



Preámbulo

No. 1 – 2023



CIERC

Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias
de la Universidad Monteávila



Preámbulo

No. 1-2023



Universidad Monteávila



CIERC

Centro de Investigación y Estudios para
la Resolución de Controversias

© **Preámbulo.**

Reservados todos los derechos

Preámbulo No. 1-2023 | Marzo 2023

Envío de convocatoria 15 de agosto de 2022

Recepción de artículos 10 de enero de 2023

Los trabajos se evaluaron mediante arbitraje abierto

Depósito Legal: MI2023000050

Caracas, Venezuela

RIF Universidad Monteávila: J-30647247-9

Preámbulo es una Revista de publicación anual

Preámbulo es una publicación de carácter científico, arbitrada, de frecuencia anual, dedicada a la difusión de los estudios e investigaciones de Derecho Privado Patrimonial, Arbitraje, Negociación, Mediación y demás medios de resolución de conflictos realizadas por los alumnos, egresados y profesores de los Programas de Estudios Avanzados dirigidos por el *Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*.

Preámbulo cuenta con una versión de acceso gratuito en la página web del *Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila* (www.cierc.com), y con una edición impresa de tapa blanda, la cual es distribuida a través de imprentas de formato *on demandy* librerías jurídicas especializadas.

Las Autoridades de la Universidad Monteávila, el Consejo Editorial y el Comité Académico de *Preámbulo* no se hacen responsables del contenido de los artículos, ni de las opiniones expresadas por sus autores, ya que las opiniones e ideas aquí expresadas pertenecen exclusivamente a ellos.

Preámbulo

Final Ave. Buen Pastor, Boleíta Norte, Caracas, Venezuela
cierc@uma.edu.ve

Teléfonos: (+58 212) 232.5255 / 232.5142 - Fax: (+58 212) 232.5623 Web:
www.uma.edu.ve / www.cierc.com

Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC)

Fernando Sanquírigo Pittevil
Director

Carmine Pascuzzo S.
Subdirector de Investigación

Adriana Vaamonde Marcano
Subdirector de Estudios

Consejo Editorial de Preámbulo

Rodrigo Farías Díaz
Director

Andrea Cruz Suárez
Subdirector

José Pedro Barnola Jr.
Coordinador del Consejo Editorial

Carlos Carieles Bolet
Secretario del Consejo Editorial

Alejandro Ramírez Padrón
Asistente del Consejo Editorial

Diego Castagnino
Asesor del Consejo Editorial

Comité Académico de Preámbulo

Milagros Betancourt C.
Geraldine Cardozo Ríos
Ramón Escovar Alvarado
Eugenio Hernández Bretón
José Ignacio Hernández G.
Claudia Madrid Martínez

Carmine Pascuzzo S.
Pedro Rengel Nuñez.
María Eugenia Salazar
Fernando Sanquírigo Pittevil
Adriana Vaamonde Marcano

Índice

Presentación.	vii
Nota Editorial.	ix
La mediación arrendaticia en el Estado de Jalisco, una nueva tendencia del mercado inmobiliario. José Pedro Barnola Jr.	1
La inmunidad y la responsabilidad civil del árbitro en el derecho venezolano. Juan Bautista Carrero	19
La idoneidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en el Metaverso. Carlos Carieles Bolet	39
Análisis del laudo Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI. Andrea Cruz Suárez	53
El concepto de inversión y la prueba Salini en los casos venezolanos ante el CIADI. Yarubith Escobar	65
¿Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista. Rodrigo Farías Díaz	81
Separabilidad del acuerdo arbitral en virtud de la violencia en el perfeccionamiento del contrato principal. Carol Jiménez López y María Palacios La Manna	103

Procedimiento arbitral y traba de la litis. 123
Pedro Rengel Núñez

Consideraciones sobre la mediación y el arbitraje en los
procedimientos de liquidación de la comunidad conyugal en 141
Venezuela.
José Nicolás Rinascente Vargas

Normas Editoriales de Preámbulo. 157

Presentación

La Universidad, más que un lugar donde se dictan clases, debe ser un espacio en donde las personas que hacen vida en ella realicen un sinnúmero de actividades académicas y de investigación, procurando siempre la enseñanza, la innovación, la búsqueda de la verdad y la excelencia.

Motivados por estos principios, diversos estudiantes de la segunda cohorte del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila se plantearon la idea de construir un espacio en donde los estudiantes, egresados y profesores de este programa – y de aquellos que estén por venir – puedan publicar sus trabajos de investigación realizados en el marco de sus estudios.

Es así como a comienzos del año 2022 la idea se materializa, comenzando a formarse un equipo editorial de estudiantes de distintas generaciones que puedan nutrir lo que esperamos que sea una publicación que incentive el estudio, investigación y discusión de los trabajos que allí se encuentren.

De esta manera nace Preámbulo, una publicación anual que esperamos sirva de punto de partida para la discusión de los novedosos temas de investigación que sus autores publican.

Rodrigo Farías Díaz
Director de Preámbulo

Nota Editorial

En los últimos años, el Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias se ha dedicado al fomento del estudio de los diversos métodos de resolución de controversias, y materias que le son afines, como lo es el derecho privado patrimonial. Así, parte de las actividades del CIERC ha estado enfocada en la promoción de diversos programas de estudios avanzados, y de producción editorial de investigaciones de altísimo nivel.

Entre la producción editorial se encuentran Principia, una revista bianual dedicada al estudio de los métodos de resolución de conflictos, en el que, la dirección editorial de la revista invita a los más destacados investigadores a preparar un trabajo relacionado con su área de investigación. También están, los recién publicados, Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana.

De igual forma, destacan los Programas de Estudios Avanzados en arbitraje, y otro recién estrenado, en derecho patrimonial privado. En esta tónica, vista la calidad de los trabajos que producen los estudiantes del PREA y la posibilidad de generar un nuevo espacio para discutir ideas relacionadas con los PREA promovidos por el CIERC, presentamos Preámbulo, un anuario ideado, impulsado y coordinado por los más destacados alumnos del Programa de Estudios Avanzados en arbitraje.

Preámbulo está ideado como un espacio de difusión de los temas que más interés han tenido los estudiantes de los PREA que impulsa el CIERC, y que, recomendados por los profesores, se publican para así seguir difundiendo los temas de mayor actualidad. También, Preámbulo busca proporcionar un espacio de difusión de los trabajos de investigación de los profesores y exalumnos de los PREA.

Es así que Preámbulo viene a ocupar un espacio importantísimo dentro de la producción editorial del CIERC, puesto que es un espacio propuesto por sus exalumnos, honrando a sus profesores y a los alumnos que han de recorrer el camino ya transitado por aquellos, proveyendo, entonces, herramientas muy valiosas para seguir fomentando el estudio de los temas propuestos, y además subiendo el nivel de los maravillosos profesionales que han confiado en el CIERC para seguir avanzando en sus carreras profesionales.

Desde el CIERC estamos agradecidos con la Dirección Editorial que se estrena con este No. 1 de Preámbulo, en especial con Rodrigo Farías Díaz, Carlos Carieles,

Andrea Cruz, José Pedro Barnola y Alejandro Ramírez, quienes, sin su compromiso, dedicación y esfuerzo esta publicación no hubiera sido posible.

Usualmente, en Principia, hasta el último número publicado, la nota editorial siempre ha comenzado dando la bienvenida al lector “Bienvenidos a Principia”. De esta forma, creo que, en Preámbulo, debemos dar una doble bienvenida, al lector que con la utilización de Preámbulo honra a sus autores, y a Preámbulo, puesto que llega a nosotros en un momento más que oportuno.

Bienvenido Preámbulo, y mucho éxito.

Fernando Sanquírigo Pittevil
Director del Centro de Investigación y Estudios
para la Resolución de Controversias

La mediación arrendaticia en el Estado de Jalisco, una nueva tendencia del mercado inmobiliario

José P. Barnola, jr *

pp. 1-17

Recibido: 31 Ago 2022

Aceptado: 10 Oct 2022

Resumen: Este trabajo analiza la práctica reciente en el Estado de Jalisco según la cual las partes de un contrato de arrendamiento de vivienda comienzan un procedimiento de mediación el mismo día de la celebración del contrato o poco tiempo después, cuyo procedimiento resulta en un convenio de método alternativo de resolución de controversias que tiene fuerza de cosa juzgada, los posibles riesgos asociados a dicha práctica y propone opciones para mitigarlos.

Palabras claves: Arrendamiento de vivienda | Jalisco | Mediación.

Abstract: This paper analyzes the recent practice in the State of Jalisco according to which the parties to a housing lease contract begin a mediation procedure on the same day the contract is signed or shortly thereafter, which procedure results in an alternative dispute resolution method agreement that has the force of res judicata and the potential risks associated with such practice and proposes options to mitigate the risks.

Keywords: Housing lease | Jalisco | Mediation.

* Abogado cum laude, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela, 1993). Especialista en Derecho Tributario cum laude, Universidad Central de Venezuela (1999). Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje, Universidad Monteávila (2022). 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). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y la International Fiscal Association. Consultor y litigante. Este trabajo fue presentado como trabajo de egreso del Programa Avanzado de Estudios en Arbitraje, 2ª Cohorte.

La mediación arrendaticia en el Estado de Jalisco, una nueva tendencia del mercado inmobiliario

Sumario

I. Introducción | II. Antecedentes | III. La Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco y la mediación | IV. El procedimiento de mediación | 1. Etapa preliminar | 2. Trámite | V. El convenio de mediación arrendaticia en el Estado de Jalisco | 1. El Convenio no resuelve una controversia pendiente o previene una controversia eventual | 2. El Convenio no contiene recíprocas concesiones, puede ser inequitativo y violar el derecho a la defensa del arrendatario | VI. Conclusiones y recomendaciones.

I. Introducción

El objeto de este trabajo es analizar la práctica reciente en el Estado de Jalisco (“Práctica”), que comenzó aproximadamente a finales de 2021, conforme a la cual las partes de un contrato de arrendamiento de vivienda acuden a un centro público o privado de justicia alternativa para iniciar un procedimiento de mediación el mismo día de la celebración del contrato o poco tiempo después. El procedimiento culmina con un convenio de método alternativo (“Convenio”) que tiene fuerza de cosa juzgada y cuyo incumplimiento apareja ejecución ante la jurisdicción ordinaria según el procedimiento de ejecución de sentencias.

El tema es reciente y no ha sido abordado por la jurisprudencia o la doctrina. Además, tiene una evidente utilidad práctica en el mercado de arrendamientos inmobiliarios de vivienda en el Estado de Jalisco y el análisis podría aplicarse a otros estados de la Unión¹.

¹ I.e., los Estados Unidos Mexicanos (“México”). En el ámbito federal, la Cámara de Diputados aprobó en 2017 la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (v. Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria del 12 de diciembre de 2017) y está pendiente la revisión de la Cámara de Senadores. Hasta 2021, 21 entidades federativas habían aprobado acciones concretas de implementación de los medios alternativos de solución de controversias, entre ellos: Chiapas, Guanajuato, Chihuahua, Coahuila, Colima, Veracruz, Estado de México, Puebla, Ciudad de México, Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo, Zacatecas, Aguascalientes, Querétaro, Jalisco, Baja California Norte y Sur y Morelos (v. Loretta Ortiz Ahlf, “Los Medios Alternativos de Solución de Controversias”, *Mediación. Temas Selectos*, Coord. Oscar Ortiz Salcedo y Eli Rodríguez Martínez (Ciudad

II. *Antecedentes*

En América Latina la tensión entre arrendadores y arrendatarios en los arrendamientos de viviendas es de larga data. Además de los intereses opuestos que son propios y naturales de una relación contractual sinalagmática perfecta, se añade en muchos países la cuestionable consideración que el arrendatario de un inmueble de vivienda es un débil jurídico que necesita protección frente al arrendador para garantizarle el derecho a una vivienda digna, usualmente de consagración constitucional². Eso se traduce en la intervención estatal en algunos países, como en Venezuela, mediante la promulgación de normas legales y sub-legales que establecen controles o regulaciones de los valores de los arrendamientos de vivienda; procedimientos administrativos para el desalojo del arrendatario en caso de incumplimiento; limitan o condicionan las causales de desalojo y/o, más recientemente, suspenden erga omnes los pagos de cánones de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda³. Lo anterior explica los esfuerzos de los arrendadores de encontrar vías para combatir, por una parte, los abusos de las prerrogativas de los arrendatarios en donde existen y, por la otra, lograr de forma expedita el pago de los cánones insolutos y/o daños y el desalojo del inmueble, en casos de incumplimiento del arrendatario y/o vencimiento del contrato de arrendamiento.

de México: Ed. Porrúa, 2021), 49 y Miguel Sarre, *Perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos con contenido patrimonial en México. Análisis a partir de su situación en el Distrito Federal y en los estados de Nuevo León, Oaxaca, Quintana Roo y Zacatecas* (Ciudad de México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento de Derecho, Centro de Estudios de Derecho Público, 2001), 19).

