al respecto señaló lo siguiente:

274. El Convenio CIADI no contiene disposiciones que especifiquen cuándo un tribunal está “constituido correctamente” o no a los efectos del Artículo 52(1)(a).

275. Como principio, en su interpretación del Artículo 52(1)(a) del Convenio CIADI, el Comité se guía por los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “Convención de Viena”).

276. El Comité, entonces, interpreta la expresión “constituido correctamente” con su sentido ordinario en el contexto del Convenio CIADI y a la luz de su objeto y efectos, como referencia al cumplimiento adecuado de las disposiciones del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI que versan sobre la constitución del tribunal. Estas disposiciones parecen incluir la Sección 2 del Capítulo IV (Artículos 37 a 40) del Convenio CIADI (titulado “Constitución del Tribunal”), así como el Capítulo V (Artículos 56 a 58) del Convenio CIADI (titulado “Sustitución y Recusación de Conciliadores y Árbitros).

52(1)(B) EXTRALIMITACIÓN MANIFIESTA DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL

Los redactores del Convenio del CIADI contemplaron la posibilidad de que se diera una extralimitación de facultades⁷ en la medida en que **un Tribunal actuara más allá del alcance del acuerdo arbitral de las partes, resolviera sobre asuntos que las partes no hubieran sometido a su decisión, o no aplicara el derecho acordado por las partes.**

⁶ *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12) (Procedimiento de Anulación), página 152, párrafos 274 a 276.

⁷ documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, 5 de mayo de 2016, Páginas 63 y 64, Párrafos 81 a 83.

Las facultades principales del Tribunal que parecen haber sido contempladas por esta disposición, por lo tanto, se relacionan con el alcance de la jurisdicción del Tribunal y con el derecho aplicable.

El Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI establece que solo una extralimitación “manifiesta” de las facultades del Tribunal puede conducir a una anulación, lo que indica la existencia del doble requisito de que exista una “extralimitación” y que sea “manifiesta”. En consecuencia, los Comités *ad hoc* han identificado dos enfoques metodológicos para determinar si existe un error anulable con base en esta causal. El primero es un análisis de dos pasos con el cual se determina si existió una extralimitación de poderes y, de comprobarse, si dicha extralimitación fue “manifiesta”. El segundo enfoque es una prueba *prima facie* que consiste en un examen sumario para determinar si alguna de las supuestas extralimitaciones puede ser vista como de carácter “manifiesto”.

La mayoría de los Comités *ad hoc* ha interpretado la naturaleza “manifiesta” de la extralimitación de facultades como una extralimitación obvia, clara o evidente por sí sola, y que resulta perceptible sin la necesidad de efectuar un análisis elaborado del laudo. Sin embargo, algunos Comités *ad hoc* han considerado que el significado de la palabra “manifiesta” implica que la extralimitación sea grave o material para el resultado del caso.

Pretender que el Comité Ad Hoc, se aproxime a una revisión de la interpretación que el Tribunal Arbitral hizo, no está dentro de la competencia del Comité, ya que estaría re-litigando el fondo del asunto.

Esta causal de anulación se verifica cuando el Tribunal no tiene jurisdicción, por ejemplo, porque la diferencia no está contemplada en el acuerdo de arbitraje⁸. Como establecieron los comités *ad hoc* en la Decisión sobre Anulación *Klöckner I* y la Decisión sobre Anulación *CMS*:

...la falta de jurisdicción de un tribunal arbitral, sea parcial o total, se encuadra necesariamente dentro del alcance de la “extralimitación en las facultades” contemplada en el Artículo 52 (1) (b)⁹.

⁸ *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12) (Procedimiento de Anulación), página 25, párrafo 45.

⁹ Decisión sobre Anulación *Klöckner*, párr. 4.

Con relación al derecho a ser aplicado por un Tribunal, el Convenio del CIADI establece: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables¹⁰”.

Cuando las partes acuerdan el derecho aplicable, la desestimación de dicho derecho equivaldría probablemente a apartarse del mandato conferido por las partes al Tribunal¹¹.

Los Comités *ad hoc* acuerdan que la falta de aplicación por parte de un Tribunal de aplicar el derecho aplicable o de actuar *ex aequo et bono* sin acuerdo de las partes como requiere el Convenio del CIADI podría constituir una extralimitación manifiesta de facultades. Sin embargo, los Comités *ad hoc* han tomado diferentes enfoques para determinar si un error en la aplicación del derecho aplicable podría efectivamente ser equivalente a la no aplicación del derecho aplicable. Algunos de los Comités *ad hoc* han concluido que la mala aplicación o mala interpretación notoria o flagrante de la ley puede resultar en una anulación, mientras que otros han sostenido que ese tipo de enfoque se acerca demasiado al concepto de apelación.

52(1)(C) CORRUPCIÓN DE ALGÚN MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Los redactores del Convenio del CIADI¹² decidieron no reemplazar la palabra “corrupción” por “mala conducta”, “falta de integridad” o un “defecto de carácter moral”. También decidieron no limitar esta causal a los casos en los que la corrupción estaba demostrada por la sentencia de un tribunal, o a instancias en las que había “pruebas razonables de la existencia de la corrupción”.

¹⁰ Artículo 42(1) del Convenio del CIADI.

¹¹ Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, 5 de mayo de 2016, Página 67, Párrafos 92 y 93.

¹² Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, 5 de mayo de 2016, Página 68, Párrafos 95 y 96.

Cuando un árbitro acepta ser miembro de un Tribunal, tiene la obligación de firmar una declaración en la que sostiene: “no aceptaré instrucción o compensación alguna de ninguna otra fuente con respecto al procedimiento, salvo según lo dispuesto en el Convenio del CIADI(...)¹³. La conducta de un árbitro que resulte violatoria de dicha declaración puede, por lo tanto, resultar en la anulación de un laudo. Si una parte tiene conocimiento de dicha conducta cuando el procedimiento sigue pendiente ante el Tribunal, deberá presentar una solicitud de recusación en virtud del Artículo 57 del Convenio del CIADI.

52(1)(D) QUEBRANTAMIENTO GRAVE DE UNA NORMA FUNDAMENTAL¹⁴ DE PROCEDIMIENTO

Surge de la historia de la redacción del Convenio del CIADI que la causal de “quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento”¹⁵ tiene una amplia connotación que incluye los principios de derecho natural, pero que excluye la no aplicación por parte del Tribunal de las normas ordinarias de arbitraje. Los redactores explicaron que la frase “norma fundamental de procedimiento” es una referencia a estos “principios”. Uno de esos principios fundamentales mencionados durante las negociaciones fue el derecho de las partes a presentar su caso. La historia del Convenio indica, así, que esta causal se ocupa de la integridad y la justicia del proceso arbitral.

Debido a los términos “grave” y “fundamental” de esta causal, los Comités *ad hoc* han adoptado un análisis doble: el quebrantamiento de una norma de procedimiento debe ser grave y la norma debe ser fundamental. Por ello, los Comités *ad hoc* han sostenido consistentemente que no cualquier quebrantamiento de una norma de procedimiento justifica una anulación. **Algunos ejemplos de normas fundamentales de procedimiento identificadas por los Comités *ad hoc* incluyen: i) el trato equitativo a las partes; ii) el derecho a presentar su caso;**

¹³ Ver Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje, que indica el formato estándar de la declaración.

¹⁴ Existe una diferencia de redacción del artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI entre los textos en inglés y español, ya que la redacción en español omite la palabra “fundamental”.

¹⁵ Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, 5 de mayo de 2016, Páginas 69 y 70, Párrafos 98 a 100.

iii) un Tribunal independiente e imparcial; iv) el tratamiento de la evidencia y la carga de la prueba; y v) las deliberaciones entre los miembros del Tribunal.

La tarea de determinar si una norma supuestamente fundamental de procedimiento ha sido seriamente quebrantada generalmente depende mucho de los hechos de cada caso, lo que implica el examen de cómo se llevó a cabo el procedimiento ante el Tribunal. Algunos Comités *ad hoc* han requerido que el quebrantamiento tenga un impacto material sobre el resultado del laudo para que la anulación resulte procedente.

Por su parte la Regla de Arbitraje 34 señala como principio general que: (1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.

En el caso *Elsamex, S.A. c. República de Honduras*, Caso CIADI No. ARB/09/4, párrafo 142 (Decisión sobre las excepciones preliminares de *Elsamex S.A.*)¹⁶, el Comité *Ad Hoc* señala que: “Esta causal requiere que **tanto la regla fuese fundamental como la violación fuera grave**. Se trata de elementos cumulativos¹⁷. “Fundamental” alude a estándares mínimos del procedimiento¹⁸. “Grave” significa que, de no haber sido por la violación de aquella regla, el tribunal hubiese alcanzado un resultado sustancialmente diferente¹⁹. El Profesor Schreuer sostiene que las nociones “grave” y “fundamental” se difieren de “manifiesta”²⁰. Sin embargo, el comité *ad hoc* en *Vivendi II* dictaminó que una violación grave significa que tenga que constituir un motivo *prima facie* para la anulación.²¹ En el caso *Vieira v. Chile* asimismo se señaló que normal-

¹⁶ *Elsamex S.A. y República de Honduras* Caso CIADI No. ARB/09/4, acceso el 26 de febrero de 2022, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1614.pdf>

¹⁷ Schreuer, *ICSID Convention*, pág. 980, párrs. 280-282; *Malicorp c. Egipto*, Decisión anulación, párr. 28; *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2), Decisión sobre la solicitud de anulación de la República de Chile, 18 de diciembre 2012, párr. 72; *Continental Casualty c. Argentina*, párr. 96.

¹⁸ *Malicorp c. Egipto*, Decisión anulación, párr. 30; *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre la solicitud de anulación, 5 de febrero de 2002, párr. 57.

¹⁹ *Malicorp c. Egipto*, Decisión anulación, párrs. 34, 37; *Continental Casualty c. Argentina*, Decisión anulación, párr. 96.

²⁰ Schreuer, *ICSID Convention*, pág. 980, párr. 280.

²¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. RB/97/3), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo emitido el 20 de agosto de 2007 presentada por la República Argentina, 10 de agosto de 2010, párr. 247.

mente el quebrantamiento de la regla del procedimiento tiene que ser evidente²²'.

52(1)(E) FALTA DE EXPRESIÓN EN EL LAUDO DE LOS MOTIVOS EN QUE SE FUNDA

Si bien un Tribunal debe lidiar con cada pretensión que se somete ante éste²³, la historia de la redacción del Convenio indica que no hacerlo no debería dar lugar a una anulación. En su lugar, **el Convenio del CIADI propone otro recurso para aquellos casos en los que el Tribunal omita abordar una pretensión: la parte descontenta puede solicitar que el mismo Tribunal emita una decisión complementaria sobre la pretensión no tratada. Además, si existe una diferencia entre las partes sobre el significado o alcance del laudo, cualquiera de ellas puede solicitar al Tribunal original que emita una interpretación del laudo.** Por lo tanto, cuestiones relacionadas con el razonamiento o la falta de razonamiento en un laudo, pueden ser resueltas por el Tribunal que emitió el laudo.

Por otra parte, si la omisión por parte del Tribunal de tratar una pretensión específica que fue presentada ante éste, pudo haber afectado a la decisión final de dicho Tribunal, esto podría, en opinión de algunos Comités *ad hoc*, traducirse en la falta de expresión de motivos y podría justificar una anulación. Los Comités *ad hoc* también han notado que dicha omisión podría implicar un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Una reciente Decisión sobre Anulación concluyó que el no haber considerado ciertas pruebas en la etapa de determinación de daños resultó en una falta de expresión de motivos.

Los Comités *ad hoc* han explicado que el requisito de expresar los motivos tiene el objetivo de asegurar que las partes puedan comprender el razonamiento del Tribunal, es decir, que el lector pueda comprender los hechos y el derecho aplicado por el Tribunal para llegar a su conclu-

²² *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/04/7), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación de la Sociedad Anónima Eduardo Vieira, 10 de diciembre de 2010, párr. 379.

²³ Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, 5 de mayo de 2016, Páginas 70 a 72, Párrafos 103 a 106.

sión. La exactitud del razonamiento o el hecho de que sea o no convincente no resulta relevante.

Algunos Comités *ad hoc* han sugerido que motivos “insuficientes” o “inadecuados” pueden llevar a una anulación. Sin embargo, también ha sido objeto de discusión que tan insuficiente o inadecuado deben ser los motivos para justificar la anulación del laudo. Otros Comités *ad hoc* han sugerido que tienen la discrecionalidad de explicar, aclarar o inferir el razonamiento del Tribunal en vez de anular el laudo.

Recordemos que el Convenio CIADI ofrece dos recursos: solicitar al Tribunal Arbitral que emita una decisión complementaria sobre la pretensión no tratada, o, si se tienen dudas sobre el significado o alcance del laudo, solicitar al Tribunal original que emita una interpretación del laudo.

Artículo 49 (2) del Convenio:

(2) A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste. Los plazos establecidos en el apartado (2) del Artículo 51 y apartado (2) del Artículo 52 se computarán desde la fecha en que se dicte la decisión.

...

Artículo 50 (1) del Convenio:

(1) Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General.

En la Decisión sobre Anulación *Wena Hotels* el comité *ad hoc* consideró que:

Ni el Artículo 48(3)²⁴ ni el Artículo 52(1)(e) detallan el modo en el que el Tribunal debe expresar sus motivos. El objetivo de ambas disposiciones es garantizar que las Partes puedan entender el

²⁴ Artículo 48(3) del Convenio CIADI: El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.

razonamiento del Tribunal. Este objetivo no requiere que conste cada motivo en forma expresa. Las razones del Tribunal pueden estar implícitas en las consideraciones y conclusiones contenidas en el laudo, siempre que sea posible inferirlas razonablemente a partir de los términos empleados en la decisión²⁵.

En la Decisión sobre Anulación *CMS*, el comité ad hoc concluyó que esta causal de anulación no se había verificado, debido a que:

...aunque la fundamentación del Laudo ciertamente pudo haber sido más clara, un lector atento puede seguir el razonamiento implícito del Tribunal²⁶.

Ha quedado claro que el procedimiento de anulación establecido en el Convenio CIADI es un recurso limitado y excepcional, el cual procede únicamente sobre el fundamento de las causales del Artículo 52 del Convenio, buscando proteger y salvaguardar cualquier violación a los principios fundamentales del derecho que rigen los procedimientos de un Tribunal Arbitral, pero cuando una de las Partes pretende utilizar este recurso de anulación como una segunda instancia o apelación con el fin de re-litigar el fondo de la controversia, el mismo Convenio, brinda la oportunidad a la parte contraria, de presentar una excepción preliminar cuando la reclamación carece manifiestamente de mérito jurídico, al amparo de la Regla de Arbitraje 41(5) del Convenio CIADI.

²⁵ Decisión sobre Anulación *Wena Hotels*, párr. 81.

²⁶ Decisión sobre Anulación *CMS*, párr. 127.

JUSTICIA VIRTUAL Y ARBITRAJE COMERCIAL



ÁLVARO BADELL MADRID*

Resumen: El presente ensayo analiza la figura de la justicia virtual en el arbitraje comercial, como una de las formas en las que el arbitraje brinda tutela a los justiciables, y más aún, en plena época de la pandemia del covid-19.

Palabras claves: justicia virtual, arbitraje comercial, poder judicial, tutela jurisdiccional eficaz.

Abstract: This essay analyzes virtual justice in commercial arbitration as one of the ways in which arbitration provides protection to litigants, especially in times of the covid-19 pandemic.

Keywords: virtual justice, commercial arbitration, judicial power, effective judicial protection.

Sumario: I. Introducción. II. La justicia virtual en venezuela. III. Arbitraje comercial y justicia virtual en venezuela. 1. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. 2. Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. 3. Reglas de la AvA sobre la evacuación de pruebas. 4. Reglas AvA sobre el arbitraje independiente. IV. Arbitraje comercial comparado y justicia virtual. V. Conclusiones y recomendaciones.

I. INTRODUCCIÓN

La llegada de la pandemia del Covid-19 impactó -sin duda alguna- todos los ámbitos de la vida en sociedad a nivel mundial. Afectó no sólo el *modus vivendi* de los ciudadanos, sino incluso, las actividades

* Universidad Católica Andrés Bello. Abogado. Especialista en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Mercantil (*Summa Cum Laude*). Doctor en Derecho (*Summa Cum Laude*). Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro de la lista de árbitros. Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Miembro de las listas de árbitros y de mediadores. Presidente Honorario de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA).

propias de los Estados desde el punto de vista de la salud ciudadana, seguridad, transporte aéreo, terrestre y lacustre; relaciones interestatales, etc. En ese sentido, surgieron importantes limitaciones a las entonces normales interacciones sociales, todo ello con la intención de prevenir la propagación del virus.