² V. la crítica, que compartimos, de José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 5ª ed., 3ª reimpression (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017), 22-23, al procedimiento durante el último siglo y medio de humanidad de “enmascarar bajo la idea de procurar una efectiva igualdad en los hechos entre los contratantes, una nueva legislación de orden público dirigida a proteger a los llamados ‘débiles jurídicos’ (trabajadores, inquilinos, consumidores, etc.) por la vía del establecimiento de un contenido mínimo necesario del contrato (salarios mínimos, precios o alquileres máximos, obligaciones de seguridad, exclusión de causales para la terminación unilateral del contrato por parte del presunto poderoso de la relación contractual, etc.).”

³ V., e.g., el Decreto Presidencial de la República Bolivariana de Venezuela No. 4.169 (Gaceta Oficial No. 6.522 Ext. del 23 de marzo de 2020) por el cual se dictó el “Decreto No. 03 en el marco del Estado de Alarma para atender la Emergencia Sanitaria del Coronavirus (COVID-19), por medio del cual se suspende el pago de los cánones de arrendamiento de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como Vivienda Principal”, su prórroga mediante Decreto Presidencial No. 4.279 (Gaceta Oficial No. 41.956 del 2 de septiembre de 2020) y el Decreto Presidencial No. 4.577 (Gaceta Oficial No. 42.101 del 7 de abril de 2021) que volvió a suspender, por seis meses desde el 7 de abril de 2021, el pago de los cánones de arrendamientos de inmuebles de uso comercial y de aquellos utilizados como vivienda principal.

En México no existen normas de orden público federales o locales para la regulación de la actividad privada en los arrendamientos de vivienda⁴ (o habitación, como los denomina el Código Civil del Estado de Jalisco⁵). Las autoridades administrativas no fijan los valores máximos de los cánones de arrendamiento que las partes pueden pactar, no existe el deber de arrendar viviendas deshabitadas, un procedimiento administrativo de desalojo ni limitaciones taxativas de las causales de desalojo. La regla general es que los contratos de arrendamientos de vivienda, como cualquier otro contrato civil, están sujetos a lo convenido por las partes y el Código Civil del Estado donde será ejecutado o surtirá efectos el contrato y donde está ubicado el inmueble⁶. En esos casos, las disputas entre las partes deben resolverse ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria, salvo que las partes hayan convenido un medio alternativo de resolución de controversias. A veces, sin embargo, la jurisdicción ordinaria puede resultar demasiado lenta para los arrendadores, particularmente en los casos de arrendamientos por períodos cortos⁷.

III. La Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco y la mediación

Como una respuesta del mercado de arrendamientos inmobiliarios de viviendas en el Estado de Jalisco ante la lentitud de la jurisdicción ordinaria y la necesidad de mayor dinamismo en el tráfico jurídico del arrendamiento de inmuebles de vivienda, se ha desarrollado la Práctica bajo la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco⁸

⁴ Como excepción a ese principio, en la Ciudad de México, el art. 60 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías de la Ciudad de México (Gaceta Oficial de la Ciudad de México del 8 de febrero de 2019) establece que, para evitar que los desalojos forzosos o lanzamientos (no limitados a los casos de contratos de arrendamiento de vivienda), violen, entre otros derechos, el derecho a una vivienda adecuada, podrán llevarse a cabo sólo en casos excepcionales. Antes de realizarse, las personas que serán desalojadas tienen el derecho a: no ser discriminadas; que se estudien todas las demás posibilidades que permitan evitar o minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza; la debida indemnización en caso de ser privados de bienes o sufrir pérdidas inmateriales y contar con las debidas garantías procesales, lo que incluye la obligación del juez de dar audiencia a las personas que puedan ser objeto de un lanzamiento de su domicilio. Las autoridades competentes deben garantizar el adecuado realojamiento, de las personas sin recursos desalojadas, en un radio no mayor a 15 KM tomando como centro el lugar de origen.

⁵ V. Código Civil del Estado de Jalisco, Sección Segunda del Periódico Oficial del Estado de Jalisco del 25 de febrero de 1995, última reforma publicada en el Periódico Oficial del 9 de abril de 2022, Capítulo IV (Del arrendamiento de bienes inmuebles), Sección Segunda (Del arrendamiento de inmuebles destinados a habitación), arts. 2038-2044.

⁶ V. Código Civil del Estado de Jalisco, arts. 2038-2044 y 15(II) y (V).

⁷ E.g., los arrendamientos de inmuebles de vivienda para su posterior sub-arrendamiento bajo la modalidad de “Bed and Breakfast”, esquema muy usado en México para fines turísticos, cuyo epitome es la plataforma AIRBNB (v. “Airbnb”, Airbnb, Inc., acceso el 19 de agosto de 2022, www.airbnb.com) [precisamente las tres últimas letras del nombre (BNB) provienen de la frase “bed and breakfast”].

⁸ V. Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, sección IX del Periódico Oficial del Estado de Jalisco, el 30 de enero de 2007, vigente desde el 01 de enero de 2009, disponible en: https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/u37/Ley%20de%20Justicia%20Alternativa%20del%20Estado%20de%20Jalisco_0.pdf

“Ley”). La Práctica, como se indicó, involucra un procedimiento de mediación. Así, las partes de un contrato de arrendamiento inmobiliario de vivienda acuden ante un centro de justicia alternativa para iniciar un procedimiento de mediación, con la particularidad notable de que lo hacen el mismo día de la firma del contrato de arrendamiento o muy poco tiempo después de esa fecha.

La Ley es de orden público, interés social y observancia obligatoria⁹. El objeto de la Ley es promover y regular los métodos alternos de resolución de controversias (i.e., arbitraje, conciliación, mediación y negociación) para la prevención y, en su caso, la solución de conflictos, la reglamentación de los centros públicos y privados que prestan los servicios de métodos alternativos de resolución de controversias (“Centros”) y regular la actividad que desarrollan los Centros en el Estado de Jalisco, bajo la supervisión del Instituto de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco (“Instituto”)¹⁰.

El Instituto es un órgano del Poder Judicial competente y rector en materia de medios alternativos de justicia, con autonomía técnica y administrativa¹¹. Entre otras atribuciones, al Instituto le corresponde desarrollar y promover una red de Centros como sistema de justicia alternativa en el Estado y registrar y sancionar los convenios realizados en los Centros para que sean considerados como sentencia ejecutoriada¹².

La Ley regula la mediación, entre otros medios alternativos de resolución de controversias, como un mecanismo voluntario, autocompositivo y no adversarial de resolución de controversias, mediante el cual, uno o más mediadores, quienes no tienen facultad de proponer soluciones, facilitan la comunicación entre los mediados en conflicto (solo pueden orientar e informar a los mediados sobre sus derechos y alcances jurídicos de las posibles soluciones), para que éstos acuerden una solución que ponga fin al conflicto, total o parcialmente¹³. Los arrendamientos de inmuebles para vivienda son asuntos de naturaleza civil susceptibles de transacción y, por lo tanto, las disputas en esos casos pueden ser resueltas por mediación¹⁴.

⁹ V. Ley, art. 1.

¹⁰ V. Ley, art. 2.

¹¹ V. Ley, art. 22.

¹² V. Ley, art. 23(II) y (V).

¹³ V. Ley, arts. 3(XIII) y 47. V. también Francisco Fernández de Cossío, “Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área”, *Ars Juris* 29-30 (2003): 7. Disponible en: <http://gdea.com.mx/PDF/arbitraje/CONCILIACION%20EN%20MEXICO.pdf>, consultado el 19 de agosto de 2022. (“La mediación es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en la misma colabora con las partes guiando las negociaciones con la finalidad de que las partes mismas logren llegar a un acuerdo que solucione la controversia”).

¹⁴ V. Ley, art. 5.

IV. El procedimiento de mediación

El procedimiento en materia de medios de justicia alternativa bajo la Ley, aplicable a la mediación, consta de dos fases, la Etapa Preliminar y el Trámite, que se desarrollan mediante sesiones orales, comunes o individuales¹⁵. Por su confidencialidad, no se levanta acta o constancia de su contenido ni de las exposiciones de los participantes (con excepción del acuerdo inicial y el convenio que ponga fin al conflicto o parte de éste, que se asientan por escrito)¹⁶. Las declaraciones y manifestaciones de las partes en el procedimiento alternativo carecen de valor probatorio y no pueden emplearse en un procedimiento judicial¹⁷.

1. Etapa preliminar

La parte interesada o su representante legal o el Ministerio Público pueden iniciar el procedimiento¹⁸. El interesado debe presentar ante el Centro o su sede regional una petición verbal o escrita, indicando los antecedentes de la controversia, el nombre y domicilio de la contraparte (denominada “parte complementaria”), terceros interesados (en su caso) y la declaración de someterse voluntariamente a resolver su asunto a través de alguno de los medios de justicia alternativa¹⁹.

Una vez que el Centro estudia la solicitud de servicios de alguno de los medios de justicia alternativa, determinará la viabilidad del más adecuado para la solución de la situación planteada. De ser procedente, notificará por escrito esa determinación al solicitante, normalmente a través de un acto denominado “Determinación de Viabilidad” o nombres similares y, en su caso, invitará a los demás interesados a la entrevista inicial²⁰.

La entrevista inicial se llevará a cabo con la sola presencia de la parte complementaria, o de ambas a juicio del prestador del servicio²¹. En el caso de

¹⁵ V. Ley, art. 45.

¹⁶ Id.

¹⁷ Id.

¹⁸ V. Ley, art. 43. También puede iniciarse por remisión de la autoridad judicial, pero sólo respecto de los procesos o juicios que se encuentren bajo su jurisdicción (id.)

¹⁹ V. Ley, art. 44. El Centro puede entregar la invitación a través de cualquier persona o medio cuando ello facilite la aceptación de la parte complementaria a acudir a la entrevista inicial (Ley, art. 51). De presentarse algún inconveniente en la entrega de la invitación, el notificador se constituirá en el domicilio particular o sitio de localización de la parte complementaria para hacer entrega formal del original de la invitación en sobre cerrado. Si un familiar, vecino o compañero de trabajo de la persona invitada recibe la invitación, el notificador debe dejar constancia de esa circunstancia para ser anexada al legajo correspondiente (Ley, art. 52). Cuando la parte invitada no concurra a la entrevista inicial se podrá girar otra invitación a petición expresa de la parte interesada y si no acude de nuevo a la segunda invitación, se archivará la solicitud, sin perjuicio de que lo soliciten posteriormente de común acuerdo (Ley, art. 53).

²⁰ V. Ley, art. 50.

²¹ V. Ley, art. 55.

mediación, el prestador del servicio es el mediador²². Las partes pueden asistir a la entrevista inicial acompañadas de su asesor jurídico o por medio de representante²³. En el último caso, deberá hacerse constar el documento con el que el representante acredita dicho carácter y anexas copia certificada del mismo al legajo correspondiente²⁴. En la entrevista inicial, el mediador debe presentarse ante los entrevistados, agradecer la asistencia de las partes y explicar a los presentes:

1. Los antecedentes y objetivos de la reunión;
2. Las etapas en que consiste el procedimiento;
3. Los efectos del convenio de método alternativo (i.e., el convenio de mediación);
4. El papel del mediador;
5. Las reglas que deben observarse durante el procedimiento;
6. El carácter voluntario, profesional, neutral, confidencial, imparcial, ágil y equitativo del procedimiento;
7. El carácter gratuito del procedimiento, tratándose de un Centro público, o la forma de fijar los honorarios, si se trata de un Centro privado; y
8. Invitar a las partes para que con la información proporcionada elijan el método de justicia alternativa que estimen más adecuado a su asunto y fijen las reglas y duración para el trámite elegido y lo plasmen en el acuerdo inicial. Si las partes no aceptan ninguno de los medios alternativos propuestos, se dará por concluido el trámite²⁵.

2. Trámite

Si las partes aceptan voluntariamente alguno de los medios alternativos propuestos, se asentará constancia por escrito del acuerdo inicial y del pacto de confidencialidad²⁶. La duración del procedimiento es de hasta dos meses, pudiendo prolongarse por uno más si a juicio de las partes y el mediador se considera conveniente²⁷.

Inmediatamente después de que hubiere acuerdo de las partes y la conformidad del mediador respecto sobre el procedimiento, se podrá desahogar o sustanciar la

²² Definido en el art. 3(XVIII) de la Ley (“Prestador del servicio: Se considera al mediador, conciliador o árbitro que interviene en el procedimiento de los medios alternos de justicia previstos en esta ley”).

²³ Id.

²⁴ V. Ley, art. 64.

²⁵ V. Ley, art. 56.

²⁶ V. Ley, art. 57.

²⁷ V. Ley, art. 58.

sesión de conocimiento del conflicto o se señalará la hora y fecha correspondientes para ello²⁸. En la sesión de conocimiento del conflicto²⁹:

1. El mediador explicará la naturaleza y origen del conflicto, sin hacer señalamientos de responsabilidad. El mediador no puede formular sugerencias, pero debe orientar e informar a los mediados sobre sus derechos y alcances jurídicos de las posibles soluciones³⁰;
2. Las partes deberán manifestar sus puntos de vista respecto al conflicto y las consecuencias, pudiendo solicitar las aclaraciones que consideren necesarias;
3. Una vez que las partes consideren suficientemente explicada la naturaleza y origen del conflicto, si el mediador estima que existen condiciones para desahogar la fase de resolución de conflicto, ésta se llevará a cabo según la ley;
4. Se levantará un resumen de lo más destacado de la sesión o de los acuerdos a los que se hubieren llegado, en su caso; y
5. Si fuere necesario, se fijará día y hora para la siguiente sesión³¹.

Los acuerdos que se propongan deberán ser viables, equitativos, legales y convenientes y serán examinados por los participantes³². Las partes podrán solicitar al mediador un término hasta de tres días hábiles para tomar una decisión respecto de la aceptación, variación o rechazo del acuerdo propuesto en la sesión y, aceptado éste último, se firmará el convenio final. Concluido el lapso de tres días hábiles indicado, dentro de un término máximo de tres días hábiles siguientes, el mediador solicitará ante el Instituto la sanción del convenio final, notificando su resolución personalmente a las

²⁸ V. Ley, art. 59. NB: las leyes en México usan el término “desahogar” como sinónimo de sustanciar o celebrar un acto de procedimiento o de evacuar una prueba. V., e.g., Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, art. 78 (“En ningún caso se entregarán los autos a las partes, para que los lleven fuera del tribunal. Las frases ‘dar vista’ o ‘correr traslado’, sólo significan que los autos quedan en la Secretaría para que se impongan de ellos los interesados, se les entreguen copias, tomar apuntes, alegar o glosar cuentas. Queda exceptuado de lo anterior cuando el Juzgador ordene dar vista o citar para desahogo de audiencia al Agente de la Procuraduría Social, ordenará se corra traslado de los autos originales previo acuse de recibido, hasta por cinco días al Agente de la Procuraduría Social en el domicilio de la institución, para que se imponga de los mismos y esté en posibilidad de manifestar lo que en derecho corresponda.”) y art. 297 (“En la audiencia de pruebas y alegatos, el juez señalará las que se admitan sobre cada hecho, teniendo por desahogadas aquellas que no requieran preparación especial y señalando, en su caso, el día y hora en que tendrán desahogo las que así lo requieran...”).

²⁹ V. Ley, art. 61.

³⁰ V. Ley, art. 47.

³¹ Id.

³² V. Ley, art. 60.

partes, y en caso de haber sido aprobado, registrarlo en sus archivos como convenio equiparado a sentencia ejecutoriada³³.

El Convenio parcial o total resultante, además de los requisitos establecidos en la legislación que regule la materia del conflicto, deberá:

1. Constar por escrito³⁴;
2. Señalar hora, lugar y fecha de su celebración, los aspectos generales de las partes, así como el documento oficial con el que se identifiquen;
3. Especificar el contenido del acuerdo en forma clara y precisa, detallando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cumplirán con las obligaciones contraídas por cada una de las partes; y
4. Contener la firma de las partes, el mediador y sanción del Instituto³⁵.

El Centro debe enviar el Convenio firmado al Instituto para que éste lo ratifique³⁶. El Convenio ratificado y sancionado por el Instituto se considera como sentencia que hubiere causado ejecutoria, con todos los efectos que para la ejecución forzosa de la sentencias prevén las leyes³⁷. Así, en caso de incumplimiento por parte del arrendatario, el arrendador puede solicitar ante el Juez de Primera Instancia la ejecución del Convenio según el procedimiento de ejecución de sentencias³⁸. El Juez debe señalar al deudor el término improrrogable de cinco días para el cumplimiento, vencido el cual procede el embargo y secuestro de bienes del deudor y el posterior remate judicial y/o el desalojo y entrega del inmueble³⁹.

V. El convenio de mediación arrendaticia en el Estado de Jalisco

La motivación del arrendador es obtener el Convenio, que es un título jurídico con efecto de cosa juzgada. La motivación del arrendatario de aceptar el procedimiento de mediación que, como se indicó, comienza el mismo día de la firma del contrato de arrendamiento o poco tiempo después, es poder celebrar el contrato de arrendamiento, que probablemente de otra manera no estaría disponible.

³³ V. Ley, art. 62.

³⁴ En por lo menos cuatro ejemplares, ya que debe entregarse un ejemplar a cada una de las partes, uno se queda en los archivos del Centro y otro en el Instituto que lo sancionó.

³⁵ Cuando alguna de las partes no sepa o no pueda firmar, estamparán sus huellas dactilares, firmando a su ruego persona de su confianza, dejándose constancia de ello (v. Ley, art. 66).

³⁶ V. Ley, art. 62.

³⁷ V. Ley, art. 72.

³⁸ V. Ley, art. 75 y Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, Periódico Oficial del Estado de Jalisco del 24 de diciembre de 1938, última reforma publicada en el Periódico Oficial del 6 de julio de 2021, art. 477 y ss.

³⁹ V. Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, arts. 481 y ss.

La Práctica tiene el riesgo de que el arrendatario demande la nulidad del Convenio o se excepcione con el mismo argumento en caso de ejecución. En efecto, una vez firmado y refrendado el Convenio:

“...no sería posible su ejecución, cuando el convenio no esté apegado a derecho o sea evidentemente violatorio de derechos humanos o que los acuerdos a los que llegaron los mediados sean gravemente inequitativos y evidentemente desproporcionados que violen el principio de equidad, de tal forma que la parte ejecutada pueda plantearle esa situación como defensa al juez al que se le solicite la ejecución, y se vea obligado a revisar el fondo del convenio⁴⁰.”

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que:

“...la autoridad y eficacia de cosa juzgada entre las partes, que se dice otorgada a los convenios celebrados por los llamados mediados en dichos procedimientos, no impide que en la fase de ejecución, el juez pueda y deba revisar, ex officio, si los intereses ordinarios o moratorios, pactados en la relación jurídica original o en la transacción son usurarios por ser violatorios de derechos humanos, y que la parte ejecutada pueda plantear la cuestión como defensa. Es muy importante resaltar que la enunciación legal de que estos convenios tienen la eficacia de la cosa juzgada, no los identifica con las sentencias definitivas emitidas por los tribunales judiciales en procesos jurisdiccionales, ya que los convenios están acotados por diversas e importantes limitaciones, esto es que sólo pueden versar sobre los derechos privados disponibles de las partes, pero no sobre intereses o derechos de orden público, por ser éstos de carácter irrenunciable; de modo que esas convenciones, como actos de particulares, son susceptibles de inexistencia jurídica, medularmente por falta de objeto lícito, y por otros motivos; también pueden ser nulos por las causas generales establecidas en la ley para los contratos, así como las específicas para la transacción⁴¹.”

Hasta 2008, el fundamento jurídico del convenio de mediación en México era el contrato de transacción⁴². A partir de ese año, con la reforma de la Constitución⁴³, su fundamento adquirió además rango constitucional. Esa reforma incluyó este texto

⁴⁰ V. Ana Martha Alvarado Riquelme, *Mediación. Justicia Alternativa y Formal. Puntos de Encuentro* (Ciudad de México: Ed. Porrúa, 2021), 113.

⁴¹ V. Suprema Corte de Justicia de la Nación, [TA]; I.4°. C.45 C. 10ª Época; T.C.C.; Semanario Judicial de la Federación, Libro 38, Enero de 2017; Tomo IV, p. 2509, Registro 2 013 508, Amparo en revisión 50/2016. 08 de septiembre de 2016, Mayoría de votos. Disidente: Ethel Lizette del Carmen Rodríguez Arcovedo. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Norma Leonor Morales González, en materia de intereses exagerados o usurarios establecidos en un convenio de mediación (Legislación aplicable en la Ciudad de México).

⁴² La transacción es un contrato por el cual “las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia pendiente o previenen una futura” (v. Código Civil del Estado de Jalisco, art. 2633). Con idéntico texto, v. art. 2944 del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) (Diario Oficial de la Federación del 02 de marzo de 2021).

⁴³ V. Constitución Política de México, Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008.

en el párrafo quinto del artículo 17: “*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.*” La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado que la justicia alternativa constituye un derecho humano de rango constitucional⁴⁴. La regulación concreta está en varias leyes sustantivas locales, como la Ley⁴⁵.

Las concesiones mutuas son de la esencia del contrato de transacción⁴⁶. Aunque según la Ley el convenio de mediación es un contrato a través del cual las partes dirimen o previenen total o parcialmente un conflicto⁴⁷ y no exige expresamente las recíprocas concesiones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha declarado que el convenio de mediación también implica recíprocas concesiones⁴⁸.

⁴⁴ V. Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis publicada el 18 de octubre de 2019, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 71, octubre de 2019, T. IV, p. 19, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 935/2018. Luz María del Carmen Zariñana Garduño, 30 de enero de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Paula María García Villegas Sánchez Cordero. Secretaria: María Alejandra Suárez Morales (“JUSTICIA ALTERNATIVA. CONSTITUYE UN DERECHO HUMANO DE RANGO CONSTITUCIONAL. La reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, encuentra sustento en lograr que la justicia sea impartida de manera rápida y eficaz. El Poder Reformador de la Constitución estimó que los justiciables tuvieran la posibilidad de acceder a los métodos alternativos de solución de conflictos como una opción al proceso jurisdiccional, para fomentar la cultura del diálogo, el respeto por el otro, la agilidad y eficacia, entre otros, que los medios alternativos tienen. Con esta reforma constitucional, el Estado deja de tener el monopolio para dirimir las controversias entre particulares y da cabida a los medios alternativos para resolver los conflictos, para que de una forma expedita y de fondo, las partes con ayuda de terceros imparciales, resuelvan expedita, equitativa y flexiblemente los conflictos. De modo que la importancia y trascendencia de la citada reforma es elevar a rango constitucional el derecho humano de acceso a los medios alternativos de justicia de naturaleza civil, para que los conflictos se resuelvan de una manera rápida, ágil, pacífica y eficaz, al ser herramientas para revolucionar el sistema tradicional de justicia, los cuales derivan de lo establecido en el párrafo quinto del artículo 17 de la Constitución Federal”).

⁴⁵ V. Alvarado Riquelme, op. cit., p. 89, 96 y 120-121.

⁴⁶ V. Jorge Alfredo Domínguez Martínez, *Derecho Civil. Contratos*, 6ª ed., (Ciudad de México: Ed. Porrúa, 2019) 715 (“Esas concesiones mutuas son elemento indispensable para entender la esencia y la dinámica de la transacción, esta solo así se explica”).

⁴⁷ V. Ley, art. 3(XI) (“Convenio Final del Método Alternativo: Es el Convenio suscrito por las partes que previene o dirime en forma parcial o total un conflicto”).