Estas medidas de bioseguridad alteraron notablemente el devenir de las relaciones entre los ciudadanos, a quienes nos tocó aprender a vivir con el concepto de distanciamiento social, lo cual nos obligó a mantener distancia prudencial entre los conciudadanos, amén de utilizar mascarillas, antibacteriales, erradicar durante casi dos (2) años las actividades sociales de nuestras vidas y demás conductas tendentes a la prevención del contagio de tan severa enfermedad.

Semejante circunstancia afectó el andamiaje institucional del Estado. Muchas instituciones vieron mermadas la actividad propia de sus funciones porque los trabajadores y funcionarios debieron ausentarse de sus labores, o alternarse en ellas, para tratar de mitigar los efectos del contagio del virus.

Bajo estas premisas, el sistema de justicia adoptó importantes modificaciones a los fines de poder mantener tan importante y necesario servicio público en relativo funcionamiento mundial. En Venezuela en concreto, en materia judicial vivimos la paralización de las actividades tribunales por un período de casi siete (7) meses, lo cual obligó a los justiciables a acudir a los órganos de administración de justicia bajo serias restricciones y por causas expresamente permitidas por la Resoluciones de excepción que se dictaron para regular la materia, dadas su relevancia procesal, como por ejemplo, para la interposición de amparos constitucionales o en materia penal, por citar un par de ejemplos.

De manera que el Poder Judicial tuvo que hacerle frente a la situación de confinamiento recomendado por la Organización Mundial de la Salud, dictando diversas resoluciones con las cuales se pretendió minimizar el impacto de la casi total paralización del sistema de justicia, dictando normas -de rango sublegal- destinadas a regular la llamada justicia virtual o justicia telemática, expresión -ésta última- que francamente nos parece más acertada.

La situación de pandemia igualmente repercutió en el arbitraje comercial. Algunos centros de arbitraje ya contaban con la posibilidad de continuar los procesos arbitrales a través de medios telemáticos, con

lo cual la *justicia arbitral* no se paralizaría en absoluto. Otros centros, que hasta el momento de la llegada del covid-19 no habían legislado en materia de justicia telemática, tuvieron que emprender las reformas reglamentarias que permitieran la entrada de lo que podemos denominar sin ambages, una auténtica *justicia virtual arbitral*.

En el derecho comparado arbitral, la situación no fue muy diferente a Venezuela: ciertos centros ya poseían un sistema de justicia telemática, lo cual les permitió que, pese a los sinsabores propios de una histórica pandemia, los usuarios de la justicia por conceso no se vieron seriamente afectados con la tramitación de sus causas en sede de justicia arbitral, a diferencia de lo que sí ocurrió en muchas latitudes con la paralización de las actividades del Poder Judicial -y de casi todo el andamiaje institucional-.

Si bien la pandemia aceleró los cambios necesarios en varios reglamentos de centros de arbitraje para actualizarlos a los nuevos tiempos, muchos de estos cambios ya se encontraban en el panorama de la justicia arbitral, dada la imperiosa necesidad de acercar a los justiciables la tutela de sus intereses ante los tribunales arbitrales.

En efecto, no podemos afirmar que la pandemia haya sido el detonante de la virtualización de la justicia, pero sí fue el acicate para terminar de asentar una modalidad procesal que permite a las partes de un contrato, la resolución de sus conflictos por consenso, con la comodidad, además, de poderse sustanciar la controversia a distancia.

Esta situación habla bien de la perspectiva de los centros de arbitraje de garantizar un mejor funcionamiento del sistema de arbitraje, permitiendo que una parte que se encuentre en Maracaibo, Ciudad Guayana o en Bogotá; pueda demandar a su contraparte que reside en la ciudad de Caracas, ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, por ejemplo, sin que este hecho constituya una anormalidad procesal que pueda desembocar en una injusticia para las partes.

Todo ello permite desarrollar el principio *pro arbitraje*¹ de los justiciables, pues ellos podrán acceder -con plenas garantías- a la justicia

¹ *Vid.*, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 192 de fecha 28 de febrero de 2008, Exp. N° 04-1134, caso: *Bernardo Weininger*, con ponencia de Pedro Rafael Rondón Haaz, y *vid.*, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 1.541 de fecha 17 de octubre de 2008, Exp. N° 08-0763, caso: *Hildegard Rondón De Sansó*, con ponencia de Luisa Estella Morales Lamuño.

arbitral sin mayores limitaciones que las que la ley y la jurisprudencia han establecido para la idónea tutela jurisdiccional efectiva², como elemento intrínseco al arbitraje comercial.

II. LA JUSTICIA VIRTUAL EN VENEZUELA

En Venezuela, en concreto, hubo paralización de la justicia ordinaria del Poder Judicial durante aproximadamente siete (7) meses. Desde el viernes 13 de marzo de 2020³ -día en que se anunciaron oficialmente los primeros dos casos de covid-19- todos los tribunales del país dejaron de dar despacho y de trabajar administrativamente, por prevención de la pandemia.

El Ejecutivo Nacional decretó en ese momento Estado de Alarma⁴ sobre la base de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción⁵, y ello produjo como consecuencia, la ausencia de actividades en diferentes sectores del país, tanto en lo público como en lo privado, lo cual incidió en el Poder Judicial que cerró sus puertas entre marzo y octubre de 2020.

Así, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia dictó la resolución número 2020-001⁶ en la cual ordenó la paralización del despacho en todos los tribunales del país desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 13 de abril de 2020 (artículo 1), quedando habilitada la justicia constitucional en materia de amparo constitucional, permaneciendo de guardia la Sala Constitucional y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 2). En materia penal se mantuvo el despacho para los casos urgentes

² *Vid.*, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia número 702 de fecha 18 de octubre de 2018, Exp. N° 17-0126, caso: *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*, con ponencia de Carmen Zuleta De Merchán.

³ “Los dos primeros casos de coronavirus en Venezuela llegaron en un vuelo de Iberia”, en el diario *El Mundo*, *vid.*, <https://www.elmundo.es/internacional/2020/03/13/5e6bae7621efa00e788b4745.html>; “Covid-19: Un año de cuarentena, opacidad y censura”, en *Transparencia Venezuela*, *vid.*, <https://transparencia.org.ve/covid-19-un-ano-de-cuarentena-opacidad-y-censura/>; “Coronavirus en Venezuela: el análisis de los datos de la flexibilización”, en el portal web *Prodavinci*, *vid.*, <http://factor.prodavinci.com/datosdelaflexibilizacion/index.html>.

⁴ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de fecha 13 de marzo de 2020, número 6.519.

⁵ Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.261 del 15 de agosto de 2001.

⁶ De fecha 20 de marzo de 2020.

en todo lo previsto en el artículo 156 del Código Orgánico Procesal Penal⁷ (artículo 3). Esta resolución fue prorrogada en varias ocasiones⁸.

Sin embargo, habiéndose atenuado ligeramente los efectos de la pandemia, en fecha 1° de octubre de 2020, la Sala Plena ordenó el regreso a la actividad judicial, condicionándolo al cumplimiento de estrictas medidas de bioseguridad:

- Durante la semana de flexibilización decretada por el Ejecutivo Nacional, atendiendo a las recomendaciones emitidas por la Comisión Presidencial para la Prevención, Atención y Control del COVID-19, se considerarán hábiles de lunes a viernes para todos los Tribunales de la República debiendo tramitar y sentenciar todos los asuntos nuevos y en curso (artículo 1).
- Durante la semana de restricción decretada por el Ejecutivo Nacional, atendiendo a las recomendaciones emitidas por la Comisión Presidencial para la Prevención, Atención y Control del COVID-19, permanecerán en suspenso las causas y no correrán los lapsos; salvo para aquellas que puedan decidirse a través de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles (artículo 1).
- Se mantuvo habilitado todo el tiempo necesario para la tramitación de amparos constitucionales (artículo 2).
- Tanto en las causas nuevas como en las que se hallaren en curso en cualquier estado y grado del proceso, los jueces podrán hacer uso de los medios alternativos de resolución de conflictos como la mediación y la conciliación (artículo 4).

⁷ “**Artículo 156. Días Hábiles.** Para el conocimiento de los asuntos penales en la fase preparatoria todos los días serán hábiles. En las fases intermedia y de juicio oral no se computarán los sábados, domingos y días que sean feriados conforme a la ley, y aquéllos en los que el tribunal no pueda despachar. / La administración de Justicia penal es una función del Estado de carácter permanente, en consecuencia, no podrá ser interrumpida por vacaciones colectivas o cualquier otra medida que afecte el cumplimiento de los lapsos procesales. / En materia recursiva, los lapsos se computarán por días de despacho”, Código Orgánico Procesal Penal publicado en la Gaceta Oficial N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012.

⁸ Fue prorrogado en las resoluciones números 2020-002 del 13/04/2020; 2020-003 del 13/05/2020; 2020-004 del 17/06/2020; 2020-005 del 14/07/2020; 2020-006 del 12/08/2020; 2020-007 del 01/10/2020.

- Los Magistrados de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, durante el periodo del Estado de Alarma, debían mantener el *quórum* necesario para la deliberación conforme con lo que regulan los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

El espíritu rector en la mencionada resolución fue la existencia de una tutela jurisdiccional enfocada en los amparos constitucionales, en la jurisdicción penal, y paulatinamente en la de protección de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, la jurisdicción civil y mercantil ordinaria vieron disminuidas seriamente sus funciones, haciendo que los justiciables tuvieran que aguardar que los tribunales regresaran a sus actividades ordinarias para poder interponer demandas, revisar causas e impulsarlas hacia estado de sentencia que, gracias al impacto de la pandemia, se veía cada día más lejos.

El Tribunal Supremo de Justicia tuvo que hacer frente a esta situación y luego de deliberar durante meses sobre la mejor forma de retornar a la “normalidad” y poder activar el regreso al *despacho* por parte de todos los tribunales del país, procedió a promulgar una serie de resoluciones en sus diferentes Salas tendentes a establecer normativa telemática que permitiera la reactivación paulatina de las actividades.

En ese sentido, la Sala de Casación Civil dictó tres importantes resoluciones con las que le dio entrada a la justicia virtual civil.

En la resolución 2020-003⁹ se dictó un “plan piloto” para la jurisdicción civil habiéndose escogido los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta, promulgándose la figura del Despacho Virtual con las siguientes reglas:

- Se laborarían los días lunes a viernes, en el horario comprendido de 8:30 a. m. a 2:00 p. m., igualmente se fija la hora 12:00 m. para el sorteo de distribución de causas (artículo 1).
- En la primera fase se abrirá única y exclusivamente el despacho en aquellos Tribunales ubicados los estados Aragua, Anzoátegui y Nueva Esparta. Queda a cargo de las Rectorías Civiles respectivas, el fiel cumplimiento de la presente Resolución, así como

⁹ De fecha 28 de julio de 2020.

de la implementación de las medidas sanitarias adoptadas por el Ejecutivo Nacional (artículo 2).

- Se estableció que, de ser necesario, por vía de excepción, los Tribunales deberán cumplir funciones con el personal mínimo requerido, a saber, juez, secretario, alguacil, y un asistente -a estimación del juez y de ser el caso en coordinación con la Rectoría Civil (preferiblemente aquellos que residan lo más cercano a la sede judicial donde desempeña funciones, con motivo de las restricciones de movilidad decretadas por el Ejecutivo Nacional) (artículo 3).
- Se estableció también para el accionante, dentro del horario establecido, procederá a enviar vía correo electrónico la solicitud o demanda junto con los instrumentos (anexos), de forma digitalizada en formato pdf, a la dirección de correo electrónico oficial del Tribunal distribuidor de Municipio ordinario y executor de medidas; de Primera Instancia, según corresponda. La pretensión deberá contener, además de lo establecido por la legislación vigente y como presupuesto procesal, la indicación de dos (02) números telefónicos del demandante y su apoderado (al menos uno (1) con la red social *WhatsApp* u otro que indique el demandante), dirección de correo electrónico, así como números telefónicos, correo electrónico de la parte accionada, a los fines del llamamiento de ley (artículo 4).
- Una vez hecha la distribución diaria (artículo 5), el Tribunal (Municipio, Primera Instancia) que le correspondió la causa, procederá a asignar número de expediente de su correlativo, registrar en los Libros y realizar minuta en el Diario Digital, remitiendo, vía correo electrónico al peticionante, acuse de recibo y notificando de forma expresa día y hora de la oportunidad en la cual se llevará a cabo la consignación de los originales de los instrumentos enviados vía digital, haciéndoles saber las necesarias medidas de bioseguridad (artículo 6).
- Se ordenó la creación de una Unidad Receptora de Documentos (URDD), integrada por un (1) funcionario, quien cumplirá con todas las indicaciones de bioseguridad. Los documentos originales recibidos, quedarán registrados en formularios de recepción de documentos, del cual el peticionante deberá consignar dos (2)

formatos, el cual descargará de la página web del estado respectivo (*aragua.scc.org.ve*, *anzoategui.scc.org.ve*, *nuevasparta.scc.org.ve*.) Esta unidad deberá estar, preferiblemente y de ser el caso, ubicada en la planta baja de la sede judicial. La Dirección Administrativa Regional junto a la Rectoría Civil de cada estado deberán coordinar labores para su debida implementación, de igual forma para preservar la seguridad del funcionario y del usuario (artículo 7).

- Una vez que se confronten el físico de la demanda con lo que se remitió digitalmente, se admitirá la misma y se remitirá por correo electrónico tanto dicha demanda como la boleta de citación (artículo 8).
- Se creó la figura del diario digital (artículo 9).
- Tanto la oposición a las cuestiones previas como la contestación de la demanda se remitirá en formato PDF a la dirección de correo electrónico del Tribunal (artículo 10).
- Los distintos medios probatorios serán enviados en formato PDF por correo y en la evacuación de medios como inspección judicial, testigos, posiciones juradas, cotejo, experticia, entre otros, a los fines de su evacuación, “el Tribunal fijará la oportunidad, garantizando los protocolos de seguridad sanitaria, usando los medios tecnológicos que permitan garantizar la salud así como la veracidad, autenticidad y legalidad del medio de prueba” (artículo 11).
- La sentencia será publicada digitalmente, en formato PDF y remitida a la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, a los fines de su publicación en el portal web a los correos electrónicos de las partes (artículo 12).
- Las diferentes solicitudes de jurisdicción voluntaria se practicarían con las debidas medidas de bioseguridad (artículo 13).

Por su parte, el 5 de octubre de 2020 se dictó la resolución 2020-004 en la cual reguló el sistema de acceso a la justicia casacional. A través de ella estableció los parámetros del despacho de la Sala de Casación Civil, indicando que durante las semanas de flexibilización decretadas por el Ejecutivo Nacional, se laborarían y se considerarían como días

hábiles, de lunes a viernes, en el horario comprendido de 8:30 a. m a 12:30 p. m., debiéndose tramitar y sentenciar todos los asuntos nuevos y en curso. En caso de las semanas que fuesen declaradas como de cuarentena radical, se estableció que permanecerían en suspenso las causas y no correrían los lapsos; salvo para aquellas que puedan decidirse a través de los medios telemáticos, informáticos y de comunicación (TIC) disponibles (artículo 1).

Sobre la formalización del recurso extraordinario de casación civil se estableció que podía ser presentado telemáticamente, teniendo el formalizante que remitir al correo electrónico institucional de la Secretaría de la Sala de Casación Civil, secretaria.salacivil@tsj.gob.ve, la referida formalización en formato PDF, con una diligencia anexa en el mismo formato, donde explique la cualidad con que obra en el caso y sus pormenores, debiendo consignarse el físico del mismo en la oportunidad en que así lo fije dicha Sala, para luego notificar telemáticamente a la contraparte para que realice, a su elección, la contestación o impugnación, también por medios telemáticos (artículo 4).

Pero es el caso que la resolución que mayor precisión le dio la entrada a la justicia virtual en el proceso judicial civil y mercantil fue la resolución 2020-005¹⁰ dictada por la Sala de Casación Civil, la cual creó la figura del **despacho virtual**.

A través de dicha resolución, se estableció el horario en que despacharan *virtualmente* los tribunales civiles y mercantiles del Poder Judicial a nivel nacional, comprendido de 8:30 a. m., a 2:00 p. m., el cual se realizaría tanto en las semanas de flexibilización así decretadas por el Ejecutivo Nacional como en las de cuarentena rígida.

Se estableció que la parte actora debía remitir por correo electrónico la demanda en formato PDF con la indicación de dos números de teléfonos, uno de ellos al menos con la aplicación *WhatsApp* y el correo electrónico de la contraparte; asimismo, se estableció que los trámites de la citación continuarán siendo presencial conforme a las pautas del Código de Procedimiento Civil¹¹, pero las notificaciones se harían por

¹⁰ De fecha 5 de octubre de 2020.

¹¹ Capítulo IV del Título IV del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, publicado en la Gaceta Oficial N° 3.970 del 13 de marzo de 1987 y en la Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990.

correo electrónico; la etapa probatoria será sustanciada por vías telemáticas, consignándose los escritos y las pruebas documentales en formato PDF por correo electrónico, y fijándose la evacuación de las pruebas por vía telemática, tales como las deposiciones de los testigos; de igual forma, se estableció que si bien la sentencia cumplirá con los requisitos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, deberá contener firma y sello digitalizado y publicarse en formato PDF.

Se dejó constancia que en segunda instancia se seguirá el procedimiento virtual, consignándose de forma telemática en el tribunal de la causa, quien también tendrá la obligación de dictar decisión en formato PDF.

La nota distintiva de este procedimiento virtual lo apunta el auto de certeza. La resolución en cuestión estableció que para las causas que se suspendieron a causa de la paralización de la justicia por conducto de la pandemia, deberán reanudarse remitiéndose notificación a las partes para que, una vez que conste la notificación de la última de ellas en el expediente, el tribunal dicte un auto de certeza en el cual indique -con claridad y precisión- la etapa procesal en la que se encuentra la causa, con la finalidad de mantener a los litigantes en perfecto conocimiento de la etapa procesal en la cual se reanuda el curso de la causa de que se trate, con expresa indicación del lapso restante de la referida fase procesal.

Como hemos visto, muchas fueron las innovaciones en la materia, y como hemos señalado, en nuestro parecer las distintas Salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia se vieron compelidas a dar una respuesta legislativa de emergencia a la paralización del sistema de justicia, ya que tal respuesta no provino del legislador. Sin embargo, ello no justifica que no se acaten principios fundamentales de toda democracia como lo es la separación de poderes y la sujeción de las actividades de cada poder público a sus expresas competencias constitucionales.

El artículo 156 de la Constitución establece que la legislación procesal corresponde y es competencia exclusiva del Poder Legislativo y es por eso que hemos señalado en diversos eventos públicos en los que nos ha correspondido disertar sobre estos temas, que la justicia virtual es un asunto que ha podido ser atendido mediante las reforma parcial del Código de Procedimiento Civil conjuntamente con la promulgación

de las normas que sobre oralidad se requieren para de una vez por todas modernizar nuestra legislación procesal general.

III. ARBITRAJE COMERCIAL Y JUSTICIA VIRTUAL EN VENEZUELA

Como refiriéramos, la justicia arbitral contó con mecanismos para la tramitación de los procesos arbitrales durante la pandemia, bien porque algunos centros de arbitraje ya contaban con disposiciones en sus reglamentos sobre la tramitación de procedimientos telemáticos, y bien porque teniendo a la pandemia como acicate, se impulsaron las reformas necesarias, con las cuales se sustancien los procesos en cuestión.

1. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje

En Venezuela, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) reformó su reglamento el 14 de enero de 2020¹² incluyendo entre sus disposiciones la posibilidad de sustanciar un procedimiento virtual.

En el indicado reglamento se estableció la posibilidad de utilizar medios telemáticos para las notificaciones¹³. Asimismo, todos los escritos a presentarse en el proceso arbitral, podrán consignarse de forma telemática¹⁴. El resto del trámite se sustanciará conforme a las disposiciones de ese reglamento, sin mayores añadiduras o modificaciones con motivo de la virtualidad del proceso.

2. Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas posee todo un reglamento que toca a profundidad el procedimiento virtual.

¹² Entró en vigencia el 14 de enero de 2020, modificando así el reglamento del CEDCA de 2013.

¹³ “Artículo 16.4: Será válida toda notificación realizada por el Director Ejecutivo del CEDCA mediante una Notaría Pública, **medios electrónicos, telemáticos o de otra clase semejante** que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción” (negritas nuestras).

¹⁴ “Artículo 17.2. Todos los escritos y sus anexos presentados por cualquiera de las partes, así como todas las comunicaciones emanadas del Tribunal Arbitral, **deberán presentarse por vía electrónica** en las condiciones que la Dirección Ejecutiva del CEDCA determine” (negritas nuestras).

Luego de cierto tiempo manteniendo conversaciones con miras a la promulgación de una reforma reglamentaria que incluyera la virtualidad en los procesos arbitrales, ese Centro de Arbitraje vio la llegada del covid-19 como el acicate para tomar los correctivos de su vigente reglamento y con ello, darle entrada a la justicia virtual. Es así como el 16 de julio de 2020, dictó el Reglamento para el manejo de procedimientos a través de medios electrónicos.

En dicho texto se estableció que el proceso arbitral comenzará por solicitud enviada por correo electrónico¹⁵. Las notificaciones y comunicaciones igualmente podrán producirse por vías telemáticas¹⁶, todo lo cual será confirmado por el Centro¹⁷. Los documentos podrán presentarse en formato PDF o sus similares¹⁸.

Asimismo, ese reglamento prevé la posibilidad de realizar audiencias telemáticas:

“Artículo 13: Las audiencias correspondientes a los procedimientos de mediación o arbitraje o cualquier otro medio alternativo de resolución de conflictos, podrán ser llevadas a cabo de manera **telemática, esto es, por medios electrónicos**, sin necesidad que algunos o todos los participantes en la audiencia se encuentren en una misma sala.

Artículo 14: En las audiencias que las partes acuerden celebrar en forma **electrónica no presencial**, podrán estar presentes según el caso, los árbitros, las partes, abogados, testigos, peritos, traductores y transcriptores, así como los técnicos que las partes designen previamente para que las asistan en la mejor implementación de la audiencia.

¹⁵ “Artículo 1: Cualquier persona podrá presentar la solicitud de inicio de procedimiento de arbitraje mediante correo electrónico”.

¹⁶ “Artículo 4: La comunicación directa con los miembros del Tribunal Arbitral, Tribunal Arbitral de Emergencia o con el Mediador es competencia exclusiva del CACC, por lo que toda comunicación dirigida al Tribunal Arbitral, Tribunal Arbitral de Emergencia o Mediador deberá ser enviada al CACC a las **direcciones de correo del CACC** precedentemente indicadas, y éste lo remitirá a la brevedad a su destinatario” (negritas nuestras).

¹⁷ “Artículo 8: Una vez recibida la Solicitud o comunicaciones, el CACC procederá a la confirmación de recepción mediante el acuse correspondiente indicando los archivos adjuntos recibidos y el número de folios contenidos, así como cualquier observación respecto del cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo anterior”.

¹⁸ “Artículo 5: Forma de los documentos adjuntos: debe ser en pdf o pueden ser enviados por Google drive o Dropbox”.

Artículo 16: Las audiencias podrán celebrarse a través de **plataformas digitales como Zoom, Skype, Google Meet**, o cualquier otra que se acuerde previamente con las partes, los miembros del Tribunal Arbitral o el Mediador y el equipo del CACC

Artículo 20: Sea cual fuere la plataforma escogida por las partes y los árbitros, cada sesión será iniciada por el Centro de Arbitraje, en compañía de un experto técnico que permita atender y solucionar eventuales inconvenientes de conexión o transmisión durante el desarrollo de la audiencia.

Artículo 21: Antes de cada audiencia, se harán la o las sesiones de prueba que el CACC estime pertinente. A tal efecto, comunicará con la debida antelación a todos los interesados” (resaltados nuestros).

Las audiencias en cuestión serán grabadas¹⁹. En las audiencias virtuales, a distancia, se estableció que el tribunal arbitral procederá a la verificación de las partes, a los fines de su legitimidad en dicho acto²⁰, disponiéndose el uso de diversas cámaras para el interrogatorio de los testigos²¹, pudiendo el Tribunal requerir del testigo que en sus declaraciones no utilice medios telemáticos²².

Al momento de la exhibición de algún documento para testigo, éste se expondrá en una ventana abierta en el monitor donde se encuentre la sesión de audiencia virtual²³.

¹⁹ Artículo 23.

²⁰ “Artículo 26: Una vez iniciada la Audiencia respectiva, se procederá a constatar la presencia de las partes, para lo cual se requerirá que **muestre su cédula de identidad ante la cámara y enviar una copia por correo electrónico un día antes de la Audiencia**, a fin de que el equipo del CACC corrobore que se trata de la persona identificada en el expediente. Párrafo Único: En el caso de las Audiencias de evacuación de testigos o expertos, el Tribunal Arbitral podrá requerir información adicional para corroborar que el asistente en efecto sea la persona que conste en el expediente o actúa con tal carácter” (negritas nuestras).

²¹ “Artículo 28: En las audiencias de interrogatorio de testigos, debe presentarse a un solo testigo a la vez. Será obligatorio **el uso de una cámara que enfoque al testigo desde el frente y una cámara que enfoque desde atrás a una distancia razonable, de manera que todos los participantes de la audiencia tengan una clara y exacta visión del testigo**” (negritas nuestras).

²² “Artículo 29: El Tribunal Arbitral deberá requerir del testigo la expresión de la verdad y a no utilizar ningún medio técnico o de otra naturaleza que le permita recibir información o instrucciones durante su deposición”.

²³ “Artículo 30: Cuando las partes deseen exhibir al testigo o al perito algún documento, lo harán previa denuncia de cuáles son los documentos que serán exhibidos en la audiencia, a

Véase pues como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas brinda a sus usuarios, normas telemáticas flexibles que tienden a garantizar la tutela arbitral eficaz en un ámbito de seguridad jurídica con el uso de tecnologías de información y comunicación que dinamizan en impulsan, sin duda alguna, el uso del arbitraje en el país.

3. Reglas de la AvA sobre la evacuación de pruebas

En abril de 2013²⁴ se constituyó la Asociación Venezolana de Arbitraje (AvA) que tiene por finalidad la promoción del arbitraje comercial a través del estudio y la investigación, así como de la publicación de ensayos²⁵. Desde su inicio, la AvA ha mantenido un denodado empeño en la masificación del arbitraje como medio de resolución de conflictos por conceso y en la promoción de Venezuela como sede segura para la sustanciación y resolución de arbitrajes. Anualmente se realizan eventos icónicos como son los Congresos Internacionales y Nacionales de arbitraje -8 consecutivos- así como el evento anual conjuntamente con la Academia de Ciencias Políticas y Sociales -7 consecutivos-.

En su empeño en promover el uso del arbitraje, el año 2021 se dictaron las Reglas AvA sobre Pruebas lo que supuso que la asociación elaboró un listado de normas *-soft law-* sobre las cuales se estampaban recomendaciones para la tramitación de la fase probatoria arbitral de una manera más dinámica y razonable²⁶.

la otra u otras partes, así como al Tribunal Arbitral. **Tal exhibición se hará en una ventana o pantalla independiente de manera que no se pierda la visión integral del testigo**” (negrillas nuestras).

²⁴ Específicamente el 8 de abril de 2013.

²⁵ “El 8 de abril de 2013 se celebró la Asamblea Constitutiva de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), con una masiva asistencia de 68 profesionales y expertos (presentes y representados) que adquirieron la cualidad de Miembros Fundadores de la Asociación. La AVA nace a 15 años de haber entrado en vigencia la Ley de Arbitraje Comercial, con el objetivo de difundir entre los diversos sectores sociales el uso del arbitraje, y demás medios alternos de resolución de conflicto, y convertirlos en una alternativa real para la solución de disputas; así como promover a Venezuela como sede para arbitrajes internacionales, promover en el exterior la experticia de los abogados venezolanos y promover el arbitraje en América Latina”, *Vid.*, <https://avarbitraje.com/historia/>.

²⁶ En la presentación de dichas normas, la AVA expuso “Las normas aquí expresadas tienen dos propósitos fundamentales: abonar a la discusión práctica y doctrinal sobre pruebas en el arbitraje, tanto nacional como internacional; y permitir a las partes y a los árbitros una mejor conducción del procedimiento probatorio en el arbitraje, en donde tienen la posibilidad de tener unas reglas claras que se ajustan a la realidad jurídica venezolana”, y en su

La AvA refirió que esas reglas podrían utilizarse de manera supletoria a la *lex arbitri*²⁷ siempre que medie acuerdo entre las partes²⁸. En materia documental, indicó que:

“Los documentos digitales sin firma electrónica se tendrán por reconocidos, salvo que la parte a quien se atribuyen rechace su autoría. En caso de rechazo, la parte promovente tendrá que demostrar la autoría de los documentos o renunciar a su eficacia probatoria. De tener firma electrónica la carga de destruir la autoría corresponderá a quien lo rechace”²⁹.

Por su parte, en materia de exhibición, se indicó que la misma podría realizarse de forma digital³⁰. En materia de audiencias virtuales, la AVA instituyó un procedimiento que gravitará sobre lo siguiente:

“Artículo 12 – Audiencias de Pruebas

1. El tribunal arbitral deberá convocar las audiencias, presenciales o virtuales, según considere, que prudencialmente sea necesarias para garantizar a las partes el control y contradicción de las pruebas, permitiendo además a cada una de las partes el tiempo necesario para exponer sus consideraciones sobre las pruebas.

preámbulo indicó que “Las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje para la Actividad Probatoria en el Arbitraje (las “Reglas AVA sobre Pruebas”) tienen como objeto principal presentar a los sujetos vinculados en arbitraje en Venezuela un conjunto de normas que permitan llevar a cabo el procedimiento probatorio de forma más efectiva y eficiente, bajo un esquema que sea compatible con la cultura jurídica venezolana, y siempre manteniendo los principios, estándares y mejores prácticas arbitrales” pues “buscan facilitar a los usuarios del arbitraje el procedimiento arbitral, específicamente en lo relativo a las pruebas; de forma tal que todos los involucrados en el procedimiento arbitral tengan el conocimiento suficiente respecto de las cargas probatorias de las partes y del tribunal arbitral, de cómo promover y ejercer el derecho de contradicción de las pruebas, cómo valorar las mismas, entre otros”. En el ordinal 2º de su artículo 1, se estableció que “el propósito de las Reglas AVA sobre Pruebas es permitir a las partes y al tribunal arbitral a conducir de forma eficiente el procedimiento arbitral relativo a las pruebas, por lo que, la interpretación de las Reglas AVA sobre Pruebas debe hacerse con el propósito de hacer eficiente y expedito el procedimiento arbitral”.

²⁷ Ordinal 4º del artículo 1.

²⁸ Ordinal 3º del artículo 1.

²⁷ Ordinal 3º del artículo 6.

³⁰ “A criterio del tribunal arbitral, la exhibición documental puede ser hecha en forma electrónica, de lo que se dejará constancia en el expediente”, ordinal 4º del artículo 7.

2. Será facultad del tribunal arbitral llevar el control de las audiencias de pruebas, pudiendo hacer las preguntas y solicitudes que considere necesarias con el fin de obtener un mejor entendimiento de los hechos, las pruebas y afirmaciones de las partes.

3. El tribunal arbitral podrá ordenar cualquier medida para llevar a cabo las audiencias de prueba, garantizando en todo momento el equilibrio, oportunidad y justicia a todas las partes en el arbitraje”.

En cuanto al adelantamiento y traslado de prueba, la AvA recomendó que “El árbitro que anticipe la prueba procurará que se preserven los principios de la oralidad, garantizando en cuanto sea posible la inmediación, mediante la reproducción de la evacuación de la prueba a través de medios audiovisuales” (artículo 13.8).

4. Reglas AvA sobre el arbitraje independiente

Igualmente, en su labor de cooperación con la promoción y uso del arbitraje en Venezuela, en el año 2021, la AvA dictó las reglas -soft law- sobre el arbitraje independiente, en las cuales hizo alusión a la posibilidad de utilizar medios telemáticos en dicho proceso. Al respecto, se estableció que las partes podrán comunicarse por “cualquier medio de comunicación que permita dejar constancia de envío” (artículo 3.1), y a la par se estableció que la notificación de la solicitud arbitral podrá hacerse igualmente por correo electrónico³¹. Sobre las audiencias, se dispuso que las mismas pueden realizarse por medios digitales³².

Tanto las Reglas de la AVA sobre la evacuación de pruebas como las Reglas AvA sobre el arbitraje independiente, son instrumentos normativos de *soft law*, vale decir, recomendaciones normativas de adopción y uso totalmente voluntario por las partes del arbitraje, como normas

³¹ “**Artículo 5. Notificación de la solicitud de arbitraje.** 1. La parte que da inicio al arbitraje deberá remitir la Solicitud de Arbitraje y sus anexos al demandado. Dicha notificación se realizará en la dirección física, postal o de correo electrónico acordada o que hayan señalado expresamente en el acuerdo de arbitraje o el contrato respectivo. / 2. Si alguna parte no ha señalado una dirección o correo electrónico para fines del arbitraje o la dirección señalada no existe o se trata de circunstancia análoga, la notificación se remitirá a su domicilio o residencia habitual o sede social”.