⁴⁸ V. Suprema Corte de Justicia de la Nación, [TA]; T.C.C.; I.3º. C.394 C; 10ª Época; Semanario Judicial de la Federación; Publicación: viernes 8 de noviembre de 2019 10:19 h Registro N° 2 020 953, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 935/2018. Luz María del Carmen Zariñana Garduño. 30 de enero de 2019. Unanimidad de votos. Ponente: Paula María García Villegas Sánchez Cordero. Secretaria: María Alejandra Suárez Morales (“CONVENIO DE MEDIACIÓN. SUS CARACTERÍSTICAS Y EJECUTABILIDAD. El convenio de mediación es un acuerdo de voluntades donde concurren las intenciones con las necesidades de las partes y, al igual que en el contrato, el consentimiento se manifiesta como elemento existencial. En dicho convenio con la ayuda del mediador, los mediados se

Para la validez de un contrato bajo el Código Civil del Estado de Jalisco, se requieren el consentimiento de las partes y el objeto que pueda ser materia del contrato⁴⁹. Un contrato puede ser invalidado por incapacidad, por vicios del consentimiento, porque su objeto o causa son ilícitos y por defectos en la forma establecidos por la ley⁵⁰.

Para que exista un conflicto, disputa o controversia actual, inminente o potencial, es necesario que existan dos o más partes con posiciones contrapuestas sobre una relación o situación jurídica, específicamente sobre los hechos, el derecho aplicable y/o las consecuencias jurídicas⁵¹. El objeto jurídico de un convenio de mediación es la resolución o prevención del conflicto⁵² y debe ser “sobre derechos disponibles, que no contravengan el orden público y que no sea contrario a derecho⁵³.” El objeto material de un convenio de mediación son las obligaciones de dar, hacer y no hacer previstas en el convenio⁵⁴. El Convenio, producto de un procedimiento de mediación que comienza el mismo día de la firma del contrato de arrendamiento o poco tiempo después y que sólo establece obligaciones para el arrendatario, podría estar viciado de nulidad porque carece de objeto. Así:

hacen recíprocas concesiones, terminan una controversia o previenen una futura, declarando o reconociendo los derechos que son objeto de sus diferencias. El convenio también puede ser una carta de intención, un proyecto de vida, un código particular o acuerdos que ayuden a recuperar el futuro y a construir la historia de cada uno de los mediados. El convenio de mediación tiene fuerza ejecutiva dentro del procedimiento de mediación como medio alternativo de justicia, pues la solución a la que llegan los mediados, con ayuda de un tercero neutral e imparcial, adquiere la autoridad de cosa juzgada. Esto es, dicha decisión es ejecutable si no se cumple voluntariamente por los mediados; por ello, en caso de que voluntariamente no se cumpla, su materialización debe ser estrictamente acatada y vigilada por el Juez formal, quien tiene la obligación legal de vigilar su cumplimiento.” (subrayado nuestro). En el mismo sentido, bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Naciones Unidas, Viena, 2019), si bien no ha sido ratificada por México, el acuerdo resultante de un procedimiento de mediación es una transacción (v. especialmente el art. 1, que usa el término transacción como equivalente del acuerdo resultante de una mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial).

⁴⁹ V. Código Civil del Estado de Jalisco, art. 1264(I) y (II).

⁵⁰ V. Código Civil del Estado de Jalisco, art. 1265.

⁵¹ Cfr. Marcelo Gobbi y Roberto E. Padilla, *Negociación y Mediación. Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna* (Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1997), 117 (“En un sentido jurídico, el conflicto se manifiesta como una contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se produce cuando respecto de un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión por un lado y una resistencia por el otro”).

⁵² V. Luis Manuel C. Meján, *Contratos Civiles. Ayuda de Memoria*, (Ciudad de México: Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Oxford, 2016), 188 y Domínguez Martínez, op. cit., p. 718.

⁵³ V. Alvarado Riquelme, op. cit., p. 90.

⁵⁴ Id.

1. El Convenio no resuelve una controversia pendiente o previene una controversia eventual

En la práctica el Convenio establece normalmente que el incumplimiento del contrato de arrendamiento es un incumplimiento del Convenio, que las causales de incumplimiento del Convenio son las mismas causales de incumplimiento del contrato de arrendamiento y no establece supuestos de incumplimiento para el arrendador. En ese caso ¿cuál es la controversia actual, inminente o potencial que las partes someten a mediación el mismo día de la firma del contrato de arrendamiento o poco tiempo después, si la relación contractual está comenzando? El Convenio presupone, como conflicto potencial que las partes previenen, que el arrendatario incumplirá sus obligaciones. Si se revisan los supuestos de incumplimiento previstos usualmente en el Convenio⁵⁵, muy difícilmente podría concluirse que en ese momento hay una relación jurídica incierta y/o controvertida (actual o potencial):

1. Declaraciones falsas o inexactas del arrendatario al momento de celebrar el contrato de arrendamiento. Al momento de firmar el Convenio está comenzando la relación arrendaticia y, en todo caso, el arrendador, con la diligencia de un buen padre de familia, ha debido verificar la veracidad y exactitud de las declaraciones del arrendatario antes de firmar el contrato de arrendamiento.
2. Incumplimiento del pago del canon de arrendamiento por uno o más meses o pago efectuado en términos distintos a los pactados. Nuevamente, al comienzo de la relación arrendaticia, si es por meses adelantados, el arrendatario habrá pagado el primer mes de arrendamiento al momento de la firma del contrato, por lo que difícilmente habrá una disputa actual o inminente sobre ese tema y, si es por meses vencidos, el primer mes de arrendamiento aún no es exigible.
3. Daños al inmueble; uso del inmueble para un fin distinto para el cual fue contratado, actividades ilícitas dentro del inmueble; modificaciones sustanciales a la estructura del inmueble sin la autorización del arrendador;

⁵⁵ Bajo el art. 2005 del Código Civil del Estado de Jalisco, las obligaciones del arrendatario son: I. Satisfacer la renta en la forma y tiempo convenidos; II. Responder de los daños que el bien arrendado sufra, por su culpa o negligencia, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios; III. Utilizar el bien solamente para el uso convenido o conforme a la naturaleza y destino de él; IV. Poner en conocimiento del arrendador, en el término más breve posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya hecho o abiertamente prepare en el bien arrendado. En caso de no hacerlo, responderá de los daños y perjuicios que pueda ocasionar al arrendador con su omisión; V. Recibir del arrendador, los documentos que acrediten el pago de la renta, pudiendo consignarlo, cuando el arrendador se niegue a entregarlos; VI. Desocupar el bien, en caso de arrendamiento de inmuebles, y entregarlo al arrendador una vez cumplido el plazo fijado en el contrato o en la ley; y VII. Pagar las cantidades que resulten con motivo de los servicios con que cuente el bien material del arrendamiento, y al término de dicho contrato, entregar al arrendador la documentación que acredite que no se dejan deudas por tales conceptos, si no hubo convenio expreso.

subarrendamiento, traspaso o enajenación del inmueble o cesión del contrato de arrendamiento sin la autorización del arrendador; incumplimiento del reglamento de condominio e incumplimiento de cualquier otra obligación bajo el contrato de arrendamiento. Aunque teóricamente posible, es muy difícil que en la práctica un arrendatario incurra en esos incumplimientos el mismo día de la firma del contrato de arrendamiento o poco tiempo después.

4. Falta de desocupación del inmueble a la terminación del contrato. No puede concebirse una disputa actual o potencial sobre la desocupación del inmueble al comienzo del contrato de arrendamiento, porque en ese momento la obligación no es exigible.

2. El Convenio no contiene recíprocas concesiones, puede ser inequitativo y violar el derecho a la defensa del arrendatario

El Convenio solamente establece supuestos de incumplimiento para el arrendatario, por lo que no contiene recíprocas concesiones del arrendador (i.e., no establece, por lo menos, supuestos de incumplimiento para el arrendador). Al no contemplar los incumplimientos del arrendador, el Convenio podría calificar como gravemente inequitativo⁵⁶. El Convenio podría constituir además una violación del derecho a la defensa del arrendatario, que es un Derecho Humano fundamental. En efecto, si el arrendador incumple alguna de sus obligaciones, el arrendatario estaría en evidente desventaja, porque tendría que presentar una demanda ante la justicia ordinaria para exigir el cumplimiento (a menos que se haya contemplado un medio alternativo de solución de controversias en el contrato de arrendamiento), en comparación con el arrendador que, frente a un incumplimiento del contrato de

⁵⁶ Bajo el art. 1995 del Código Civil del Estado de Jalisco, el arrendador está obligado, aunque no haya pacto expreso, a: I. Transmitir el uso o goce temporal del bien, entregándolo al arrendatario, con todas sus pertenencias y en estado de servir para el uso convenido y, si no hubo convenio expreso, para aquél a que por su naturaleza estuviese destinado y; sin adeudo alguno por concepto de servicios con que cuente el mismo, salvo pacto en contrario. El bien deberá entregarse en condiciones que ofrezcan al arrendatario la higiene y seguridad del mismo; II. Conservar el bien arrendado en el mismo estado, durante el arrendamiento, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias que no se deban a la negligencia o mal uso del arrendatario; III. No estorbar ni poner dificultades de manera alguna para el uso del bien arrendado, a no ser por causa de reparaciones urgentes e indispensables y no modificar la forma del mismo; IV. Garantizar el uso o goce pacífico del bien, por todo el tiempo que dure el contrato; V. Garantizar una posesión útil del bien arrendado, respondiendo de los daños y perjuicios que sufra el arrendatario por los defectos o vicios ocultos del bien, anteriores al arrendamiento; VI. Responder de los daños y perjuicios que se causen al arrendatario en el caso de que el arrendador sufra la evicción del bien arrendado. En caso de que ésta se dé habiendo mala fe del arrendador, la indemnización en ningún caso será inferior al importe de tres meses de rentas; VII. Devolver al arrendatario el saldo que hubiese a su favor al terminar el contrato de arrendamiento; y VIII. Entregar al arrendatario los documentos que acrediten el pago de la renta.

arrendamiento por parte del arrendatario (que es un incumplimiento del Convenio), puede ejecutar el Convenio directamente.

Finalmente, el Convenio impide al arrendatario defenderse o excepcionarse ante los incumplimientos del arrendador y, especialmente, le impide oponer la excepción de contrato no cumplido⁵⁷. Así, frente a un incumplimiento del arrendador de sus obligaciones de garantizar el uso y goce pacífico y la posesión útil del bien arrendado, conservar el bien arrendado, responder por perturbaciones de terceros, etc., el arrendatario no podría suspender el pago del canon, pues sería inmediatamente desalojado por incumplimiento del Convenio, con lo cual el principio de buena fe peligraría gravemente⁵⁸.

VI. Conclusiones y recomendaciones

La Práctica parece una solución ideal para los arrendadores de inmuebles de vivienda en el Estado de Jalisco, ya que les permite obtener el Convenio, un título jurídico que, en caso de incumplimiento del arrendatario, apareja su ejecución sin necesidad de presentar una demanda y seguir el juicio ordinario, con el consiguiente ahorro de tiempo y costos. Sin embargo, existe el riesgo de que un arrendatario demande la nulidad del Convenio (i) por falta de objeto y/o (ii) porque el Convenio puede ser considerado gravemente inequitativo y violatorio del derecho de defensa, o se excepcione, en caso de ejecución, con los mismos argumentos. El riesgo debería disminuirse si el contrato de arrendamiento establece una cláusula de mediación obligatoria conforme a la Ley (amén de otros posibles métodos alternativos de solución de controversias, individuales o mediante cláusulas escalonadas), si el procedimiento de mediación comienza por lo menos un tiempo razonable después de la firma del

⁵⁷ V. Ernesto Gutiérrez y González, *Derecho de las Obligaciones*, 24ª ed. (Ciudad de México: Ed. Porrúa, 2022), 667-677 (“...se conocía y se sigue conociendo a esta excepción, con el nombre de ‘*exceptio non adimpleti contractus*’, o excepción de contrato no cumplido, y elaboré este concepto: es el derecho que tiene la víctima de un hecho ilícito, para negarse a cumplir las prestaciones que ella asumió, mientras su contraparte no cumpla las que le corresponden. Es una defensa para no ejecutar el contrato, mientras el otro contratante no le cumple”).