³² “Las audiencias podrán celebrarse a través de los medios digitales acordados previamente con las partes o establecidos por el Tribunal Arbitral”, artículo 31.1.

complementarias, supletorias o rectoras de la sustanciación del proceso arbitral.

IV. ARBITRAJE COMERCIAL COMPARADO Y JUSTICIA VIRTUAL

Hemos referido *supra* sobre el negativo impacto que el covid-19 tuvo en el sistema de justicia. Si bien los tribunales del Poder Judicial se vieron incididos por la necesaria paralización del sistema de justicia, al tratarse de sistemas tradicionales, escritos, formales, y presenciales para la validez de los actos procesal, por lo que tuvieron sus sedes cerradas por previsión a los contagios, muchos centros de arbitraje disponían de vías telemáticas para tramitar procesos arbitrales sin la necesidad de suspender sus actividades ya que no suponen presencialidad física en la tramitación de sus procesos.

Ciertamente, la justicia virtual arbitral internacional era una realidad en muchos centros de arbitraje y si bien en otros aún no era una fórmula de la cual asirse, la pandemia incidió en la necesidad de acelerar los cambios y con ello, permitir que los procesos arbitrales continuaran con su cauce.

No podía haber promoción del arbitraje sin hacerle frente a la realidad de la pandemia. De allí que los centros de arbitraje internacional optaron por la posibilidad de iniciar, sustanciar y decidir sus procesos de acuerdo a los medios telemáticos, con prescindencia de obligar a las partes a acudir presencialmente a los centros.

Uno de los centros de arbitraje mejor preparado para la tramitación de procesos virtuales es la Cámara de Comercio Internacional (CCI)³³. Entre sus normas destacan la posibilidad de iniciar el proceso telemáticamente³⁴, así como cumplir con el acto de contestación a la demanda,

³³ El Comité Ejecutivo de la Cámara de Comercio Internacional aprobó la revisión del Reglamento de Arbitraje ICC de 2017, el cual entró en vigor el 1 de enero de 2021. La finalidad de este reglamento es conseguir una mayor eficiencia, flexibilidad y transparencia del Reglamento, para que el arbitraje de la CCI sea más atractivo

³⁴ “Artículo 4.4: Con la Solicitud, la demandante deberá: a) efectuar el pago de la tasa de registro fijada en el Apéndice III (“Costos del Arbitraje y Honorarios”) vigente en la fecha de presentación de la Solicitud; y b) presentar un número de copias suficiente de la Solicitud para cada una de las otras partes, cada árbitro y la Secretaría cuando la demandante solicite

la cual podrá también remitirse por correo electrónico³⁵, y la celebración de audiencias virtuales sobre la base de los siguientes parámetros:

“Artículo 26.1: Se celebrará una audiencia a solicitud de cualquiera de las partes o, a falta de tal solicitud, si el tribunal arbitral decide oírlos de oficio. Para celebrar una audiencia, el tribunal arbitral convocará a las partes con antelación razonable para que comparezcan ante él en el día y el lugar que determine. El tribunal arbitral podrá decidir, previa consulta a las partes, y atendiendo a los hechos y circunstancias pertinentes del caso, **que cualquier audiencia se celebre mediante comparecencia física o de modo remoto por videoconferencia, teléfono u otros medios de comunicación adecuados**” (negrillas nuestras).

En materia probatoria surge a nivel internacional la promoción y evacuación de pruebas de forma telemática a través del Protocolo de Seúl³⁶, cuyo mecanismo garantista permitiría a las partes la sustanciación de la instrucción de la causa con pleno asidero jurídico.

Este texto jurídico-arbitral introduce al campo probatorio diferentes elementos que permiten un mejor y mayor control de dicha actividad, tanto por las partes como por los árbitros, como se puede constatar en el apartado de las definiciones:

“**Observador u observe:** Es un garante, un veedor del desarrollo de la audiencia, no puede coincidir en una misma persona la figura de parte, testigo o interprete con la de observador, procurando sea una persona imparcial.

Lugar remoto o remote venue: El sitio donde se encuentra el Testigo remoto para proporcionar su evidencia (es decir, no el

la transmisión de la Solicitud mediante entrega contra recibo, **correo certificado o servicio de mensajería**”, (negrillas nuestras).

³⁵ “Artículo 5.3: La Contestación se presentará en un número suficiente de copias para cada una de las otras partes, cada árbitro y la Secretaría cuando la demandada solicite la transmisión mediante entrega contra recibo, **correo certificado o servicio de mensajería**” (negrillas nuestras).

³⁶ Vigente desde 18 de marzo de 2020, tiene como objetivo servir como una guía de mejores prácticas para planificar, probar y realizar videoconferencias en arbitrajes internacionales. Como se indicó, este documento hace mención a la justicia virtual en lo relacionado con las videoconferencias, considerando todos los aspectos necesarios a tener en cuenta para poder realizar las audiencias por medios electrónicos.

lugar de la audiencia), por lo general cuando uno se encuentra la minoría de los participantes”.

Por su parte, para las audiencias a distancia, el protocolo dispone la posibilidad de que puedan solicitarla con al menos setenta y dos 72 horas de anticipación a la fecha fijada para la audiencia y debe soportar los costos de la conexión digital que origine.

Sobre el *observe* como figura probatoria, el protocolo lo definió como:

“Artículo 3: Durante el transcurso de la videoconferencia, las únicas personas presentes en el Remote El lugar será el Testigo que rinda declaración (con su abogado, en su caso), intérpretes, asistentes legales para ayudar con los documentos y representantes del equipo legal de cada Parte en un informe de observación. Cada Parte proporcionará las identidades de cada individuo en la sala a la otra Parte/Partes y al Tribunal antes a la videoconferencia y el Tribunal tomará medidas para verificar la identidad de cada persona presente al inicio de la videoconferencia”.

Sobre las audiencias en las cuales se deban presentar documentos para que el testigo los revise, el protocolo dispone:

“Artículo 4: Los documentos que deben presentarse en una audiencia sobre todo la de pruebas. Si se trata de una audiencia normal el expediente se encontrará en la sala donde se desarrolle la audiencia.

a) Todos los documentos del expediente a los que se referirá el Testigo durante el transcurso de su prueba deben estar claramente identificada, paginada y puesta a disposición del Testigo.

b) La Parte cuyo Testigo rinda testimonio por videoconferencia proporcionará una copia sin marcar (sin anotaciones, notas o marcas) del Acuerdo Paquete de Documentos (o volúmenes del Paquete de Documentos Acordados como Las partes acuerdan o están obligadas) al inicio del interrogatorio del Testigo.

c) Las Partes pueden acordar utilizar un repositorio de documentos virtual compartido (es decir, servidor de documentos) para estar disponible a través de computadoras en todos los Lugares, siempre que las Partes hacen todo lo posible para garantizar la

seguridad de los documentos (es decir, de interceptación o retención ilícita por parte de terceros).

d) Si está disponible, una pantalla/ventana de visualización separada (que no sea la pantalla/ventana utilizada para mostrar la transmisión de vídeo) se utilizará para mostrar los documentos al testigo durante el curso del interrogatorio”.

En todo momento el tribunal arbitral podrá solicitar requerimientos técnicos para la constatación de una audiencia telemática idónea³⁷, guardar la copia de seguridad del audio de la audiencia³⁸, así como la posibilidad de utilizar intérpretes para la misma³⁹, así como guardar *in extenso* el contenido de la audiencia⁴⁰.

Por su parte, las Reglas de Praga⁴¹ dispone la posibilidad de audiencias telemáticas:

³⁷ “Artículo 5: La videoconferencia tendrá la calidad suficiente para permitir una transmisión de video nítida. Y transmisión de audio del Testigo, el Tribunal y las Partes, y habrá ser compatible entre el hardware y software utilizado en los Recintos 265 KBS/Segundo; 30 frames/segundo y tecnología HD. / a) Se dispone que las cámaras deben poder enfocar TODOS los participantes que están en una determinada sala para mejor control por parte de los demás integrantes de la audiencia. Para cualquier persona que participe en la videoconferencia, habrá suficientes micrófonos para permitir la amplificación de la voz del individuo, así como micrófonos suficientes para permitir la transcripción del testimonio de la persona según sea apropiado. También habrá una colocación y un control adecuados de las cámaras. para asegurarse de que todos los participantes puedan ser vistos. / b) En el Protocolo se hace remisión expresa al “Anexo 1” donde se establecen con detalle las especificaciones técnicas de las cuales se debe disponer para participar en una video conferencia de este tipo”.

³⁸ “Artículo 6: a) Como principio general, las pruebas de todos los equipos de videoconferencia se realizado al menos dos veces: una antes del comienzo de la audiencia, y una vez inmediatamente antes de la propia videoconferencia. / b) Las Partes se asegurarán de que existan copias de seguridad adecuadas en caso de que la videoconferencia falla. Como mínimo, estos deben incluir respaldos de cable teleconferencia o métodos alternativos de video/audio conferencia”.

³⁹ “Artículo 7: En cuanto a la forma de traducción (si fuere requerida) se sugiere con preferencia la traducción “sucesiva” o “consecutiva” antes que la simultánea. / Artículo 9: Cuando se requiera un intérprete durante la videoconferencia, el intérprete deberá ser informado por la Parte nominadora antes del comienzo de la audiencia, incluso en relación con este Protocolo y los arreglos para videoconferencias que puedan afectar o requerir un ajuste de su servicio de interpretación”.

⁴⁰ “Artículo 8: Se podrá realizar grabaciones a las videoconferencias siempre y cuando estén previamente aprobadas por el tribunal arbitral. En el caso de esta ser aprobada las mismas deberán ser distribuidas a las partes y al tribunal en 24 horas siguientes a la videoconferencia”.

⁴¹ El 14 de diciembre de 2018 en la ciudad de Praga se aprobaron las “Reglas Sobre Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional”. La finalidad de estas

“Artículo 8.2: Si una de las partes solicita la celebración de una audiencia o el tribunal considera procedente su celebración, las partes y el tribunal organizarán la misma de la manera más eficiente posible, incluyendo la posibilidad de limitar su duración y la utilización de video y comunicaciones electrónicas o telefónicas para evitar que los demás miembros del tribunal arbitral, partes y otros participantes incurran en gastos innecesarios de desplazamiento”.

La *International Bar Association* (IBA)⁴² el 17 de diciembre de 2020 publicó las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. Lo relevante de estas reglas con relación a la justicia virtual es la mención a la ciberseguridad y protección de datos como consulta sobre cuestiones probatorias y la posibilidad de realizar audiencias remotas.

Al respecto, entre sus definiciones la IBA incluye la de “audiencia remota”, que es utilizado por teleconferencia, videoconferencia o cualquier otro tipo de tecnología de comunicación⁴³. También incluye la posibilidad de consultar sobre cuestiones probatorias:

“Artículo 2: La consulta sobre cuestiones probatorias puede abordar el alcance, momento y forma de la obtención de pruebas, incluso, en la medida de lo aplicable:

- a) la preparación y presentación de declaraciones testimoniales e informes periciales;
- b) la toma de testimonio oral en cualquier audiencia probatoria;
- c) los requisitos, procedimiento y formato aplicable a la producción de Documentos;

reglas es complementar el procedimiento acordado por las partes. Su objetivo es aumentar la eficiencia en el arbitraje, potenciando un papel más activo de los tribunales arbitrales.

⁴² Es una organización compuesta por operadores jurídicos, colegios profesionales de abogados y asociaciones de derecho de diferentes nacionalidades. La IBA influye sobre la reforma del derecho internacional y da forma al futuro de la profesión del Derecho en todo el mundo.

⁴³ “**Audiencia Remota:** significa una audiencia llevada a cabo, en su totalidad o en partes, o solamente respecto de algunos participantes, mediante el uso de teleconferencia, videoconferencia u otra tecnología de comunicación mediante la cual participen simultáneamente personas desde más de un lugar”.

- d) el nivel de protección de la confidencialidad que se otorgará a las pruebas en el arbitraje;
- e) el tratamiento de cualquier problema de **ciberseguridad y protección de datos**;
- f) la promoción de la eficiencia, Economía y conservación de recursos en relación con la obtención de pruebas”.

También se dispuso la celebración de audiencias remotas en la cual el tribunal arbitral podrá acordar un protocolo de la audiencia en cuestión:

“Artículo 8.2: A solicitud de una Parte o por iniciativa propia, el Tribunal Arbitral puede, después de consultar con las Partes, **ordenar que la Audiencia Probatoria se lleve a cabo como Audiencia Remota**. En ese evento, el Tribunal Arbitral consultará con las Partes con miras a establecer un protocolo de Audiencia Remota para llevar a cabo la Audiencia Remota de manera eficiente, justamente y, a la medida de lo posible, sin interrupciones involuntarias. El protocolo puede abordar:

- a) la tecnología que se utilizará;
- b) prueba avanzada de la tecnología o capacitación en el uso de la tecnología.;
- c) las horas de inicio y finalización teniendo en cuenta, en particular, las zonas horarias en las que se ubicarán los participantes;
- d) cómo se pueden presentar los documentos ante un testigo o el tribunal arbitral; y
- e) medidas para asegurar que los testigos que prestan testimonio oral no sean influenciados o distraídos indebidamente”.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Si bien la situación pandémica hizo estragos en la jurisdicción civil y mercantil del Poder Judicial, estancando las causas y paralizando el funcionamiento de la *justicia judicial* durante casi todo el 2020, el proceso arbitral siempre tuvo las puertas abiertas para la tramitación de los procesos que los justiciables tuvieran a bien incoar para la mejor tutela de sus intereses.

2. Este hecho tan significativo tiene como baza el principio *pro arbitraje* que es una auténtica dimanación del principio *pro actione*. La garantía de un espacio de jurisdiccionalidad entre los litisconsortes que a tales efectos han pactado una cláusula arbitral se constituye en una garantía a la tutela jurisdiccional efectiva.
3. El proceso arbitral regido por audiencias se erige como una de los mejores mecanismos para *audire* a las partes. Empero, se constituye un escollo para los litisconsortes que desean dirimir sus controversias en un momento en el cual no se pueda estar físicamente presente en el tribunal arbitral. Las teleconferencias abren la posibilidad de continuar tramitando conforme al espíritu del proceso arbitral las causas que deban sustanciarse por audiencias.
4. La pandemia se convirtió en el principal motivo de la digitalización de la justicia virtual, pero la realidad ya reclamaba mayores profundizaciones en el acercamiento de la justicia civil y mercantil a los justiciables. Un ejemplo de ello han sido las desesperadas resoluciones del Poder Judicial que reformaron *de facto* el proceso civil judicial. En el arbitraje comercial, por lo contrario, ya se había avanzado en aras de constituir un proceso telemático acorde con las exigencias del siglo XXI.
5. Un ejemplo palmario de esto lo constituye el *juzgamiento probatorio digital*; esto es, aquel que valora pruebas que nacen de actos telemáticos, como lo pueden ser las documentales telemáticas⁴⁴, las audiencias remotas y las experticias técnicas.
6. Celebramos la apertura de un sistema arbitral que procura la vanguardia procesal sin que ello signifique un desmérito a la tutela jurisdiccional eficaz. Al final de la historia, las partes son el objeto del proceso, y a su voluntad se dirige la justicia virtual.
7. Ha sido nuestra recomendación reiterada en foros, charlas jurídicas; congresos y eventos en general, que nuestro Código de Procedimiento Civil puede ser reformado de manera expedita, sin necesidad de su derogatoria total como hasta ahora ha sido planteado en los diversos proyectos que hemos analizado.

⁴⁴ Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

En efecto, en 2014 la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, hizo entrega a la Comisión de Política interior de la Asamblea Nacional de la época, de un primer proyecto de Código, en el cual se pretendía dar paso a todo un nuevo sistema procesal bajo la égida del procedimiento oral. Posteriormente, a mediados de 2015 la aludida Comisión presentaba un nuevo Proyecto, bastante distinto al que originalmente había recibido de manos de la Sala de Casación Civil, proyecto que, bajo una nueva composición de la Asamblea Nacional, fue modificado en 2016 y sometido a consulta de colegas profesores especialistas en derecho Procesal, que dedicaron horas de su tiempo para tratar de conseguir un producto depurado.

A esta fecha, luego de los intentos fallidos que hemos señalado, se ha mencionado a través de la redes sociales -noticia no confirmada- la existencia de un proyecto de Código Orgánico Procesal Civil, supuestamente elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia en 2021, sin precisar Sala ni autores, el cual habría sido entregado a la consideración de la Asamblea Nacional.