⁵⁸ V. Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones*, 21ª ed., (Ciudad de México: Ed. Porrúa, 1998), 192 (“Según el principio de la buena fe, la ley regula de dos maneras distintas los contratos bilaterales y los unilaterales. En los contratos bilaterales el principio de la buena fe se manifiesta como reciprocidad y una demostración evidente la tenemos en que las prestaciones deben ser equivalentes; si se rompe la equivalencia, se considera que hay lesión. Ahora bien, la equivalencia no significa, como es evidente, igualdad; toda equivalencia supone que hay un margen de tolerancia que permite desigualdad en los valores de la contratación; si esta desigualdad no existiera, carecería de objeto propiamente el contrato. Si hubiese una igualdad matemática para cambiar cosa por cosa, la permuta perdería todo interés y objeto. Además, como el cambio no se opera sobre objetos iguales, sino que se lleva a cabo entre cosas y dinero, cosas y servicios y cosas de distinta calidad, cabe una desigualdad, pero sin romper el principio de equivalencia y de reciprocidad. También se aplica el principio de la buena fe en los contratos bilaterales, estatuyendo que si una parte no cumple su obligación, carecerá de derecho para exigir a la otra el cumplimiento; en consecuencia, ésta siempre podrá oponer la excepción de contrato no cumplido”).

contrato de arrendamiento (no existe una regla específica, pero pensamos que un mes debería ser un plazo suficiente para poder determinar si existe al menos una potencial controversia sobre el contrato de arrendamiento y el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes) y, finalmente, si el Convenio establece la recíproca concesión del arrendador, especialmente que el incumplimiento de las obligaciones del arrendador previstas en el contrato de arrendamiento constituyen también incumplimientos del Convenio y que el arrendatario puede oponer, en caso de ejecución del Convenio, la excepción de contrato no cumplido.

La inmunidad y la responsabilidad civil del árbitro en el derecho venezolano

Juan Bautista Carrero Marrero *

pp. 19-37

Recibido: 14 Nov 2022

Aceptado: 08 Dic 2022

Resumen: En el ejercicio de sus funciones los árbitros podrían cometer errores e incumplimientos. A la vez que, la parte perdedora del procedimiento, o incluso ambas partes, podrían quedar insatisfechas con el contenido del laudo e intentar canalizar su disconformidad mediante acciones dirigidas directamente contra el árbitro. Por ello, el estudio de la responsabilidad civil del árbitro es de gran importancia. Sin embargo, en el derecho venezolano no existe una normativa legal específica que la regule, ni criterios jurisprudenciales que desarrollen esta materia. En este contexto, el presente trabajo hace un análisis crítico de la normativa legal venezolana que regula el tema de la responsabilidad civil general, a la luz de la especial naturaleza jurídica de la función jurisdiccional de origen contractual que cumple el árbitro, en aras de determinar los alcances de su responsabilidad civil y los requisitos que se deben cumplir para hacerla efectiva.

Palabras claves: Responsabilidad civil | Árbitro | Inmunidad | Dolo | Negligencia grave.

Abstract: In the exercise of their functions, arbitrators could commit errors and breaches. At the same time, the losing party of the procedure, or even both parties, could be dissatisfied with the content of the award and try to channel their disagreement through actions directed directly against the arbitrator. Therefore, the study of the civil liability of the arbitrator is of great importance. However, in Venezuelan law there is no specific legal regulation that regulates it, nor jurisprudential criteria that develop this matter. In this context, the present work makes a critical analysis of the Venezuelan legal regulations that regulate the subject of general civil liability, in light of the special legal nature of the jurisdictional function of contractual origin that the arbitrator

* Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Financiero por la misma Universidad (Cum Laude). Egresado de los Programas de Gerencia del Conflicto, Negociación, Mediación y Arbitraje, y Desarrollo Gerencial del IESA, Caracas. Así como, del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila, Caracas. Ex profesor de Derecho Administrativo. Árbitro Independiente. Consultor y Litigante.

fulfills, in order to determine the scope of their civil liability and the requirements that must be met to make it effective.

Keywords: Civil liability | Arbitrator | Immunity | Malice | Gross negligence.

La inmunidad y la responsabilidad civil del árbitro en el derecho venezolano

Sumario

I. Introducción | II. El punto de partida. La cláusula de arbitraje el contrato de árbitro y la naturaleza jurídica de la labor arbitral | III. La inmunidad del árbitro | IV. Origen de la responsabilidad del árbitro | 1. Las fuentes de las obligaciones del árbitro | 2. Las obligaciones del árbitro | 3. El incumplimiento de las obligaciones por parte del árbitro | V. Determinación de la responsabilidad del árbitro | 1. Responsabilidad derivada del Laudo dictado por dolo o negligencia grave | 2. Responsabilidad derivada de otros incumplimientos contractuales | 3. Elementos de la responsabilidad civil del árbitro | 4. La presunción de inocencia y buena fe | 5. Causas eximentes y atenuantes de la responsabilidad civil | VI. Consideraciones finales | VII. Conclusiones.

I. Introducción

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos por medio del cual las partes le encomiendan la decisión de sus disputas a uno o más árbitros^{1 2}.

Como en toda actividad humana, en el ejercicio de sus funciones los árbitros podrían cometer errores y/o incumplimientos susceptibles de producir daños a las partes. A la vez que, la parte perdedora del procedimiento, o incluso ambas partes, podrían quedar insatisfechas con el contenido del laudo e intentar canalizar su disconformidad mediante acciones dirigidas directamente contra el árbitro.

Por tales razones el estudio de la responsabilidad civil del árbitro reviste de gran importancia. Sin embargo, en el derecho venezolano no existe una normativa legal específica que la regule, ni criterios jurisprudenciales que desarrollen esta materia. A su vez, el tratamiento que la doctrina nacional le ha dado a este tema ha sido escaso y superficial.

En este contexto, el presente trabajo hace un análisis crítico de la normativa legal venezolana que regula el tema de la responsabilidad civil general, a la luz de la especial naturaleza jurídica de la función jurisdiccional de origen contractual que

¹ Gary Born, *International Arbitration. Law and Practice* (Alphen ann den Rijn: Wolters Kluwer, 2016), 2.

² Por supuesto, siempre que la disputa detente de arbitrabilidad objetiva. Es decir, que sea susceptible de transacción y no esté incurso en las exclusiones contenidas en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial.

cumple el árbitro, en aras de determinar los alcances de la responsabilidad civil del árbitro y los requisitos que se deben cumplir para hacerla efectiva.

Nótese que el presente trabajo únicamente versa sobre la responsabilidad civil del árbitro. Al estar sujetos al derecho, los árbitros también podrían incurrir en responsabilidad penal, cuando sus acciones encuadren dentro de los tipos penales previstos en la Ley; en responsabilidad disciplinaria, cuando violen la normativa de los Centros de Arbitraje, y/o; en responsabilidad deontológica, cuando contravengan los preceptos éticos y morales que rigen su profesión. Sin embargo, el análisis de este tipo de responsabilidades escapa del objeto de esta exposición.

II. El punto de partida. La cláusula de arbitraje el contrato de árbitro y la naturaleza jurídica de la labor arbitral

Para determinar el alcance de la responsabilidad civil del árbitro necesariamente se debe partir del análisis de la cláusula compromisoria, el contrato de árbitro y la naturaleza jurídica de la función arbitral.

La investidura del árbitro proviene “directamente de las partes que le han encomendado resolver el litigio³”, en función de lo convenido por ellas en la cláusula compromisoria. Razón por la cual, el alcance de la jurisdicción arbitral estará determinado por dicha cláusula⁴. De donde emana la primera y más importante obligación del árbitro: juzgar la controversia de conformidad con lo establecido por las partes en su cláusula de arbitraje.

Esto ha dado origen a distintas teorías sobre la naturaleza jurídica de la función del árbitro. Que van desde tesis meramente contractualistas, hasta tesis judicialistas. Sin embargo, independientemente de sus disquisiciones académicas, el hecho cierto es que el árbitro ejerce una función jurisdiccional de origen contractual.

Considerando que su principal función es juzgar la controversia sometida a su consideración, tal como si se tratase de un juez, la doctrina⁵ y la jurisprudencia⁶ han sido enfáticas en afirmar que el árbitro ejerce función jurisdiccional y, por lo tanto, debe gozar de cierta inmunidad en el ejercicio de sus funciones. Lo que resulta de vital trascendencia para determinar su responsabilidad civil, pues la inmunidad asociada a su función jurisdiccional influye y condiciona el grado de responsabilidad civil en el

³ Thomas Clay, *El Árbitro* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012), 89.

⁴ George A. Bermann, *International Arbitration and Private International Law* (The Hague: The Hague Academy of International Law, 2016), 94,95. Traducción libre.

⁵ Sobre el particular véase: Aristides Rengel Romberg, “Naturaleza Jurisdiccional del Laudo Arbitral”, en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005): 177-189.

⁶ Sobre el particular véase: Andrea Cruz y Gabriel Sira, “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* Nro. 1. (2020): 323-365.

que podría incurrir a causa de sus incumplimientos contractuales o acciones extracontractuales.

III. La inmunidad del árbitro

Hablando en términos simples y coloquiales, la principal obligación de los árbitros es dictar una decisión vinculante que resuelva la controversia sometida a su consideración. Al igual que en cualquier proceso contencioso, es perfectamente normal que la decisión de los árbitros: 1) favorezca a la parte que, conforme a los hechos y/o el derecho aplicable, haya demostrado tener la razón. Y por lo tanto desfavorezca a la otra parte; 2) favorezca parcialmente a ambas partes, cuando sus pretensiones y defensas resulten parcialmente con lugar. Caso en el cual ambas tendrán algo de victoria y algo de derrota.

De allí que, la decisión tomada por los árbitros dentro de la esfera de su jurisdicción no puede ser considerada como un daño por la parte perdedora del procedimiento. Ni mucho menos generar responsabilidad civil alguna en cabeza de los árbitros. Salvo que la misma haya sido el producto de dolo o negligencia grave, tal como veremos más adelante.

Sumado a ello, considerando que el árbitro ejerce función jurisdiccional, es prácticamente universalmente aceptado que está protegido por el mismo principio de inmunidad que ampara a los jueces, en aras de garantizar su independencia e imparcialidad.

Conforme al principio de inmunidad, las actuaciones que realizan los árbitros dentro de la esfera de su jurisdicción no son susceptibles de generar su responsabilidad civil. Con el objetivo de que los árbitros puedan cumplir cabalmente con sus obligaciones, sin temor a eventuales acciones legales que las partes pudiesen tomar contra ellos.

A nivel de derecho comparado no existe un tratamiento uniforme sobre el tema de la inmunidad del árbitro. Sin embargo, en términos generales se podría decir que la mayoría de los ordenamientos jurídicos consagran este principio de forma amplia y lo limitan sólo por casos de negligencia grave y dolo⁷.

El principio de inmunidad del árbitro está concebido como un mecanismo para proteger al árbitro de demandas de responsabilidad civil ejercidas contra su persona en represalia o con fundamento en el contenido de sus decisiones. Sin embargo, este principio no es absoluto y no implica la impunidad del árbitro, quien podría incurrir en responsabilidad civil cuando su decisión sea el resultado de dolo o negligencia grave.

⁷ Sobre el particular véase: Urquiola de Palacio del Valle de Lersundi, "Sobre la responsabilidad de los árbitros", *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje*. Nro. 33 (2018): 9-20.

Así como, cuando medien otros incumplimientos contractuales que reúnan todos los requisitos exigidos por la legislación venezolana para generar tal responsabilidad (sobre lo que nos referiremos más adelante).

IV. Origen de la responsabilidad del árbitro

Tal como expresamos en el apartado anterior, la responsabilidad civil del árbitro se podría generar cuando las decisiones contenidas en el Laudo sean el producto de su dolo o negligencia grave. Así como, cuando incurra en otros incumplimientos contractuales. Razón por la cual, el primer paso que se debe realizar para determinar la responsabilidad civil del árbitro es analizar sus obligaciones.