El hilo conductor de la totalidad de anteproyectos antes referidos lo constituye la ausencia total de consulta a las fuerzas vivas que ante una ley general del proceso civil tendrían que opinar, como son: La Federación de Colegios de Abogados y los Colegios de Abogados del país; la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, las facultades de derecho de las Universidades más importantes del país, el Poder Judicial y el gremio de abogados en general, como parte integrante del sistema de justicia a tenor de lo preceptuado por el artículo 253 de la Constitución.

Culminamos este modesto aporte -que con gusto hacemos como contribución para su publicación en el primer número de la Revista Boletín Iberoamericano de Arbitraje y Mediación auspiciado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, recomendando que solo se centre la reforma del Código de Procedimiento Civil, en el capítulo del procedimiento oral -artículos 859 a 880 del CPC- y se cree un nuevo Capítulo denominado “Del Procedimiento Telemático” en el cual podrían regularse las disposiciones que regirían tanto el procedimiento oral (el cual se debe adoptar como procedimiento ordinario) como los procedimientos especiales, en la medida que sean aplicables.

Con voluntad política y previa la participación de los sectores que deben involucrarse en esta reforma, tendríamos en poco tiempo en vigencia un Código de Procedimiento Civil a la par de otras latitudes en el cual se conciban las normas de justicia telemática que serán aplicables en los procesos judiciales civiles y mercantiles en el País. Ello, conjuntamente con los Reglamentos de Arbitraje de los Centros de Arbitraje CEDCA y CACC, nos pondrían en sintonía con la cultura telemática que rige actualmente en todos los ámbitos de la vida en el siglo 21.

Caracas, abril de 2022.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS TIC EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: REFLEXIONES Y BUENAS PRÁCTICAS EN AMÉRICA LATINA



GUSTAVO A. PIEDRAHITA FORERO*

Resumen: El arbitraje, así como todos los mecanismos de resolución de controversias deben propender por ajustar y actualizar sus procedimientos. La tecnología cada día avanza con mayor ímpetu y es deber de los operadores modernizarse para brindar a los usuarios mecanismos más eficaces, efectivos y ajustados a las realidades. La promoción en el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones es mucho más que un valor agregado, es un deber y obligación de los Centros de Arbitraje.

Palabras clave: Arbitraje, comunicaciones, conflicto, tecnología.

Title: Technologies and communication. Reflections and good practices in Latin America.

Abstract: Arbitration, as well as all dispute resolution mechanisms, should seek to adjust and update their procedures. Technology advances with greater momentum every day and it is the duty of operators to modernize to provide users with more efficient, effective mechanisms adjusted to realities. Information and communication technologies are much more than an added value, it is a duty and obligation of the Arbitration Centers.

Keywords: Arbitration, communication, conflict, technology.

En esta era en la que impera el uso y apropiación de la tecnología es crucial plantear algunas preguntas sobre la forma en la que se están llevando a cabo las tareas cotidianas propias de la administración de arbitrajes internacionales. Es evidente que la pandemia del Covid-19

* Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

cambió el funcionamiento en todo tipo de dinámicas y contextos, y el campo del arbitraje internacional no es la excepción. Y aunque muchos de estos cambios se venían anunciando –y no son de ninguna manera algo completamente nuevo y desconocido–, el tradicionalismo pudo haber impedido a algunos visualizar la lógica de las tecnologías de la información y la comunicación, a la par con sus implicaciones. ¿Qué tan preparadas están las instituciones latinoamericanas en términos de manejo de estas tecnologías?

El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) ha venido adelantando una serie de gestiones en esta materia que, hoy, lo ponen en una posición vanguardista al servicio de la comunidad arbitral. La experiencia institucional del Centro puede servir para ilustrar algunas buenas prácticas y contribuir al entendimiento general de trabajo en el ámbito arbitral con apoyo de las tecnologías de la información y la comunicación.

Un primer interrogante que es de relevancia en este respecto –y que a primera vista parecería retórico, sin serlo– es: ¿Por qué es responsabilidad de las instituciones administradoras de arbitraje internacional entender la importancia del uso de las TIC? Desde el punto de vista del servicio, es claro que si el prestador no comprende lo que ofrece (o debería ofrecer), menos será posible persuadir a los usuarios en la asunción del compromiso con la correcta implementación de las tecnologías en los procesos. Las instituciones arbitrales administradoras de arbitraje internacional están llamadas a buscar continuamente la eficiencia y celeridad en esta clase de procesos.

Precisamente, la eficiencia es la primera ventaja que surge de la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación. Lejos de emplearse como muestra de sofisticación, se han convertido en una forma de buscar solución a las necesidades en el marco del arbitraje internacional. Las dinámicas de funcionamiento de la industria, la moda, el comercio, el transporte y, en general, de todas las actividades a nivel global; así como la naturaleza de las interacciones entre las empresas y los individuos en la actualidad, hacen que las personas esperen que sus procesos (judiciales o arbitrales) tengan el mismo ritmo. Mientras las controversias tienden a ser más complejas con el devenir del tiempo, los usuarios de las instituciones arbitrales administradoras de arbitraje

internacional, demandan cada vez más prontitud y eficacia en la resolución de esos procesos. Las TIC ofrecen opciones para tener procesos más rápidos, menos costosos, y con más simplicidad. Entre ellas se pueden mencionar que evitan incurrir en costos de viaje para todos los participantes de un proceso arbitral, o invertir tiempo en la reproducción, almacenamiento y envío de extensos documentos; más el ahorro de los tiempos entre etapas, lo que permite que los arbitrajes internacionales puedan ser mucho más ágiles.

Por otro lado, existen beneficios en términos medioambientales y de acceso a sistemas de adjudicación de intereses. Las tecnologías que hacen posible la realización de audiencias virtuales y la transmisión electrónica de documentos tienen como consecuencia la reducción de la huella de carbono de los sujetos procesales, pues se disminuye el consumo de recursos, por ejemplo, al evitarse los desplazamientos en avión y las impresiones de papel. En cuanto al acceso a la resolución de disputas, las TIC hacen que más personas puedan acceder a los servicios de arbitraje internacional, debido a la reducción en algunos costos exógenos.

El valor de las tecnologías de la información se puede observar, a su vez, desde la óptica del debido proceso. En el arbitraje internacional se integra -básicamente- por cinco elementos: 1) Derecho a que el proceso se adelante ante un administrador independiente e imparcial. 2) Derecho a un procedimiento que conduzca a una solución pronta y eficaz. 3) Derecho a un proceso que contenga una etapa de contradicción. 4) Derecho a un proceso que permita a las partes presentar pruebas. y 5) Derecho a un procedimiento que se caracterice por la igualdad entre las partes.

A la luz de estos elementos básicos del debido proceso, se llegará a la conclusión que, las instituciones arbitrales, al facilitar el acceso y uso de las TIC para el desarrollo del proceso arbitral internacional, están dando cumplimiento a su razón de ser en función de la celeridad, eficiencia y recta administración que demanda su propia constitución.

El apoyo logístico y administrativo, y la capacitación a las partes de acuerdo a los criterios de los protocolos diseñados por el Centro para la correcta implementación de las TIC por parte de los sujetos procesales, es una garantía adicional en pro de los derechos a presentar pruebas, a

contradecir y a la misma adjudicación, en derecho y equidad, de intereses privados de altísima magnitud.

Desde luego, las tecnologías de la información también traen consigo retos en términos de confianza, (ciber)seguridad, confidencialidad e, inclusive, en lo atinente a discusiones contemporáneas en materia de inteligencia artificial.

Uno de los motivos por los cuales la pandemia aceleró la implementación en masa de las TIC, tiene que ver con que las personas (naturales y jurídicas) no tuvieron la opción de detenerse a pensar si era buena idea o no utilizarlas, sino que se vieron obligadas a emplearlas. Sin embargo, es claro que una vez comenzaron a realizar sus tareas con ese apoyo tecnológico, se dieron cuenta que las tecnologías eran útiles, seguras, y que no era tan difícil hacer las cosas de otra manera. Concretamente, los usuarios y operadores del área del arbitraje internacional del Centro, tuvieron la grata sorpresa de prescindir de discusiones imperantes en otras instituciones arbitrales, en lo que tenía que ver con la validez de la realización de las audiencias a través de videoconferencias, en tanto el Reglamento institucional tenía previsiones expresas mucho antes de la pandemia en esta materia y, en consecuencia, no fueron necesarios procesos de reformas reglamentarias “en caliente” durante la aparición de amenazas como la del virus del COVID-19. Los beneficios económicos en tiempo y en dinero al realizar audiencias virtuales¹, a los que se subieron algunas instituciones arbitrales, forzosamente, por el contexto sanitario global, eran ya de uso rutinario en el Centro desde el lanzamiento del servicio.

La pandemia, está claro también, contribuyó a fortalecer una actitud de familiaridad y confianza hacia las TIC. Sin perjuicio de lo anterior, en la medida en que aún se sigue desconociendo por muchas personas la amplia amalgama de posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información, la confianza es uno de los retos que las instituciones arbitrales deben enfrentar promocionando responsablemente la utilización de las diferentes tecnologías, esto es, conociéndolas y adaptándolas a las necesidades del campo del arbitraje internacional.

¹ Queen Mary University of London, *2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World* (London: White and Case, 2021), edición en PDF, pág 23.

Quizás el reto más complejo es el que tiene que ver con la ciberseguridad (los procesos encargados de proteger la información que se genera a través de toda clase de dispositivos electrónicos empleados en el marco del proceso). La definición del concepto puede ser algo etérea en el sentido en que no se pueda producir una imagen mental de esos procesos de defensa de la información. Sin embargo, es importante saber que existen estrategias de protección de los sistemas informáticos tales como la encriptación de datos, los controles de acceso, las autenticaciones, la limitación de acceso, entre otros, que están para proporcionar garantías adicionales a las Partes, Árbitros, y demás actores relevantes del procedimiento.

La ciberseguridad va de la mano de la confidencialidad. Para nosotros los abogados, mantener estándares altos en una y otra es preocupación constante. Si las instituciones arbitrales diseñan y aplican los reglamentos, notas de práctica, manuales, guías y protocolos para la implementación de las TIC a la medida de las necesidades de cada etapa procesal, y los árbitros y representantes de las Partes los observan a cabalidad, es muy poco probable que la confidencialidad se vea amenazada, con todo y que nadie está exento de potenciales ataques informáticos.

La inteligencia artificial (AI), por su parte, puede ofrecer alternativas de gran valor para la administración de procesos arbitrales internacionales. A través de procesos específicos de AI, las plataformas digitales de los casos podrían detectar posibles escenarios de solución de controversias.

El panorama general de las ventajas y los retos que el uso de las tecnologías de la información trae para al arbitraje internacional es amplio y está en constante evolución. No obstante, desde el Centro, la implementación adecuada de herramientas tecnológicas necesarias para ofrecer un servicio de administración de procesos altamente eficientes es, hoy -por lo menos-, una realidad.

¿Cuáles son, entonces, los instrumentos tecnológicos que se están empleando en el Centro? Más allá de la realización de audiencias virtuales a través de Cysco WebEx y Zoom –las dos plataformas empleadas con más frecuencia en arbitraje internacional que referiremos más adelante–, el Centro ofrece una infraestructura completa que pasa por

la utilización de una plataforma institucional diseñada, exclusivamente, para la administración y gestión de los casos adelantados bajo su égida.

Nuestra plataforma institucional “SIMASC” ofrece, en lo aquí relevante, 3 funciones a destacar. Primero, sirve de apoyo al Área de Arbitraje Internacional para el registro de todos los casos administrados por la institución arbitral, tanto bajo el Reglamento institucional como bajo las diferentes versiones del Reglamento UNCITRAL. No solo es una herramienta para el registro. La totalidad de los *récor*ds auténticos (“expedientes”) de los casos, incluyendo las exhibiciones de las Partes, se custodian electrónicamente, allí permitiendo acceder, desde cualquier jurisdicción del mundo, 24/7, a los materiales propios de los arbitrajes internacionales administrados por el Centro. El sistema apoya, a su vez, algunas actuaciones que despliega la institución cuando le corresponda actuar en calidad de autoridad nominadora de los árbitros internacionales (y sustitutos) a partir de una lista de preselección.

Los estándares de seguridad no son menores. El sistema opera a través de un sistema de credenciales asociados a cada caso y a cada individuo, con límites de visualización, edición y temporización, a partir de perfiles. Esto quiere decir que un apoderado que esté ejerciendo representación en dos casos diferentes en el Centro, accede a cada uno de ellos con credenciales diferentes. De igual manera los árbitros internacionales y los secretarios tienen acceso únicamente a los repositorios digitales de los casos en los cuales figuran como tales y solo mientras estén desempeñando funciones activamente. Aparte de ellos, las únicas personas que pueden ingresar al sistema son los digitalizadores y el personal habilitado al efecto del área de arbitraje internacional del Centro. Cada uno de estos perfiles permite asegurar controles diferenciados. En lo que hace a protección de amenazas externas, el sistema cuenta con controles de seguridad de datos tanto en reposo como en tránsito, así como controles detectives que tienen la capacidad de localizar amenazas de seguridad en tiempo real.

Respecto de las audiencias virtuales, hoy en día, el 98,1% de las audiencias de arbitraje internacional del Centro se realizan de manera virtual. Tanto Cisco WebEx como Zoom garantizan la confidencialidad en la comunicación, seguridad y privacidad de los datos; y su empleo está desarrollado, con particular detalle, en la Nota de Práctica número 4

(“Manual para el desarrollo de audiencias o reuniones virtuales en arbitraje internacional”), en el cual se describen los parámetros que se deben seguir en la etapa previa a la audiencia, su inicio y desarrollo. Inicialmente, estas herramientas, a través de su plataforma para realizar audiencias virtuales, permiten que se garantice de manera efectiva el principio de inmediación, en virtud de que a través de la videoconferencia se permite a las partes que se escuchen, asimismo que puedan observar el lenguaje no verbal de la contraparte y que puedan identificarla plenamente. Las dos plataformas brindan opciones de gran utilidad en términos de privacidad, tales como reuniones grupales privadas hasta en 4 salas diferentes, para lo cual garantizan plena privacidad. Por último, también cabe resaltar que las plataformas usadas por el Centro (Cisco WebEx y Zoom) usan una tecnología de cifrado de extremo a extremo que protege completamente la información y datos de los participantes, por lo cual ni los mismos servidores de la plataforma pueden acceder a datos, documentos, identidad de los participantes en la misma.

Conforme a la Nota de Práctica número 4, el Centro cuenta con el acompañamiento de un número de auxiliares técnicos desde la etapa preparatoria de estas. Esas garantías adicionales (recurso humano al servicio de la facilitación tecnológica en el arbitraje internacional) generan confianza adicional para la autenticación y autorización debida en audiencias. Desde luego, también permiten subsanar, rápidamente cualquier tipo de fallas relacionadas a la conectividad de las partes y el acceso de ellas a las audiencias o reuniones.

De otra parte, el servicio de correo electrónico certificado del Centro (Rpost) ha tenido un rol fundamental en los arbitrajes internacionales del Centro. Los e-mails certificados o registrados se utilizan con el propósito de realizar las notificaciones y como medio para llevar a cabo la fase escrita del proceso. En este punto cabe anotar que el Centro, en lo que a arbitraje internacional se refiere, notifica todos sus laudos, órdenes procesales, comunicaciones institucionales y demás providencias de manera electrónica. Debe entenderse inicialmente que la notificación virtual es una comunicación administrativa electrónica con consecuencias jurídicas a la cual solo se puede acceder mediante previa identificación con certificado de firma electrónica reconocida. Provee alta seguridad en el envío y recepción de las providencias y documentos, gracias

a que los datos que se comparten en los mensajes son cifrados. Además permiten la transferencia de archivos de gran tamaño y la posibilidad de firmar electrónicamente. Incluso muestran en los buzones de los receptores, que al correo se le está dando un tratamiento exclusivo debido a que es un asunto importante. No obstante, quizás lo más significativo que logran hacer es el registro certificado de envío, recepción, apertura y lectura y, por ende, la prueba de que un mensaje fue enviado, cuál era su contenido, qué día fue enviado y a qué hora exacta. Debido a que la comunicación a través de correo electrónico puede ser manipulada, el valor probatorio de los e-mails no-validados ha sido cuestionado, pero con este tipo de aplicativos se han ido originando salidas que fortalecen la validez jurídica del correo electrónico.

Mención especial merece, a su vez, el Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro. Está, ciertamente, a la vanguardia del desarrollo respecto a la celebración del procedimiento arbitral internacional mediante el uso de herramientas tecnológicas. Tal como se dijo anteriormente, el reglamento prevé explícitamente que las partes pueden comunicarse de forma electrónica, esto con el fin de poder acceder a dicha información en posteriores ocasiones. Por otro lado, respecto a la solicitud de arbitraje y su contestación, las partes deben enviar dichos textos a la contraparte, por lo que en virtud de que se garantice la efectiva notificación y la integridad del documento, esto se debe hacer mediante correo certificado.

Ahora bien, en el artículo 3.19 del Reglamento institucional se presenta la diferenciación entre sede del arbitraje y el lugar de celebración de audiencias. En algunas instituciones arbitrales se han preguntado si el hecho de que el servidor a través del cual se realice una audiencia virtual esté ubicado en otro lugar distinto a aquel en que esté la sede implica una modificación a esta. Ciertamente, el hecho de que el Reglamento prevea, expresamente, tal diferenciación ha facilitado que estos debates se difuminen. Respecto a la conducción del procedimiento arbitral, en virtud de la celeridad del procedimiento, el Tribunal puede acudir a la utilización de medios electrónicos ya sea para celebración de audiencias o cualquier otro procedimiento pertinente, habilitación reglamentaria expresa que no es de menor entidad. Respecto a la práctica de pruebas, en el caso de los interrogatorios, el Reglamento institucional

en armonía con la Nota de Práctica número 4, permite suplir actuaciones y diligencias que el usuario u operador puede echar de menos de una “audiencia presencial”. Así, por ejemplo, al testigo o declarante se le solicita que debe realizar un giro de 360° para verificar el entorno en que rendirá su declaración o disponer, en lo posible, de cámaras a cuatro vías, lo que permite evidenciar mayor naturalidad y espontaneidad que otrora se pensaba solo podría garantizarse a través de audiencias presenciales.

En 2021 el Centro decidió -de acuerdo a su política de modernización tecnológica y a su responsabilidad ambiental, en sintonía con la campaña *Green Arbitrations*-, gestionar todos los expedientes digitalmente. Sin embargo, el Modelo de Orden Procesal número 1 ya era amigable con el medio ambiente previo a la adopción de la campaña *Green Arbitrations* en virtud de que dicha Orden consagraba el envío de documentos, recopilación de expedientes y celebración de audiencias y/o reuniones a través de medios electrónicos, exclusivamente.

Este recorrido de años desempeñando funciones de administración de arbitrajes internacionales de la mano de las tecnologías de la información ha sido fruto de un esfuerzo mancomunado y sostenido, basado en la previsión. Por ello, cuando la pandemia llegó e impuso condiciones, el Centro se encontraba preparado para hacerles frente de una manera ágil y preparada.

Las tecnologías de la información deben complementar las garantías procesales en arbitraje internacional, sobre la base de la flexibilidad propia de los casos en esta materia. Las instituciones administradoras de arbitraje internacional en América Latina están llamadas a promover el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, reglamentar su empleo, y proveer supervisión y apoyo continuo en cada una de las etapas procesales, tarea en la que el Centro estará siempre presto a contribuir.

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO CIADI POR MÉXICO, UN AVANCE ALENTADOR PARA LOS INVERSIONISTAS MEXICANOS Y EXTRANJEROS



JOSÉ P. BARNOLA, JR.*

Resumen: Este artículo analiza las consecuencias prácticas de la ratificación, por parte de México, del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI) y concluye que es un avance alentador para los inversionistas mexicanos y extranjeros. En general, los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en el extranjero tienen ciertos derechos y protecciones de acuerdo con una red de Tratados Internacionales de Inversiones celebrados por México. Los Estados contratantes normalmente se comprometen a proteger a los inversionistas y a sus inversiones de medidas gubernamentales ilegales tales como: expropiaciones ilegales, cambios radicales o abruptos al régimen regulatorio, medidas enfocadas a ciertas entidades basadas en su nacionalidad y denegaciones de justicia, entre otros. Muchos tratados celebrados por México establecen el arbitraje CIADI como medio de resolución de controversias entre inversionista extranjeros y Estados.

Palabras Clave: Arbitraje de inversión, Convenio CIADI, México.

Title: Practical aspects of Mexico's ratification of the ICSID Convention, an encouraging development for foreign and Mexican investors.

* Abogado cum laude, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela, 1993). Especialista en Derecho Tributario cum laude, Universidad Central de Venezuela (1999). Examen General para el Egreso de la Licenciatura en Derecho, Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior (México, 2020). Revalidación de la Licenciatura en Derecho y Cédula Profesional, Secretaría de Educación Pública (México, 2021). Cursante del Programa Avanzado de Estudios en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila, Venezuela. Consultor y litigante (www.linkedin.com/in/josepbarnolajr/). Este artículo fue presentado como trabajo final de la Materia Taller II (Tendencias en el Arbitraje) del 2º Trimestre del PREAA (enero 2022), bajo la supervisión del Prof. Diego Castagnino.

Abstract: This article analyzes the practical consequences of the ratification by Mexico of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention and concludes that it is an encouraging development for Mexican and foreign investors. In general, foreign investors in Mexico and Mexican investors abroad are entitled to certain rights and protections under a network of International Investment Agreements entered into by Mexico. The contracting States usually undertake to protect investors and their investments from unlawful government measures, such as: illegal expropriations, radical or abrupt changes to the regulatory regime, measures that target particular entities based on nationality and denials of justice, among others. Many treaties entered into by Mexico establish ICSID arbitration as a mechanism to resolve disputes between foreign investors and States.

Keywords: Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, investment arbitration, Mexico.

Sumario: Introducción. 1. Protección internacional de las inversiones extranjeras en México y de las inversiones de mexicanos en el extranjero. 2. Ventajas del arbitraje CIADI. Conclusiones y recomendaciones prácticas: forma de obtener acceso al arbitraje CIADI siendo un inversionista extranjero en México o un inversionista mexicano en el extranjero. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio CIADI”) se presentó para firma el 18 de marzo de 1965, entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y, a enero de 2022, 156 Estados lo han ratificado.¹ Su objetivo principal es el crecimiento económico de

¹ V. Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), *Base de datos de Estados Miembros del CIADI*, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi> (incluyendo Ecuador, quien lo había denunciado en 2012 pero lo ratificó nuevamente en 2021) (todas las fuentes de Internet se consultaron el 19 de enero de 2022, salvo indicación distinta). Los únicos otros dos Estados que han denunciado el Convenio CIADI son Bolivia (en 2007) y Venezuela (en 2009) [v. CIADI, *Informe Anual 2007*, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2007-annual-report-spanish.pdf>, p. 4, *Venezuela presenta una notificación bajo el Artículo 71 del Convenio CIADI* (26 de diciembre de 2012), <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/venezuela-presenta-una-notificacion-bajo-el-articulo-71-del-convenio> y *Ecuador firma el Convenio CIADI* (21 de junio

países desarrollados mediante la inversión extranjera.² Para ese fin, el Convenio estableció el CIADI, el cual otorga a los inversionistas extranjeros acceso a mecanismos de resolución de controversias eficaces para solucionar las diferencias con los Estados anfitriones de las inversiones.³ El CIADI es una institución neutral, con sede en Washington, D.C., que facilita el arreglo de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes⁴ mediante la administración de procedimientos de conciliación y arbitraje.⁵

Actualmente hay vigentes en el mundo más de 3.000 acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones o tratados multilaterales con capítulos de protección de inversiones (los “APPRI”). Entre 1987 y 2019 se presentaron 1.023 arbitrajes de inversión conocidos ante el CIADI.⁶

No obstante lo anterior, y por motivos desconocidos, fue hasta el 11 de enero de 2018 que el Secretario de Economía, como plenipotenciario

de 2021), <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/ecuador-firma-el-convenio-del-ciadi>; Magdalena Bas Vilizzio, “Algunas reflexiones en torno al retiro de Bolivia, Ecuador y Venezuela del CIADI” (*Revista Densidades*, No. 17, Ed. Oswaldo Andrés García, Buenos Aires, 2015), https://issuu.com/densidades/docs/densidades_n_17, p. 51; Gilberto A. Guerrero-Roca, “In case of fire, please denounce the ICSID Convention. The Legal Sociological Risk of Adopting a Pro-State Approach towards Articles 71-72 Dealing with Sovereign Repeat Players” (*World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 11, 2017 No. 2), passim; Andrés A. Mezgravis y Carolina González, “Denunciation of the ICSID Convention: Two Problems, One Seen and One Overlooked” (*Transnational Dispute Management*, Vol. 9, Issue 9, 2012), <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1914>, passim; David M. Orta, Daniel Salinas-Serrano, Brian H. Rowe y Kristopher Yue, “Investment Treaty Arbitration in the Americas” (*The Arbitration Review of the Americas 2019, A Global Arbitration Review Special Report*, Law Business Research, 2019), pp. 47-48; Victorino J. Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela* (Colección Estudios Jurídicos No. 97, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2012), pp. 72 y ss. y Catharine Titi, “Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas” (*Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 30, No. 2, 2014), pp. 363-365].

² V. Lucy Reed, Jan Paulsson y Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, The Hague, 2004), pp. 1-12.

³ V. Reed et al., op. cit., p. 1.

⁴ V. Reed et al., p. 2.

⁵ V. Reed et al., p. 4.

⁶ V. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), *Investor-State Dispute Settlement cases pass the 1,000 mark: Cases and Outcomes in 2019* (jul. 2020), <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>, p. 2.

de los Estados Unidos Mexicanos (“México”) debidamente autorizado, firmó ad referendum el Convenio CIADI.⁷ La Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó el Convenio CIADI el 22 de junio de 2018.⁸ El Ejecutivo Federal firmó el Convenio CIADI el 29 junio de 2018 y lo depositó ante el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 27 de julio de 2018.⁹ Finalmente, el Decreto Promulgatorio fue publicado el 24 de agosto de 2018.¹⁰

Así, el Convenio CIADI entró en vigor en México desde el 24 de agosto de 2018. La doctrina autorizada había considerado que desde 2006 (año de ratificación del Convenio CIADI por Canadá), México se había convertido en el paria de la zona de libre comercio de Norte América y que la renuencia de México a ratificar el Convenio CIADI era un yerro,¹¹ situación que ha sido debidamente rectificada.

Lo anterior no quiere decir que los inversionistas extranjeros en México o los inversionistas mexicanos en el extranjero¹² carecían de acceso a mecanismos internacionales eficaces para arreglar sus diferen-

⁷ V. CIADI, *México firma el Convenio CIADI*, 11 de enero de 2018, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=267>.

⁸ V. Decreto por el que se aprueba el Convenio CIADI, Diario Oficial de la Federación del 22 de junio de 2018 (<https://dof.gob.mx/>).

⁹ V. CIADI, *México ratifica el Convenio CIADI* (27 de julio de 2018), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=285>.

¹⁰ V. Decreto Promulgatorio del Convenio CIADI, Diario Oficial de la Federación del 24 de agosto de 2018.

¹¹ V. Francisco Fernández de Cossío, *México ante el arbitraje CIADI: ¿prudente o rebelde?* (28 de julio de 2010) en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/7.pdf>, p.4. [“A partir de la adhesión de Canadá al CIADI México se convierte en un paria en la zona de libre comercio. Es hora (no -ya está tarde, pero no demasiado) de que México remedie esta contradicción. El arbitraje CIADI es un instrumento procurador del Estado de Derecho. Tanto nacional como internacional. (...) México tiene la oportunidad de continuar siendo un ejemplo de un estado impulsor del Estado de Derecho mundial, o ser señalado como la oveja negra del rebaño de internacional. La opción es nuestra.”] y también Fernández de Cossío, *Arbitraje de Inversión* (Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2009), pp. 297 y ss., especialmente pp. 303-4.

¹² Existen varias compañías multinacionales mexicanas o de origen mexicano importantes con inversiones en el extranjero, como Mexichem, Cemex, Bimbo, América Móvil, Alfa, Gruma, Softtek, Kidzania, Cinépolis y Coca-Femsa, por mencionar las 10 compañías mexicanas más multinacionales [v. Eduardo García, “Ranking: Las 10 empresas mexicanas más multinacionales” (*Sentido Común. Negocios, Economía, Mercados*, 30 de junio de 2014), <https://www.sentidocomun.com.mx/articulo.phtml?id=11623>]. A esa lista podrían añadirse otras compañías también conocidas, como Aeroméxico, Cementos de Chihuahua, Grupo BAL, Grupo Salinas, ICA, Interceramic, Petróleos Mexicanos, Ternium Hylsa o Xygnux.

cias con el Estado anfitrión de sus inversiones. En líneas generales, han tenido acceso al arbitraje ad hoc y al arbitraje institucional conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.¹³ Sin embargo, como explica este artículo, el arbitraje CIADI (“Arbitraje CIADI”) tiene ventajas importantes sobre otros tipos de arbitraje que merecen una consideración atenta.

En las décadas de 1970 y 1980, el Centro recibió pocos casos. A finales del siglo XX, el número de casos se incrementó debido a la proliferación de APPRIs.¹⁴ Desde entonces, la gran mayoría de los casos manejados por el CIADI han sido Arbitrajes CIADI.¹⁵ En la actualidad, el Arbitraje CIADI se ha convertido en la opción preferida de los inversionistas extranjeros para arreglar diferencias con los Estados anfitriones.¹⁶ En la opinión de los autores del Convenio CIADI, el acceso a mecanismos de resolución de controversias eficaces y confiables ha demostrado dar a los inversionistas un sentido de seguridad y una garantía de que sus derechos e inversiones se respetarán.¹⁷

1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN MÉXICO Y DE LAS INVERSIONES DE MEXICANOS EN EL EXTRANJERO

Los inversionistas extranjeros (sean inversionistas extranjeros en México o inversionistas mexicanos en otros Estados), por lo general tienen ciertas protecciones bajo una red de APPRIs que México ha

¹³ V. José P. Barnola, Jr., Francisco Franco Rodríguez y Luis Carbajo-Martínez, “México firma el Convenio CIADI: Un mecanismo para hacer valer los derechos de los inversionistas extranjeros” (*Puntos Finos, Revista Especializada de Consulta Fiscal*, Thomson Reuters, Ciudad de México, noviembre 2018), pp. 97 y ss. y Sonia Rodríguez Jiménez, *El Sistema Arbitral del CIADI* (Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2006), pp. 114-158.

¹⁴ V. Reed et al., op. cit., p. 4.

¹⁵ A partir del 30 de junio de 2018, de todos los casos del CIADI, 89.5% fueron arbitrajes; 1.3% conciliaciones; 8.9% Arbitrajes Complementarios del CIADI; y 0.3% Conciliaciones Complementarias del CIADI (v. Barnola, Jr. et al, op. cit., p. 97).

¹⁶ Más del 65% del número anual de las controversias entre inversionista y Estado se resolvieron bajo las reglas de la Convenio CIADI en 2016 [v. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”), *Informe Mundial de Inversiones 2017: Inversión y la Economía Digital* (Naciones Unidas, Ginebra 2017), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, p. 115.]

¹⁷ V. Reed et al., op. cit., p. 3.

celebrado con otros países, que se resumen en derechos sustantivos y los mecanismos procesales para ejecutar dichos derechos. Esas protecciones son distintas e independientes de las que tiene el inversionista bajo el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión de las inversiones. Hasta este momento, México ha celebrado APPRI con más de 40 países.¹⁸

Los APPRI pueden ser bilaterales (entre dos Estados) o multilaterales (entre tres o más Estados). El Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá¹⁹ (“T-MEC”) es el APPRI multilateral más importante celebrado por México según su valor económico, ya que México es el primer socio comercial de los EE.UU.²⁰ El Capítulo 14 del T-MEC contiene las disposiciones sobre protección de inversiones extranjeras.

El T-MEC sustituyó, desde el 1 de julio de 2020, al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA por sus siglas en inglés) entre los mismos países.²¹ Las normas sobre protección de inversiones del TLCAN, sin embargo, se sigue aplicando por tres años a las inversiones realizadas antes de la entrada en vigencia del T-MEC (“legacy investments”).²²

¹⁸ V. la lista completa en UNCTAD, *International Investments Agreement Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/136/mexico> y Gobierno de México, *Comercio Exterior; Países con Tratados y Acuerdos firmados con México*, <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico>.

¹⁹ V. Diario Oficial de la Federación del 29 de julio de 2019 y Gobierno de México, Secretaría de Economía, *Capítulo de Inversión del T-MEC*, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492765/Reporte-TMEC_n14-esp_20190909_b.pdf.

²⁰ V. Héctor Usla, *México se consolida como el principal socio comercial de EU (El Financiero*, 9 de junio de 2019), en <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/06/08/exportaciones-tiene-un-rebote-y-mexico-se-afianza-como-principal-socio-comercial-de-eu/> y Swissinfo.ch, *México se afianza como primer socio comercial de EE.UU. en la mitad de 2021* (5 de agosto de 2021), en https://www.swissinfo.ch/spa/m%C3%A9xico-comercio_m%C3%A9xico-se-afianza-como-primer-socio-comercial-de-ee-uu--en-la-mitad-de-2021/46846626#:~:text=%2D%C3%A9xico%20se%20afianz%C3%B3%20como%20el,primer%20socio%20comercial%20de%20EE (consultados el 18 de enero de 2022).