1. Las fuentes de las obligaciones del árbitro

Las fuentes de donde emanan las obligaciones del árbitro son la Cláusula de Arbitraje, el Contrato de Árbitro, la Ley y los Reglamentos del Centro de Arbitraje, cuando se trate de un arbitraje institucional. Eventualmente, también podrían entrar en esta categoría los Instrumentos de Soft Law⁸ que sean pactados por las partes.

a) La cláusula de arbitraje, acuerdo de arbitraje o compromiso arbitral, es “el 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 contractual⁹”.

En la cláusula de arbitraje las partes pueden establecer el tipo de arbitraje, las normas de derecho aplicable, las normas de procedimiento a seguir, la delimitación de la controversia y el carácter confidencial del procedimiento, entre otras cosas. Lo que resulta de gran importancia para nuestro estudio, pues todo ello es de obligatorio cumplimiento para el árbitro, al configurar el objeto de su encargo.

Parafraseando a Alan Redfern, aunado a las obligaciones que se derivan del compromiso arbitral, también existe la posibilidad de que durante el transcurso del procedimiento las partes le impongan otros deberes al Tribunal Arbitral¹⁰, que pacten la inclusión o exclusión de controversias, o cualquier otra circunstancia que modifique el encargo originalmente encomendado a los árbitros¹¹.

⁸ Sobre el particular, véase: Fernando Sanquírigo Pittevil, “Soft Law. Derecho y terminología”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia No 13* (2020): 409-425.

⁹ Ley de Arbitraje Comercial. Artículo 5. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.430 de fecha 07 de abril de 1998.

¹⁰ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 319- 320. Traducción libre.

¹¹ Evidentemente esto podría dar lugar a otras consideraciones tales como la necesidad de que estas modificaciones sean aceptadas por los árbitros, quienes incluso podrían renunciar a su cargo en caso de

Todo ello es de obligatorio cumplimiento para el árbitro, quien deberá desempeñar su tarea en estricto apego a estos lineamientos establecidos por las partes. Así, por ejemplo, el árbitro no podrá motivar su decisión de acuerdo a su criterio de equidad, cuando las partes hayan pactado un arbitraje de derecho; ni decidir controversias no previstas en el acuerdo de arbitraje. Puesto que de hacerlo estaría incumpliendo el encargo dado por las partes.

b) El Contrato de Árbitro, es el que vincula a las partes con los árbitros y de donde emanan directamente las obligaciones entre las partes y los árbitros. Aunque este contrato casi nunca se mencione en la doctrina e independientemente de que en la práctica no suele suscribirse un documento que lo contenga, este contrato necesariamente existe y se forma cuando los árbitros aceptan su designación. “Este contrato entre las partes y el árbitro es independiente del contrato de arbitraje que las partes han celebrado¹²”. En efecto:

El contrato que designa al árbitro no es el convenio arbitral, que no tiene por objeto, sino el retirar el litigio de la competencia de los Tribunales estatales(...).El nexa entre los litigantes y el árbitro se crea en un segundo tiempo, cuando los litigantes confieren directamente al árbitro el poder de zanjar sus diferencias. Esta operación se realiza por medio de un segundo contrato, que se llama “contrato de árbitro¹³”.

El hecho de que este contrato sea independiente del acuerdo de arbitraje suscrito originalmente por las partes, no quiere decir que ambos sean excluyentes. Muy por el contrario, ambos forman parte de un mismo ensamblaje contractual, donde uno es presupuesto del otro y donde el segundo (el contrato de árbitro) obliga al árbitro a dirigir el proceso y decidir la controversia conforme a los preceptos contenidos en el primero (el acuerdo de arbitraje).

De la misma manera, al estar dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, es perfectamente posible que en el contrato de árbitro, sus partes establezcan tipos y modos específicos de cumplimiento de sus obligaciones. Así como, cláusulas de exclusión de responsabilidades y cláusulas penales.

c) La Ley, sin lugar a dudas, es otra de las fuentes de las obligaciones del árbitro. En el derecho venezolano, varias disposiciones de la Ley de Arbitraje Comercial establecen algunas obligaciones directas para el árbitro. Mientras que de otras disposiciones se infieren otras obligaciones. Así: su artículo 8 establece que los árbitros de derecho “deberán observar las disposiciones de derecho en la

desacuerdo, o a la posibilidad de que ello implique variaciones en sus honorarios, etc. Sin embargo, todo eso escapa del objeto de nuestro estudio.

¹² Julio César Rivera, “Enfoques procesalista y contractualista del arbitraje con particular referencia a los derechos de Argentina y España”, *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje* 38 (2020): 53.

¹³ Thomas Clay, *El Árbitro* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012), 20-21.

fundamentación de los Laudos”; su artículo 41 establece la obligación de los árbitros de asistir a las audiencias; su artículo 29 establece la obligación de dictar el Laudo por escrito y firmarlo; su artículo 30 establece su obligación de motivar el Laudo, salvo pacto en contrario; su artículo 42 establece su obligación de confidencialidad salvo pacto en contrario. Por su parte, de su artículo 44 se infiere que los árbitros deben decidir la controversia dentro de los límites y señalamientos impuestos por el acuerdo de arbitraje, garantizar que el procedimiento cumpla las garantías del debido proceso y abstenerse de decidir disputas que no sean arbitrables.

d) Los Reglamentos de los Centros de Arbitraje. En los casos donde las partes hayan pactado un arbitraje institucional, los árbitros deberán observar las estipulaciones contenidas en los Reglamentos del Centro de Arbitraje que las partes hayan establecido para administrar el procedimiento. De donde pueden emanar otras obligaciones para los árbitros, u otras maneras de cumplir con sus obligaciones.

2. Las obligaciones del árbitro

Ante tal variedad de fuentes y considerando que cada acuerdo de arbitraje es único, así como lo es cada contrato de árbitro, habría que analizar individualmente cada caso para determinar cuáles son las obligaciones de los árbitros, su alcance y forma de ejecución, para el caso en concreto. Sin embargo, independientemente de las variaciones particulares, en términos generales se puede decir que el árbitro contrae las siguientes obligaciones:

1. Revelar cualquier circunstancia, que exista con anterioridad a su aceptación o que surja con posterioridad, que pueda afectar su independencia e imparcialidad;
2. Permanecer en el tribunal arbitral hasta la terminación del arbitraje, dirigir e impulsar el procedimiento respetando las garantías del debido proceso;
3. Respetar la confidencialidad del procedimiento (salvo pacto en contrario);
4. Disponer de tiempo suficiente para atender diligentemente el arbitraje;
5. Participar personalmente de las audiencias;
6. Decidir la controversia y dirigir el procedimiento conforme a lo establecido por las partes en el acuerdo de arbitraje y los términos acordados durante el procedimiento.
7. Dictar por escrito y dentro del plazo establecido, un laudo motivado (motivado, salvo pacto en contrario).

Todas estas obligaciones “entrañan deberes jurídicos¹⁴” para el árbitro, quien debe ejecutarlas de “buena fe” y “exactamente como han sido contraídas”, a tenor de lo previsto en los artículos 1.160 y 1.264 del Código Civil.

De todas las obligaciones mencionadas vale resaltar que la obligación de dictar un Laudo que ponga fin a la controversia es la más importante, pues constituye la razón de ser del arbitraje. En atención a ello, la doctrina más calificada ha sido enfática en señalar que no se trata de una obligación cualquiera, sino de una obligación ética especial, donde el árbitro debe poner todas sus habilidades e integridad para dictar un Laudo Ejecutable¹⁵.

Ahora bien, visto que por definición y mandato legal todo Laudo es vinculante y ejecutable¹⁶, surge la inquietud del porqué la doctrina enfatiza que el árbitro debe dictar un “laudo ejecutable”. Sobre el particular, somos de la opinión que esta mención específica sobre la obligación de dictar un “laudo ejecutable”, en vez de simplemente dictar un “laudo”, hace referencia a que los árbitros deben tener el especial cuidado de velar por el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la legislación para garantizar la posterior y eventual ejecución de sus laudos. Así como, evitar incurrir en cualquier vicio que acarree la nulidad del laudo.

Se trata entonces de un estándar de cumplimiento integral, que no sólo atañe a la simple acción de dictar un laudo, sino que va más allá y obliga al árbitro a conducir el procedimiento guardando el debido equilibrio e igualdad entre las partes, respetando sus garantías al debido proceso, para luego dictar un Laudo que resuelva la controversia sometida a su consideración, dentro de los límites del compromiso arbitral, conforme al tipo de arbitraje previsto en el acuerdo arbitral, bajo el convencimiento pleno de que la controversia es arbitrable, no violatoria del orden público y en observancia de todos los requisitos legalmente previstos para que el laudo pueda ser ejecutado sin problemas.

3. El incumplimiento de las obligaciones por parte del árbitro

El árbitro está obligado a ejecutar todas las prestaciones especificadas en el contrato de árbitro, el acuerdo de arbitraje, la ley y los reglamentos que sean aplicables

¹⁴ José Alberto Zambrano Velazco, *Teoría General de la Obligación. Parte General de las Obligaciones* (Caracas: Editorial Arte, 1985), 94.

¹⁵ Anibal Sabater y Lidia Rezende, “An Arbitrator’s Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention”, *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje* 34 (2019): 33. Traducción libre.

¹⁶ Así lo dispone expresamente el artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial: “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 (...) ejecutado forzosamente”.

al caso concreto. Cuando no las ejecute o las ejecute de una forma distinta o defectuosa estaremos en presencia del incumplimiento de sus obligaciones.

El hecho de que el árbitro incurra en el incumplimiento de alguna (o algunas) de sus obligaciones o les dé un cumplimiento tardío y/o defectuoso no necesariamente acarrea el nacimiento automático de su responsabilidad civil, pues para ello se necesita la concurrencia de otros elementos.

V. *Determinación de la responsabilidad del árbitro*

La determinación de la responsabilidad civil del árbitro reviste de características especiales, donde entran en juego consideraciones legales de carácter contractual y de responsabilidad civil en general, en conjunto con consideraciones propias del arbitraje.

Tal como expresamos anteriormente, en virtud de la función jurisdiccional que ejerce, el árbitro está protegido por el principio de inmunidad, que lo protege de demandas de responsabilidad civil ejercidas contra su persona en represalia, o con fundamento, en el contenido de sus decisiones. Sin embargo, este principio no le otorga una protección absoluta, pues no lo exime de responsabilidad cuando su decisión sea el resultado de dolo o negligencia grave, ni tampoco de la responsabilidad que se derive de los daños que cause por otros incumplimientos no relacionados con el contenido de su decisión.

1. *Responsabilidad derivada del Laudo dictado por dolo o negligencia grave*

“La palabra dolo, deriva del latín *dolus*, o del griego *doloa*, significa comúnmente mentira, engaño o simulación¹⁷”. El dolo implica una acción engañosa intencional “reprochable por su deslealtad, esto es, una conducta antijurídica contra la cual el derecho siempre ha reaccionado con energía y ante cuyas consecuencias en la vida de los negocios se explica que él despliegue un mayor celo en protección de la víctima¹⁸”.

En el derecho venezolano no existe una normativa legal específica que contenga los supuestos y requisitos que darían lugar al dolo del árbitro, ni tampoco hay criterios jurisprudenciales al respecto. Sin embargo, somos de la opinión que es plenamente aplicable la regulación sobre el dolo en general, contenida en el Código Civil, de cuyo articulado se desprende que el dolo debe ser determinante. En relación con sus supuestos de procedencia, somos del criterio que estaremos en presencia del dolo

¹⁷ Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales* (Montevideo: Editorial Obra Grande, S.A., 1986), 264.

¹⁸ José Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios 61, 2017), 178-179.

cuando se compruebe que la decisión del árbitro se debió a engaños, fraudes y maquinaciones desleales, ajenas al sano juicio sobre el caso conforme a los hechos demostrados y el derecho aplicable, producto de colusión con alguna de las partes o con un tercero¹⁹, corrupción o cualquier otra causa similar.

El otro supuesto que podría dar lugar a la responsabilidad del árbitro es la negligencia grave.

Visto que en el derecho venezolano no existen normas jurídicas específicas que regulen la negligencia del árbitro, ni criterios jurisprudenciales que aporten luces al respecto, es necesario realizar un análisis de las normas y principios que regulan la negligencia en general, junto con los conceptos y criterios jurisprudenciales referidos a los errores judiciales que mutatis mutandis sean aplicables a la labor jurisdiccional que desempeña el árbitro.

En términos generales, la negligencia se define como la falta de cuidado en el cumplimiento de las obligaciones. Generalmente da lugar a cumplimientos defectuosos. A diferencia del dolo no implica mala fe, sino descuido y falta de diligencia.

Para que se origine la responsabilidad civil del árbitro es menester que su negligencia sea grave. Por lo que no basta que su negligencia (descuidos, errores o falta de diligencia) sea simple.

Los criterios para definir el grado de diligencia que debe observar el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones (y su correlativo grado de negligencia en caso de incumplimiento), tienen su origen en el Derecho Romano, cuando se establecieron diversos estándares ideales de conducta que el deudor debía observar en el cumplimiento de sus obligaciones.

Cuando se deseaba que el deudor desarrollase en el cumplimiento una diligencia extraordinaria, una gran habilidad, un extremo cuidado, se exigía que su conducta o actividad fuese igual a la actividad o conducta que hubiese desplegado un hombre muy cuidadoso, muy diligente, habilísimo; ese hombre ideal era el mejor padre de familia (...).

Cuando se deseaba exigirle al deudor una diligencia y habilidad normal en el cumplimiento, se requería que desarrollase la actividad o conducta de una persona ordinariamente cuidadosa y normalmente sensata; persona que estaba representada por el buen padre de familia²⁰.

¹⁹ Como por ejemplo, un financista, un enemigo, un amigo o un competidor comercial de alguna de las partes.

²⁰ Eloy Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III* (Caracas: Universidad Católica "Andrés Bello". Manuales de Derecho, 1995), 67.

Siguiendo la tradición del Derecho Romano, en nuestro sistema de derecho positivo, el artículo 1.270 del Código Civil establece como principio general que la “diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de la obligación, sea que ésta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, será siempre la de un buen padre de familia, salvo en el caso de depósito”. Estándar de cumplimiento éste que se repite en otras disposiciones, como el artículo 1.692 *ejusdem*, que obliga al mandatario a ejecutar el mandato con la diligencia de un buen padre de familia.

En función de ello, se debe comparar la conducta observada por el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, con el estándar o conducta hipotética del buen padre de familia que debió observar, a los fines de determinar si cumplió cabalmente con sus obligaciones. En caso de haber incumplido, o de haber cumplido de manera defectuosa, el grado de su negligencia estará en función del estándar de cumplimiento requerido para el caso concreto. De la siguiente manera: 1) Si su nivel de cuidado fue bueno y razonable, pero no llegó al estándar del mejor padre de familia, estaremos en presencia de una negligencia leve; 2) si el nivel de cuidado en el cumplimiento de la obligación no cumple con el parámetro del buen padre de familia, estaremos ante una negligencia, y; 3) si el nivel de cuidado fue tan bajo, mediocre, imprudente, injustificado y absurdo que ni siquiera llega al estándar del peor padre de familia, estaremos ante una negligencia grave. Este último es el nivel de mediocridad que se requiere para generar la responsabilidad del árbitro.

Dentro de la noción de negligencia grave se pueden englobar todo tipo de descuidos, retardos y errores inexcusables por parte del árbitro.

A nivel de derecho comparado, al comentar el artículo 21 de la Ley de Arbitraje de España que restringe la responsabilidad de los árbitros a «los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo», la doctrina española ha asimilado la negligencia grave con la temeridad, de la siguiente manera:

La temeridad se identifica con una negligencia inexcusable, con un error manifiesto y grave, carente de justificación, que no se anuda a la anulación del laudo, sino a una acción arriesgada por parte de quienes conocen su oficio y debieron aplicarlo en interés de quienes les encomendaron llevar a buen fin el arbitraje. A una conducta de quien ignora con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad los derechos de quienes encargaron el arbitraje y las atribuciones propias de los árbitros, desnaturalizando en suma el curso arbitral sin posibilidad de que pudiera salir adelante el laudo correctamente emitido, como así fue, con el consiguiente daño. Una conducta, en definitiva, insólita o insospechada que está al margen del buen juicio de cualquiera²¹.

²¹ Urquiola de Palacio del Valle de Lersundi, “Sobre la responsabilidad de los árbitros”, *Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje. Nro. 33 (2018)*: 15.

En el arbitraje, la negligencia grave del árbitro podría ser el producto de errores de juicio inexcusables en la fundamentación del Laudo Arbitral. Lamentablemente la ley venezolana no establece cuáles serían estos errores. Sin embargo, vista la similitud existente entre la labor jurisdiccional que efectúa el árbitro y la labor judicial que realiza el juez, consideramos que son perfectamente aplicables al arbitraje, todas las consideraciones que ha efectuado la jurisprudencia nacional sobre los errores judiciales inexcusables.

Sobre el particular, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de Justicia ha establecido:

se observa que el error judicial inexcusable es aquel que no puede justificarse por criterios jurídicos razonables, lo cual le confiere el carácter de falta grave que amerita incluso la máxima sanción disciplinaria, por lo que se requiere en cada asunto particular ponderar la actitud de un juez normal y de acuerdo a ello y a las características propias de la cultura jurídica del país, establecer el carácter inexcusable de la actuación del funcionario judicial (Vgr. La condena a pena de muerte de un imputado, cuando ésta se encuentra expresamente prohibida en el artículo 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Ello así, el mismo se configura como un concepto relativamente genérico y abstracto en cualquier ordenamiento jurídico, por lo que el mismo debe responder a unos factores que en principio parecen taxativos, los cuales son: i) una errónea apreciación de los hechos, lo cual conlleva indefectiblemente en un gran número de oportunidades a una consecuencia jurídica errada; ii) el erróneo encuadramiento de las circunstancias fácticas en el ordenamiento jurídico y iii) la utilización errónea de normas legales.

En este sentido, se observa que el error judicial para ser calificado como inexcusable debe ser grosero, patente e indudable, que no quepa duda alguna de lo desacertado de la decisión emitida, y que manifieste una contradicción abierta, palmaria e inequívoca entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el juzgador obtiene respecto a dicha realidad²².

Recientemente, en su Sentencia de fecha 05 de noviembre de 2021, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció que el error judicial inexcusable es “un error grotesco en el juez que implique un craso desconocimiento en los criterios de interpretación o en la ignorancia en la aplicación de una interpretación judicial, el cual no se corresponde con su formación académica y el ejercicio de la función jurisdiccional en la materia objeto de su competencia²³”.

²² Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 30/03/2005. Exp. N° AA50-T-2005-000216. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/325-300305-05-0216.HTM>

²³ Sentencia de fecha 05 de noviembre de 2021, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Exp. 19-0444. Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/314177-0594-51121-2021-19-0444.HTML>

Todas estas consideraciones son válidas para determinar el error inexcusable del árbitro. Adicionalmente, en vista de la especial naturaleza del arbitraje, a esta lista se le pueden sumar otras conductas que constituirían negligencia o error inexcusable del árbitro, tales como el haber excedido su encargo al decidir controversias no previstas en el acuerdo de arbitraje, decidir la disputa conforme a la equidad en los casos de arbitraje de derecho, el haber dirigido el procedimiento vulnerando las garantías más elementales del debido proceso y/o el incurrir en violaciones palmarias del orden público.

En definitiva, todos estos casos donde el Laudo sea el resultado del dolo o la negligencia grave del árbitro podrían generar su responsabilidad civil.

2. Responsabilidad derivada de otros incumplimientos contractuales

Dictar un “Laudo Ejecutable” es la obligación más importante del árbitro. Sin embargo, no es su única obligación. De hecho, junto con esta obligación principal, el árbitro también asume los deberes de revelación, confidencialidad (salvo pacto en contrario), asistencia a las audiencias, dirección del proceso, respeto de los plazos y cualquier otro que haya sido pactado en el caso concreto, o que emane de los Reglamentos del Centro de Arbitraje que sean aplicables, en el caso de que se trate de un Arbitraje Institucional.

Como en cualquier relación contractual, el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones también podría generar la responsabilidad civil del árbitro.

Ahora bien, en este punto nos surge la duda acerca de, si al igual que sucede con el contenido del Laudo, se requiere que medie dolo o negligencia grave para que estos incumplimientos generen la responsabilidad civil del árbitro. O, si por el contrario, basta con el simple incumplimiento.

Sobre el particular podría haber distintas opiniones válidas.

a) Por una parte, quien adopte una concepción judicialista del arbitraje podría considerar que el principio de inmunidad del árbitro, por el cual sólo responde por razones de dolo o negligencia grave, se extiende a toda su labor. Esto incluso se podría sustentar en función de lo previsto en el artículo 1.160 del Código Civil, conforme al cual: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la Ley”. Bajo el argumento de que al cumplir la labor jurisdiccional, esto sería una consecuencia de la naturaleza especial del Contrato de Árbitro.

b) Por otro lado, quien asuma una concepción netamente contractualista, considerará que, al igual que en cualquier contrato, bastará con que se produzca el

incumplimiento voluntario o culposo del árbitro, sin la necesidad de que medie dolo o culpa grave.

Independientemente de las consideraciones académicas sobre ambas tesis y de la posición que legítimamente se asuma, el hecho cierto, común a ambas, es que no basta solamente con el incumplimiento de las obligaciones para que se genere la responsabilidad civil del árbitro. Toda vez que, junto con ello deben cumplirse los demás elementos de la responsabilidad civil.

3. Elementos de la responsabilidad civil del árbitro

La responsabilidad civil es consecuencia del principio general del derecho conforme al cual todo el que causa un daño a otro está obligado a repararlo. En Venezuela, la doctrina jurídica más calificada ha señalado que la responsabilidad civil es la “situación jurídica en virtud de la cual se está en la obligación de responder patrimonial o pecuniariamente en razón de haberle causado un daño a otro (...). Puede tener origen contractual o extracontractual²⁴”. Para Eloy Maduro Luyando “se funda en la idea de reparar el daño injusto causado por el incumplimiento culposo o doloso de una obligación²⁵”.

Considerando que la responsabilidad civil busca la reparación del daño causado por el incumplimiento, o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por simple lógica podemos concluir que, para que nazca la responsabilidad civil, junto con dicho incumplimiento necesariamente debe existir un daño y una relación de causalidad que vincule al daño con el incumplimiento. Esto es lo que se conoce como los elementos o requisitos de la responsabilidad civil.

En función de ello, no basta con que el árbitro haya incumplido sus obligaciones para que se genere su responsabilidad civil. Pues a la par de ello, de manera concurrente, se deberá demostrar que ese incumplimiento ocasionó un daño. Así como, la cuantía y alcance de dicho daño. Lo que nos permite establecer que el nacimiento de la responsabilidad civil del árbitro únicamente se producirá ante la existencia conjunta de los siguientes elementos:

1. El incumplimiento de las obligaciones del árbitro. En los términos precedentemente expuestos.
2. La comprobación de los daños y perjuicios causados por ese incumplimiento.

²⁴ María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C.A., 2017), 227.

²⁵ Eloy Maduro Luyando, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III* (Caracas: Universidad Católica “Andrés Bello”. Manuales de Derecho, 1995), 552.

3. Relación de causa a efecto entre el incumplimiento del árbitro y el daño causado.

4. La presunción de inocencia y buena fe

Junto con las consideraciones relativas a la inmunidad del árbitro, a las que hemos hecho referencia, debe considerarse que, al igual que cualquier ciudadano, el árbitro se encuentra amparado por la presunción de buena fe prevista en el artículo 789 del Código Civil, conforme a la cual: “La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla. Así como, por la presunción de inocencia contenida en el artículo 49 de la Constitución, conforme a la cual: “Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

Por tal razón, sus actuaciones se deben presumir legítimas, lo que produce las siguientes consecuencias:

1. Quien demande su responsabilidad civil alegando que su Laudo fue producto del dolo, debe demostrar fehacientemente las razones que evidencien dicho dolo.
2. En todos los demás casos, quien demande su responsabilidad debe demostrar la existencia de todos los elementos constitutivos de su responsabilidad civil.

5. Causas eximentes y atenuantes de la responsabilidad civil

Al igual que en cualquier caso de responsabilidad civil, en el supuesto de existir, podrían operar a favor del árbitro las causas eximentes y atenuantes de responsabilidad civil, tales como la causa extraña no imputable, la fuerza mayor, el hecho del príncipe e incluso el hecho de la víctima, cuando sus incumplimientos se hayan debido a hechos o actuaciones generados por las partes en el desarrollo del procedimiento arbitral.