²¹ V. Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 1993.

²² V. *T-MEC*, Anexo 14-C, Transición para Reclamaciones de Inversiones Existentes y Reclamaciones Pendientes. Sobre los aspectos de protección de inversiones del TMEC, v. Teddy Baldwin, Christina Doria y Francisco Franco, “The New NAFTA-The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) Brings Future Changes to ISDS” (*Baker McKenzie Global Arbitration News*, 2018), <https://globalarbitrationnews.com/the-new-nafta-20181004/>, passim.

Cuando se celebran los APPRI, los Estados contratantes normalmente se comprometen a proteger a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones de medidas gubernamentales ilegales tales como: expropiaciones o nacionalizaciones, cambios radicales o abruptos al régimen regulatorio, medidas enfocadas a ciertas entidades basadas en su nacionalidad y denegaciones de justicia, para nombrar algunas.²³ Si un inversionista extranjero siente que el Estado anfitrión ha incumplido sus obligaciones conforme al APPRI, puede tener acceso a varios mecanismos de resolución de controversias para exigir la responsabilidad del Estado. El número y tipo de mecanismos disponibles dependerán de lo que el Estado de origen y el Estado anfitrión de la inversión han acordado en la cláusula de arreglo de diferencias del APPRI.²⁴

El mecanismo de arreglo de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estados más común es el arbitraje.²⁵ El tipo de arbitraje depende

²³ V. UNCTAD, *Acuerdos Internacionales de Inversión: Asuntos Clave, Volumen I*, septiembre de 2004, http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf, p.1.

²⁴ V., p. ej., Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Italiana para la Promoción y Protección Mutua de Inversiones, 5 de diciembre de 2002 (Diario Oficial de la Federación del 17 de enero de 2003), Anexo sobre los Mecanismos de Arreglo de Diferencias, Sección 2, art. 2, el cual enumera los diferentes mecanismos para resolver una controversia: negociación, consulta, litigio y arbitraje en tribunales nacionales (“1. De ser posible, la controversia deberá resolverse a través de negociaciones o consultas. De no ser resuelta, el inversionista podrá elegir someter la controversia a resolución:

- a) de los tribunales competentes de la Parte Contratante que es parte en la controversia;
- b) de acuerdo con cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable previamente acordado; o
- c) de acuerdo con este Artículo a:
 - i) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el Centro), establecido de acuerdo al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (el Convenio del CIADI), si la Parte Contratante del inversionista y la Parte Contratante que es parte en la controversia son ambas parte del Convenio del CIADI;
 - ii) el Centro, conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro, si la Parte Contratante del inversionista o la Parte Contratante que es parte en la controversia, pero no ambas, es parte del Convenio del CIADI;
 - iii) a un tribunal de arbitraje ad hoc, establecido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI;
 - iv) la Cámara Internacional de Comercio, a través de un tribunal ad hoc, de acuerdo con sus reglas de arbitraje.”)

²⁵ V. UNCTAD, *Informe Mundial de Inversiones 2017. Inversión y la Economía Digital*, cit., https://unctad.org/system/files/official-document/wir2017_en.pdf, pp. 109-10 [“Internatio-

de muchos factores,²⁶ pero por lo regular los inversionistas pueden tener más de una opción (incluyendo el litigio ante los tribunales del Estado anfitrión de las inversiones).²⁷ El 100% de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones ratificados por México y el 73.33% de los Tratados Multilaterales con Disposiciones de Protección de Inversiones cuentan con el Arbitraje CIADI como opción.²⁸ Sin embargo, esa opción no estaba disponible para los inversionistas extranjeros o los inversionistas mexicanos en el extranjero antes del 24 de agosto de 2018, ya que tanto el Estado de origen del inversionista como el Estado anfitrión deben ser miembros del CIADI para tener acceso a la jurisdicción del CIADI.²⁹

nal arbitration is the ISDS mechanism to which investment laws most often refer, followed by recourse to domestic courts and alternative dispute resolution mechanisms such as conciliation or mediation (figure III.9)"] y **Gary Born**, *International Arbitration: Law and Practice* (Wolters Kluwer, 2d. ed., Amsterdam, 2018), p.418 (“...a foreign investor might pursue relief in the courts of the host state. In most cases, however, the host state’s courts were an unsatisfactory forum for resolution of disputes arising from the governmental action of the host state itself. Particularly in states where judicial independence is not assured, local courts are often unable to provide neutral forums for foreign investors.”)

²⁶ P. ej., los Estados contratantes deben ser miembros del Convenio CIADI para poder tener acceso a un Arbitraje CIADI.

²⁷ V., p. ej., Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos el Gobierno de Australia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 21 de julio de 2007 (v. Diario Oficial de la Federación del 12 de junio de 2007), art. 13(4), que ofrece varios tipos de arbitraje (“Una vez que hayan transcurrido seis meses a partir de que los actos que motivaron la reclamación tuvieron lugar, el inversionista podrá:

(a) si ambas Partes Contratantes son parte de la Convención sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (‘la Convención’), someter la controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para arbitraje de conformidad con el Artículo 36 de la Convención;

(b) someter la controversia a arbitraje conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte Contratante contendiente o la Parte Contratante del Inversionista, pero no ambas, sea Parte de la Convención; o

(c) someter la controversia a arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Las reglas de arbitraje aplicables regirán el arbitraje, salvo en la medida de lo modificado por este Acuerdo.”)

²⁸ Elaboración propia.

²⁹ V. Convenio CIADI, art. 25(1) [“La jurisdicción del Centro debe extenderse a cualquier controversia legal que resulte directamente de una inversión entre un Estado Contratante (...) y un ciudadano de otro Estado Contratante (...)”].

2. VENTAJAS DEL ARBITRAJE CIADI

Ahora que México es un miembro del CIADI, las diferencias entre los inversionistas nacionales de otros Estados Contratantes y México³⁰ pueden ser resueltas mediante un Arbitraje CIADI, dependiendo de las opciones disponibles bajo el APPRI específico. Lo mismo puede predicarse para las diferencias entre los inversionistas mexicanos y otros Estados Contratantes.

El Arbitraje CIADI es reconocido por ser un mecanismo sofisticado, autónomo, independiente, imparcial y eficaz³¹ que, a pesar de involucrar a un Estado soberano como parte, se desarrolla en un foro despolitizado.³² La doctrina mexicana autorizada ha señalado que el CIADI representa un medidor de la economía y situación de los países:

...[E]l CIADI representa un medidor de la economía y situación de los países, del ambiente interno de un Estado propicio o no para la inversión, del contexto socio-político para el marco de la operación de inversión; en definitiva, de la estabilidad económica de un Estado así como de la eficacia de su administración pública. Así, aunado a lo anterior un inversor se puede animar o desanimar de llevar a cabo y concretar su inversión en un Estado tras una mirada a los casos de reclamación que el Estado tiene presentado ante el CIADI, teniendo en cuenta el número de reclamaciones así como el fondo de la misma (sic).

Como contrapartida un Estado puede igualmente realizar esa operación y darse cuenta de los puntos a mejorar en la esfera de su soberanía.³³

El acceso al Arbitraje CIADI muy probablemente ha hecho y hará que los inversionistas extranjeros se sientan más cómodos con respecto

³⁰ Siempre y cuando exista un APPRI u otro instrumento en el que México otorgue su consentimiento para arbitrar sus diferencias con ciudadanos del otro Estado Contratante (y viceversa).

³¹ V. Fernández de Cossío, *México ante el arbitraje CIADI: ¿prudente o rebelde?*, cit., p. 3.

³² V. Fernández de Cossío, *Arbitraje de Inversión*, cit., pp. 273-296; Ibrahim F.I. Shihata, *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA (ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 1, Issue 1, Spring 1986)*, p. 4 y Ernesto Talamás Velázquez, *Arbitraje de Inversión. Estándares y Garantías de Protección a la Inversión Extranjera* (1ª Ed., Thomson Reuters, Ciudad de México, 2017), pp. 22 y 38.

³³ V. Rodríguez Jiménez, op. cit., p. 499.

a sus inversiones en México³⁴ (y los inversionistas mexicanos con respecto a sus inversiones en otros Estados Contratantes), lo que debería contribuir al incremento de las inversiones extranjeras en ambos casos. En tal sentido, frente al argumento empírico según el cual no existe una correlación entre el aumento de las inversiones, los APPRIs y el Arbitraje CIADI, Fernández de Cossío ha señalado que:

El arbitraje de inversión propicia el Estado de Derecho. Sin el mismo, existe un género de circunstancias que no encontrarían recurso ni respuesta jurídica. El resultado: en el mejor de los casos, impunidad, frustración y menos inversión. En el peor, protección diplomática e intervenciones. Y la constante sería menos inversión extranjera -la cual (el paradigma aceptado indica) beneficia al Estado Anfitrión. La última aseveración no carece de críticas. Hay quien asevera que no se ha demostrado una correlación entre la existencia de tratados y arbitraje de inversión y el fomento de la inversión. El argumento merece dos respuestas. Primero, dado lo reciente del fenómeno, aún no se genera información suficiente para conclusivamente demostrar el nexo. Segundo, dicho argumento empírico adolece de algo: no hay contra qué compararlo. No sabemos cuánta inversión hemos perdido por el simple hecho de que no nos hemos adherido al CIADI. Y en cambio, el argumento conceptual tiene fuerza: la comunidad internacional es sofisticada. Al momento de hacer el estudio de la viabilidad de una inversión, dentro del elemento “riesgo” factora el riesgo político -el cual es reducido mediante la existencia de arbitraje de inversión. En caso de que el argumento conceptual no persuadiera al escéptico, señalaría las instancias de conducta estratégica por inversionistas para obtener protección de tratados. Por si fuera poco, el statu quo es subóptimo. El arbitraje de inversión se distingue por su sofisticación y autonomía. Al no ser parte del Convenio CIADI, se le restan virtudes al procedimiento. Además, se pierde la posibilidad de recurrir los laudos ante su (ya probado y sofisticado) mecanismo de nulidad. La opción que queda -recurrirlos ante el juez de la sede- es tardado, oneroso, incierto y atropella el leitmotiv de la disciplina: imparcialidad- (o apariencia de la misma).³⁵

³⁴ V. Fernández de Cossío, *México ante el arbitraje CIADI: ¿prudente o rebelde?*, cit., p. 3.

³⁵ V. Fernández de Cossío, *México ante el arbitraje CIADI: ¿prudente o rebelde?*, cit., p. 4 y Fernández de Cossío, *Arbitraje de Inversión*, cit., pp. 302-3. En el mismo sentido, v. Paul-

El Arbitraje CIADI es especial porque está basado en un régimen independiente regulado exclusivamente por el Convenio CIADI. Ese régimen tiene dos ventajas principales en comparación con otros tipos de arbitraje (e.g., la Cámara de Comercio Internacional, la London Court of International Arbitration y la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional), ya que los tribunales nacionales no pueden revisar los laudos CIADI y no tienen discrecionalidad para rechazar su ejecución:

2.1. Sin intervención de los tribunales nacionales en procedimientos de anulación

En otros tipos de arbitraje, la sede determina la ley procesal que regulará los procedimientos.³⁶ Los tribunales nacionales de la sede pueden revisar y anular (en casos limitados) el laudo arbitral. El Arbitraje CIADI, por otro lado, es un proceso deslocalizado (no hay una sede de arbitraje) y, por tanto, los tribunales nacionales no pueden revisar el laudo arbitral. No obstante, el Convenio CIADI tiene su proceso de revisión, bajo el cual los Comités ad hoc asignados por el CIADI revisan los laudos y pueden anularlos en casos específicos.³⁷

2.2. Los tribunales nacionales no tienen discrecionalidad de rechazar la ejecución

Los laudos de arbitrajes comerciales pueden ejecutarse en países distintos de la sede según la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (“Convención de Nueva York”).³⁸ Conforme al artículo V de esa Convención, los tribunales del

sson, “Enclaves of Justice”, *Transnational Dispute Management*, No.5 (jun. 2007), cit. en González de Cossío, *México ante el arbitraje CIADI: ¿prudente o rebelde?*, cit., p. 4.

³⁶ V. Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter, *Redfern & Hunter on International Arbitration* (6TH ed., Oxford University Press, Oxford, 2015), pp. 172 y ss.

³⁷ V. Convenio CIADI, art. 52(1) (“Cualquier parte puede solicitar la anulación de la sentencia mediante una solicitud por escrito dirigida al Secretario General con base en uno o más de los fundamentos siguientes: (a) que el Tribunal no se constituyó de manera apropiada; (b) que el Tribunal ha excedido sus facultades manifiestamente; (c) que hubo corrupción por parte de un miembro del Tribunal; (d) que ha habido una desviación seria de una norma fundamental de procedimiento; o (e) que la sentencia no ha mencionado los fundamentos sobre los cuales está basada”).

³⁸ V. Convención de Nueva York, 7 de junio de 1959 (v. Diario Oficial de la Federación del 22 de junio de 1971).

lugar en donde se pretende la ejecución pueden rechazar la ejecución de un laudo en casos limitados.³⁹

La ejecución de los laudos dictados conforme a un Arbitraje CIADI no está sujeta a la Convención de Nueva York. Según el artículo 54(1) del Convenio CIADI, todas las Partes Contratantes deben reconocer un laudo dictado conforme al Convenio CIADI carácter obligatorio y hará ejecutar las condenas pecuniarias del laudo *“como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho estado.”*⁴⁰ Eso previene que los tribunales nacionales revisen los laudos CIADI y facilita su aplicación y ejecución.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PRÁCTICAS: FORMA DE OBTENER ACCESO AL ARBITRAJE CIADI SIENDO UN INVERSIONISTA EXTRANJERO EN MÉXICO O UN INVERSIONISTA MEXICANO EN EL EXTRANJERO

El hecho de que México se haya convertido en un miembro del Convenio CIADI brinda un mecanismo nuevo y eficaz para proteger los derechos de los inversionistas extranjeros en México y de los inversionistas mexicanos en los otros Estados Contratantes. Los APPRI tienen estructuras y lenguaje similares, pero deben analizarse cuidadosamente. Es necesario, por tanto, revisar el APPRI aplicable para determinar si el Estado anfitrión dio su consentimiento o no para resolver en Arbitraje CIADI sus diferencias con inversionistas nacionales del otro Estado. De ser así, el inversionista también debe determinar el alcance del consentimiento del Estado de origen. Algunas veces los estados han descar-

³⁹ V. Convención de Nueva York, art. V (enumera los fundamentos en los que un tribunal puede basarse para rechazar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros).

⁴⁰ V. Convenio CIADI, art. 54(1) (*“Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.”*)

tado el arbitraje para ciertos tipos de controversias⁴¹ o han limitado su consentimiento al arbitraje.⁴²

De acuerdo a lo anterior, los inversionistas extranjeros en México y los inversionistas mexicanos en otros Estados deben tener en cuenta lo

⁴¹ V., p. ej., el TMEC, que distingue dos tipos de inversionistas: los que tienen contratos relativos a ciertos sectores económicos con el gobierno de un Estado Parte del tratado y los que no. Los sectores económicos cubiertos son: (a) Actividades con respecto a petróleo y gas natural que una autoridad nacional de un Estado Parte controla, tales como exploración, extracción, refinación, transporte, distribución o venta; (b) Suministro de servicios de generación de energía al público a nombre de un Estado Parte; (c) Suministro de servicios de telecomunicación al público a nombre de un Estado Parte; (d) Suministro de servicios de transporte al público a nombre de un Estado Parte; y (d) La propiedad o administración de caminos, vías ferroviarias, puentes o canales, que no sean para el uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno de un Estado Parte [v. TMEC, Anexo 14-E, ¶¶2(a)(i)(A) y 6(a)-(d)]. Los inversionistas con contrato cuentan con acceso ilimitado al arbitraje internacional y podrán reclamar cualquier violación al T-MEC en el proceso arbitral (*i.e.*, expropiación ilegal directa o indirecta, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas y discriminación) [v. TMEC, Anexo 14-E, ¶2(a)(i)]. Los inversionistas sin contrato sólo pueden reclamar en arbitraje bajo el T-MEC expropiaciones directas y discriminación, después de haber sometido la controversia a litigio ante los tribunales domésticos del Estado anfitrión por 30 meses [v. TMEC, Anexo 14-D, arts. 24(D)(3) y 14(D)(5)]. Esos inversionistas sólo podrán hacer valer todos los demás reclamos (*i.e.*, expropiación indirecta, trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas), ante los tribunales domésticos del Estado anfitrión (*id.*). V. también el Tratado entre el Gobierno de los EE.UU. y el Gobierno de la República de Ecuador sobre Promoción y la Protección de Inversiones, 11 de mayo de 1995, http://www.sice.oas.org/bits/usaec_s.asp, art. X, según el cual las disposiciones del tratado se aplican a temas fiscales solamente con respecto a la expropiación, las transferencias y la observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión (“1. *En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte. 2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a: a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III; b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV, o c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b), en la medida en que estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.*”).

⁴² V., p. ej., el Tratado entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la República de Albania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 1 de septiembre de 1995, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/9/albania---china-bit-1993->, bajo el cual los Estados contratantes solo otorgaron su consentimiento para arbitrajes referentes al monto de la compensación por expropiaciones. Cualquier otra diferencia deberá ser resuelta ante los tribunales del Estado anfitrión.

siguiente antes de hacer una inversión:⁴³ (a) Si los Estados que son partes del APPRI otorgaron o no su consentimiento a un Arbitraje CIADI para resolver diferencias entre inversionistas y el Estado anfitrión (y si hay limitaciones); (b) Las definiciones de “inversión” e “inversionista”; (c) Las protecciones sustantivas ofrecidas por el APPRI; (d) Si el APPRI tiene una “cláusula paraguas” que permita considerar violaciones contractuales como violaciones al APPRI; (e) Si el APPRI tiene una cláusula de denegación de beneficios;⁴⁴ (f) La vigencia del APPRI,

⁴³ Si un inversionista extranjero ya ha realizado sus inversiones en México o un inversionista mexicano ya ha realizado inversiones en el otro Estado Contratante, pueden evaluar sus estructuras corporativas para determinar si las inversiones están protegidas o no siguiendo estos pasos: (a) Analizar las estructuras y revisar los APPRIss aplicables para determinar si la inversión está protegida y en qué medida; (b) Si no están satisfechos con las estructuras y protecciones otorgadas a sus inversiones, considerar reestructuraciones corporativas [v. Ed Poulton, Yarik Kryvoi, Ekaterina Finkel y Janek Bednarz, *Corporate Restructuring and Investment Treaty Protections* (BIICL/Baker McKenzie, London, 2020), [biicl--baker-mckenzie--corporate-restructuring-and-investment-treaty-protections--2020.pdf](https://www.biicl.com/documents/indonesia-restructuring-and-investment-treaty-protections-2020.pdf), pp. 2-4.] Los inversionistas deben verificar que no exista una disputa con el Estado anfitrión y que no sea inminente para el momento de la ejecución de la reorganización, así como cuidar los tiempos y formalidades de implementación, para evitar que el tribunal arbitral decline su jurisdicción.

⁴⁴ El APPRI puede establecer una cláusula de denegación de beneficios, basada la sustancia económica o principios similares. Según el modelo de APPRI de los EE.UU., e.g., los Estados contratantes pueden denegar los beneficios del acuerdo con base en los criterios de control, actividades de negocios sustanciales y relaciones económicas normales [v. Carta del Presidente de los EE.UU. de presentación del APPRI Ecuador-EE.UU. al Senado, No.S/S 9320385 (7 de septiembre de 1993), <https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43558.pdf>, p. 12, ¶2 (“Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations”).] En igual sentido, según el art.14.14 del T-MEC: (1) un Estado parte del T-MEC podrá denegar los beneficios del Capítulo 14 (Inversión) a un inversionista de otro Estado parte que sea una empresa de ese otro Estado y a las inversiones de dicho inversionista, si la empresa: (a) es propiedad o está controlada por una persona de un Estado no parte del T-MEC o del Estado que deniega y (b) no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ningún Estado parte distinto del Estado que deniega y (2) un Estado parte podrá denegar los beneficios del Capítulo 14 a un inversionista de otro Estado parte que sea una empresa de ese otro Estado y a las inversiones de ese inversionista, si las personas de un Estado no parte poseen o controlan la empresa y el Estado que deniega adopta o mantiene medidas con respecto a un Estado no parte o a una persona de un Estado no parte, que prohíben transacciones con la empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de ese Capítulo fueran otorgados a la empresa o sus inversiones.

especialmente si tiene una cláusula de ultraactividad, que opera si alguno de los Estados denuncia el APPRI o si queda terminado por otra razón, de especial significación para las inversiones a mediano o largo plazo y permite continuar la aplicación de las protecciones del APPRI a inversiones anteriores a su terminación;⁴⁵ y (g) Cualesquier otra regla específica que pueda tener el tratado (e.g., la Cláusula sobre Desempeño del art.14.10 del T-MEC).

Los inversionistas extranjeros deben además revisar otros aspectos, como pueden ser, *inter alia*: (a) Los aspectos fiscales, que incluyen, principalmente, la aplicación de tratados de doble tributación, el tratamiento fiscal de los dividendos, liquidación, repatriación de capitales, ganancias de capital, regalías, intereses y otros ingresos y la aplicación de normas de fondo sobre forma, operaciones reportables y precios de transferencia; (b) Los aspectos de forma societaria, gobierno y cumplimiento corporativo y el propósito de negocios de la inversión; (c) Los aspectos laborales y de inmigración; (d) Los aspectos de inversión extranjera, regulatorios, aduanas y comercio exterior y (e) Los aspectos operativos.⁴⁶

⁴⁵ V. Talamás Velázquez, *op. cit.*, p. 44, quien nota que los inversionistas extranjeros comprometen recursos a un plazo de por lo menos 30 años [“...por sus características propias, las inversiones extranjeras no son de fácil liquidación y restablecimiento en otra sede. Este fenómeno se conoce como *obsolescent (sic) bargaining* y consiste esencialmente en el desequilibrio que se genera en el poder de negociación entre las partes en favor del Estado receptor, una vez que la inversión ha sido realizada. Y es que al estar comprometido el inversionista a largo plazo, el Estado se encuentra en aptitud de realizar prácticas contrarias a los intereses del inversionista sin que éste las considere lo suficientemente graves como para cancelar sus proyectos de inversión.”] y Jeswald W. Salacuse, “Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution” (*Fordham International Law Journal*, Vol.31, Issue 1, Article 6, 2007), p. 141. El 30 de abril de 2008, e.g., Venezuela denunció el APPRI Venezuela-Paises Bajos, aparentemente por abusos [v. Eugenio Hernández-Bretón, “El Arbitraje y las Normas Constitucionales en Venezuela: Lo Malo, lo Feo y lo Bueno” (*Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 149, Caracas, jul.-dic. 2010), ¶12, p. 395 y Tejera Pérez, *op. cit.*, p. 67] y, como consecuencia de ello, el acuerdo quedó terminado el 1 de noviembre de 2008 [v. *OI European Group B.V. vs. Venezuela*, caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo ¶7 (10 de marzo de 2015)]. Según el art. 14(3), el APPRI seguirá aplicándose por 15 años a las inversiones hechas antes de su terminación (v. Tejera Pérez, *loc. cit.*).

⁴⁶ Para un desarrollo más detallado de la planificación de protección de inversiones como mecanismo de gestión del riesgo país en Latinoamérica, las reorganizaciones corporativas y las consideraciones fiscales, v. Barnola, Jr., “Principios de planificación de arbitraje de inversión en Latinoamérica” [trabajo ganador del Concurso Rodger Farrell 2021, organizado

BIBLIOGRAFÍA

- Baldwin, Teddy, Doria, Christina y Franco, Francisco, “The New NAFTA-The United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) Brings Future Changes to ISDS”, *Baker McKenzie Global Arbitration News* (2018), <https://globalarbitrationnews.com/the-new-nafta-20181004/>.
- Barnola, Jr., José P., Franco Rodríguez, Francisco y Carbajo-Martínez, Luis, “México firma el Convenio CIADI: Un mecanismo para hacer valer los derechos de los inversionistas extranjeros” (*Puntos Finos, Revista Especializada de Consulta Fiscal*, Thomson Reuters, Ciudad de México, noviembre 2018).
- Barnola Jr., José P., “Principios de planificación de arbitraje de inversión en Latinoamérica”, trabajo ganador del Concurso Rodger Farrell 2021, organizado por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y el Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolano Americana de Comercio (Venamcham) (Comité de Arbitraje de Venamcham, *MARC, Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, Boletín Especial, Caracas, 2022)], <https://www.venamcham.org/wp-content/uploads/2022/02/Boletin-Especial-MARC-Ganadores-PRF.doc.pdf>.
- Barnola Jr., José P., “¿Por qué los abogados fiscales deben estudiar los tratados de protección de inversiones?”, *TaxLatam, el primer sitio de novedades fiscales de Latinoamérica* (17 de mayo de 2021), <https://taxlatam.com/noticias/por-que-los-abogados-fiscales-deben-estudiar-los-tratados-de-proteccion-de-inversiones/>.
- Bas Vilizzio, Magdalena, “Algunas reflexiones en torno al retiro de Bolivia, Ecuador y Venezuela del CIADI”, *Revista Densidades*, No. 17, Ed. Oswaldo Andrés García, Buenos Aires (2015), https://issuu.com/densidades/docs/densidades_n_17.
- Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Redfern & Hunter on International Arbitration* (6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2015).

por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y el Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolano Americana de Comercio (Venamcham) (Comité de Arbitraje de Venamcham, *MARC, Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, Boletín Especial, Caracas, 2022)], <https://www.venamcham.org/wp-content/uploads/2022/02/Boletin-Especial-MARC-Ganadores-PRF.doc.pdf>, consultado el 3 de marzo de 2022, *passim* y Barnola, Jr., “¿Por qué los abogados fiscales deben estudiar los tratados de protección de inversiones?” (*TaxLatam, el primer sitio de novedades fiscales de Latinoamérica*, 17 de mayo de 2021), <https://taxlatam.com/noticias/por-que-los-abogados-fiscales-deben-estudiar-los-tratados-de-proteccion-de-inversiones/>, *passim*.

- Born, Gary**, *International Arbitration: Law and Practice* (Wolters Kluwer, 2d. ed., Amsterdam, 2018).
- CIADI, *Base de datos de Estados Miembros del CIADI*, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>.
- CIADI, *Informe Anual 2007*, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2007-annual-report-spanish.pdf>.
- CIADI, *Venezuela presenta una notificación bajo el Artículo 71 del Convenio CIADI* (26 de diciembre de 2012), <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/venezuela-presenta-una-notificacion-bajo-el-articulo-71-del-convenio>.
- CIADI, *México firma el Convenio CIADI* (11 de enero de 2018), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=267>.
- CIADI, *México ratifica el Convenio CIADI* (27 de julio de 2018), <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/News.aspx?CID=285>.
- CIADI, *Ecuador firma el Convenio CIADI* (21 de junio de 2021), <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/ecuador-firma-el-convenio-del-ciadi>.
- CNUDMI, *Investor-State Dispute Settlement cases pass the 1,000 mark: Cases and Outcomes in 2019 (jul. 2020)*, <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Acuerdos Internacionales de Inversión: Asuntos Clave*, Volumen I, septiembre de 2004, http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Informe Mundial de Inversiones 2017: Inversión y la Economía Digital*, Naciones Unidas, Ginebra 2017, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *International Investments Agreement Navigator*, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/136/mexico>.
- Fernández de Cossío, Francisco, “México ante el arbitraje CIADI: ¿prudente o rebelde?” (28 de julio de 2010), <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/7.pdf>.
- Fernández de Cossío, Francisco, *Arbitraje de Inversión* (Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2009).
- García, Eduardo, “Ranking: Las 10 empresas mexicanas más multinacionales”, *Sentido Común. Negocios, Economía, Mercados* (30 de junio), <https://www.sentidocomun.com.mx/articulo.phtml?id=11623>

- Guerrero-Roca, Gilberto A., “In case of fire, please denounce the ICSID Convention. The Legal Sociological Risk of Adopting a Pro-State Approach towards Articles 71-72 Dealing with Sovereign Repeat Players”, *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 11 (2017 No. 2).
- Hernández-Bretón, Eugenio, “El Arbitraje y las Normas Constitucionales en Venezuela: Lo Malo, lo Feo y lo Bueno”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 149, Caracas (jul.-dic. 2010).
- Mezgravis, Andrés A. y González, Carolina, “Denunciation of the ICSID Convention: Two Problems, One Seen and One Overlooked”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 9, Issue 9 (2012), <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1914>.
- Orta, David M., Salinas-Serrano, Daniel, Rowe, Brian H. y Yue, Kristopher, “Investment Treaty Arbitration in the Americas”, *The Arbitration Review of the Americas 2019, A Global Arbitration Review Special Report*, Law Business Research (2019).
- Paulsson, Jan, “Enclaves of Justice”, *Transnational Dispute Management*, No. 5 (jun. 2007), cit. en González de Cossío, *México ante el arbitraje CIADI: ¿prudente o rebelde?*, cit., p. 4.
- Poulton, Ed, Kryvoi, Yarik, Finkel, Ekaterina y Bednarz, Janek, *Corporate Restructuring and Investment Treaty Protections* (BIICL/Baker McKenzie, London, 2020), [biicl--baker-mckenzie--corporate-restructuring-and-investment-treaty-protections--2020.pdf](https://www.biicl.com/files/2020/06/biicl-baker-mckenzie-corporate-restructuring-and-investment-treaty-protections-2020.pdf).
- Reed, Lucy, Paulsson, Jan y Blackaby, Nigel, *Guide to ICSID Arbitration* (Kluwer Law International, The Hague, 2004).
- Rodríguez Jiménez, Sonia, *El Sistema Arbitral del CIADI* (Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2006).
- Salacuse, Jeswald W., “Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution”, *Fordham International Law Journal*, Vol.31, Issue 1 (2007), Article 6.
- Shihata, Ibrahim F.I., “Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 1, Issue 1, Spring 1986.
- Swissinfo.ch, “México se afianza como primer socio comercial de EE.UU. en la mitad de 2021” (5 de agosto de 2021), https://www.swissinfo.ch/spa/m%C3%A9xico-comercio_m%C3%A9xico-se-afianza-como-primero-socio-comercial-de-ee-uu--en-la-mitad-de-2021/46846626#:~:text=%2D%20M%C3%A9xico%20se%20afianz%C3%B3%20como%20el,primer%20socio%20comercial%20de%20EE.

- Talamás Velázquez, Ernesto, *Arbitraje de Inversión. Estándares y Garantías de Protección a la Inversión Extranjera* (1ª Ed., Thomson Reuters, Ciudad de México, 2017).
- Tejera Pérez, Victorino J., *Arbitraje de Inversiones en Venezuela* (Colección Estudios Jurídicos No. 97, Edit. Jurídica Venezolana, Caracas, 2012).
- Titi, Catharine, “Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas”, *Arbitration International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 30, No. 2 (2014).
- Usla, Héctor, “México se consolida como el principal socio comercial de EU”, *El Financiero* (9 de junio de 2019), <https://www.elfinanciero.com.mx/economia/2021/06/08/exportaciones-tiene-un-rebotote-y-mexico-se-afianza-como-principal-socio-comercial-de-eu/>.

Legislación

- EE.UU., Carta del Presidente de los EE.UU. de presentación del APPRI Ecuador-EE.UU. al Senado, No. S/S 9320385 (7 de septiembre de 1993), <https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43558.pdf>.
- Estados Unidos Mexicanos, Gobierno de México, Secretaría de Economía, *Capítulo de Inversión del T-MEC*, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/492765/Reporte-TMEC_n14-esp_20190909_b.pdf.
- Estados Unidos Mexicanos, Gobierno de México, Comercio Exterior, *Países con Tratados y Acuerdos firmados con México*, <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico>.
- Estados Unidos Mexicanos, Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 7 de junio de 1959, Diario Oficial de la Federación del 22 de junio de 1971.
- Estados Unidos Mexicanos, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Diario Oficial de la Federación del 20 de diciembre de 1993.
- Estados Unidos Mexicanos, Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de para la promoción y protección mutua de inversiones, 5 de diciembre de 2002, Diario Oficial de la Federación del 17 de enero de 2003.
- Estados Unidos Mexicanos, Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Australia sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, 21 de julio de 2007, Diario Oficial de la Federación del 12 de junio de 2007.

Estados Unidos Mexicanos, Decreto por el que se aprueba el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Diario Oficial de la Federación del 22 de junio de 2018.

Estados Unidos Mexicanos, Decreto Promulgatorio del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Diario Oficial de la Federación del 24 de agosto de 2018.

Estados Unidos Mexicanos, Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá, Diario Oficial de la Federación del 29 de julio de 2019.

Tratado entre el Gobierno de los EE.UU. y el Gobierno de la República de Ecuador sobre Promoción y la Protección de Inversiones, 11 de mayo de 1995, http://www.sice.oas.org/bits/usaec_s.asp.

Tratado entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la República de Albania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 1 de septiembre de 1995, <https://investmentpolicy.unc-tad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/9/albania---china-bit-1993->.

Laudos

OI European Group B.V. vs. Venezuela, caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo del 10 de marzo de 2015.