Obviamente estas causas eximentes y atenuantes dependerán de los hechos de cada caso concreto, y le corresponderá al árbitro, cuya responsabilidad se demanda, la carga de alegarlas y demostrarlas para poder beneficiarse de ellas.

Relacionado con este particular, nos surge la duda sobre la posibilidad de considerar la culpa in eligendo de las partes, como mecanismo de compensación, atenuación o exoneración de la culpa del árbitro, toda vez que fueron ellas quienes lo eligieron, o al menos quienes pactaron los medios que llevaron a su elección. Interrogante ésta que escapa del objeto de nuestro estudio, pero ponemos a la disposición de la curiosidad del lector.

VI. Consideraciones finales

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, norma suprema y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, de manera expresa le otorga base

constitucional al arbitraje. Su artículo 253 lo considera parte integrante del sistema de justicia y su artículo 258 le ordena su promoción a la Ley. Consagrando de esta manera el principio pro arbitraje²⁶.

Como consecuencia de ello, la doctrina jurídica más calificada ha establecido que en caso de duda se deben adoptar las interpretaciones más favorables al desarrollo del arbitraje y que cualquier nueva legislación debe ser favorable al arbitraje. En este sentido, el Dr. Eugenio Hernández-Bretón, quien es el máximo referente en esta materia ha señalado:

Según este principio se debe tratar de sostener su validez en todos aquellos casos de duda, siempre que tal admisión no induzca a una violación de normas de orden público ni atente contra las buenas costumbres. El principio pro-arbitraje implica entonces que la aplicación e interpretación de la normativa en materia de arbitraje debe ser hecha de manera que estimule el arbitraje²⁷.

Este principio es de vital importancia e incide sobre todos los aspectos del arbitraje. Lo que trae como consecuencia que cualquier análisis judicial o reforma legislativa que regule la responsabilidad del árbitro deberá guardar un prudente equilibrio entre la delimitación de las causas que podrían generar tal responsabilidad y el respeto a la labor jurisdiccional que desempeña el árbitro. De forma tal que se garantice el derecho de la parte afectada a obtener una justa indemnización por los daños realmente ocasionados por los incumplimientos del árbitro, sin que ello implique la creación de un régimen de responsabilidad irreflexivo e inadecuado que termine inhibiendo la función arbitral.

La consagración de un régimen jurídico donde se reconozca expresamente la inmunidad del árbitro y se limite su responsabilidad civil a los daños efectivamente originados por determinados incumplimientos, por razones de dolo y negligencia grave, logrará ese equilibrio, establecerá reglas claras que garanticen los derechos de todas las partes y, en consecuencia redundará en pro del estímulo y beneficio del arbitraje en Venezuela.

VII. Conclusiones

Como consecuencia de la función jurisdiccional que ejercen, los árbitros están amparados por el Principio de Inmunidad, conforme al cual la decisión tomada dentro

²⁶ Reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia. En especial por la Sentencia Nro. 1541, dictada por su Sala Constitucional en fecha 17/10/2008, donde fijo de manera vinculante su interpretación sobre el único aparte del artículo 258 de la Constitución de la República.

²⁷ Eugenio Hernández-Bretón, "Arbitraje y Constitución: El Arbitraje como Derecho Fundamental", en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos 18, 2005), 30.

de su esfera de jurisdicción no puede ser considerada como un daño por la parte perdedora del procedimiento, ni es susceptible de generar su responsabilidad civil.

El principio de inmunidad tiene la finalidad de garantizar que el árbitro cumpla cabalmente con su función jurisdiccional, sin temor a las eventuales acciones legales que las partes pudiesen tomar en su contra como represalia del contenido de sus decisiones. Sin embargo, este principio no es absoluto y no implica la impunidad del árbitro, quien podría incurrir en responsabilidad civil cuando su decisión sea el resultado de dolo o negligencia grave. Así como, cuando medien otros incumplimientos contractuales que reúnan todos los requisitos exigidos por la legislación venezolana para generar tal responsabilidad.

No basta con que el árbitro haya incumplido sus obligaciones para que se genere su responsabilidad civil. Pues a la par de ello, de manera concurrente, se deberá demostrar: 1) que ese incumplimiento ocasionó un daño; 2) la cuantía y alcance de dicho daño; 3) la relación de causalidad entre el incumplimiento del árbitro y el daño causado.

Al igual que cualquier ciudadano, el árbitro se encuentra amparado por las presunciones de buena fe e inocencia. En consecuencia, quien demande su responsabilidad civil alegando que su Laudo fue producto del dolo, deberá demostrar fehacientemente las razones que evidencien dicho dolo y los demás elementos constitutivos de la responsabilidad civil. En todos los demás casos, quien demande su responsabilidad debe demostrar la existencia de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad civil.

En caso de existir, podrían operar a favor del árbitro las causas eximentes y atenuantes de responsabilidad civil, tales como la causa extraña no imputable, la fuerza mayor y el hecho del príncipe. Incluso el hecho de la víctima, cuando sus incumplimientos sean producto de hechos o actuaciones generados por las partes en el desarrollo del procedimiento arbitral.

Cualquier análisis judicial o reforma legislativa que regule la responsabilidad del árbitro deberá guardar un prudente equilibrio entre la delimitación de las causas que podrían generar tal responsabilidad y el respeto a la labor jurisdiccional que desempeña el árbitro. La creación de un régimen de responsabilidad irreflexivo e inadecuado podría terminar inhibiendo la función arbitral, en franca violación del principio pro-arbitraje que emana de la propia Constitución de la República. Razón por la cual, somos de la opinión que la consagración de un régimen jurídico donde se reconozca expresamente la inmunidad del árbitro y se limite su responsabilidad civil a los daños efectivamente originados por determinados incumplimientos, por razones de dolo y negligencia grave, logrará ese equilibrio, establecerá reglas claras que garanticen los derechos de todas las partes y, en consecuencia redundará en pro del estímulo y beneficio del arbitraje en Venezuela.

Por último, independientemente de cualquier consideración jurídica y más allá de los elementos que constituyen la responsabilidad civil, el valor más importante que debe cuidar el árbitro es el resguardo de su buen nombre y reputación, mediante la dirección de procesos justos y equilibrados que culminen en verdaderos “Laudos Ejecutables”. A la vez que, la “peor sanción” que puede recibir es ser execrado de la comunidad arbitral por inepto y/o corrupto

La idoneidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en el Metaverso

Carlos Carieles Bolet*

pp. 39-52

Recibido: 14 Nov 2022

Aceptado: 09 Dic 2022

Resumen: Entre los desarrollos tecnológicos más recientes se encuentra la creación del metaverso que representa un mundo virtual inmersivo basado en inteligencia artificial, realidad aumentada y tecnología blockchain. Aunque esta tecnología permite la innovación de los modelos de negocios tradicionales y facilita la internacionalización o expansión de las actividades comerciales, lo cierto es que no se encuentra exenta de controversias. Este trabajo tiene por objeto el estudio de las controversias originadas entre los usuarios del metaverso y propone la idoneidad del arbitraje como mecanismo para su resolución.

Palabras claves: Arbitraje | Mecanismo de resolución de controversias | Metaverso | Blockchain | Contratos Inteligentes.

Abstract: Among the most recent technological developments is the creation of the metaverse, which represents an immersive virtual world based on artificial intelligence, augmented reality and blockchain technology. Although this technology allows the innovation of traditional business models and facilitates the internationalization or expansion of business activities, the truth is that it is not without controversy. This paper aims to study the disputes originated among metaverse users and proposes the suitability of arbitration as a mechanism for their resolution.

Keywords: Arbitration | Alternative Dispute Resolution | Metaverse | Blockchain. Smart Contracts.

* Abogado egresado de la Universidad Monteávila (UMA) en el año 2020 con la mención Magna Cum Laude. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila (UMA) en el año 2022. Miembro del Consejo Editorial de Principia. Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC).

La idoneidad del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias en el Metaverso

Sumario

I. Introducción | II. Consideraciones generales: Metaverso | III. Consideraciones generales: arbitraje | IV. Conclusiones.

I. Introducción

La creación de los metaversos, entendidos estos como los espacios virtuales donde convergen los agentes del mercado para el intercambio de bienes y servicios, no fuera posible sin el desarrollo e implementación de la tecnología blockchain. La tecnología blockchain fue creada con la intención de permitir el registro, almacenamiento y validación de transacciones e información sin la intervención de una autoridad central.

La validación de las transacciones e información sin la intervención de una autoridad central está basada en un método de consenso denominado «proof of work» o «proof of stake» que requiere la intervención de los participantes de la red para confirmar la veracidad de la información que pretende ser registrada en la cadena de bloques. Esta intervención hace que la tecnología blockchain sea confiable y segura, pues una vez registrada la información en la cadena de bloques no podrá editarse o eliminarse sin antes contar con la autorización de los participantes del ecosistema.

Para nadie es un secreto que una de las principales innovaciones del sistema blockchain fue permitir el uso de los contratos inteligentes, los cuales garantizan la automatización de ciertos procesos mediante protocolos autoejecutables que se van desencadenando en la medida en que ocurren los eventos previstos por las partes contratantes. Estos avances han permitido que los agentes del mercado accedan al metaverso para obtener el intercambio de bienes y servicios por medio de contratos inteligentes, los cuales se constituyen como la fuente directa de sus obligaciones.

Aunque estos protocolos autoejecutables han disminuido los riesgos asociados con los incumplimientos contractuales, lo cierto es que existen circunstancias en las que se requiere de la intervención de terceros para la resolución de las controversias que se originen en el caso concreto. Este trabajo tiene por objeto el estudio de las controversias originadas entre los usuarios del metaverso y propone la idoneidad del arbitraje como mecanismo para su resolución.

II. Consideraciones generales: Metaverso

Antes de estudiar la idoneidad del arbitraje como mecanismo para resolver las controversias que se originen por el intercambio de bienes y servicios en el metaverso, resulta oportuno hacer unas breves consideraciones sobre su concepto y características fundamentales, por cuanto esto nos permitirá entender que es un ecosistema creado para la interrelación entre el mundo real y el mundo virtual.

En relación con su concepto, debemos advertir que no existe una definición unívoca aunque la etimología de la palabra se refiera a la existencia de algo más allá del universo. La mayoría ha sido conteste al considerar que el metaverso es un mundo virtual inmersivo que permite el desarrollo de actividades comerciales, académicas, profesionales, políticas y/o gubernamentales¹. En ese sentido, compartimos el reciente criterio expuesto por el European Parliamentary Research Service, donde se define al metaverso como:

As an immersive and constant virtual 3D world where people interact by means of an avatar to carry out a wide range of activities. Such activities can range from leisure and gaming to professional and commercial interactions, financial transactions or even health interventions such as surgery. While the exact scope and impact of the metaverse on society and on the economy is still unknown, it can already be seen that the metaverse will open up a range of opportunities but also a number of risks in a variety of policy areas.

Esta definición no pretende limitar el alcance de las actividades que pueden desarrollarse en el metaverso sino que, por el contrario, lista algunas actividades previsibles para el momento de la publicación del informe. Lo cierto es que, las actividades que podrán ser desarrolladas en el metaverso serán tan variadas como en el

¹ Matthew Ball citado por Matthew Ward y Colin Moar: “Metaverse and the disruption of the Internet”, donde expone que: “The metaverse is a massively scaled and interoperable network of real-time rendered 3D virtual worlds, which can be experienced synchronously and persistently by an effectively unlimited number of users, and with continuity of data—such as identity, history, entitlements, objects, communications and payments”. Disponible en: https://www.barings.com/globalassets/1-perspectives/viewpoints-article-files/11.2021_metaverseandthe.pdf. Véase también: J.P Morgan: “Opportunities in the Metaverse”, donde se expone que: “The metaverse is a seamless convergence of our physical and digital lives, creating a unified, virtual community where we can work, play, relax, transact and socialize. The metaverse is still early in its evolution, and there is no singular, all-encompassing definition to which people can turn. Themes of what the metaverse is and could be, however, are emerging. A key point is that there is no one virtual world but many worlds, which are taking shape to enable people to deepen and extend social interactions digitally. This is done by adding an immersive, three-dimensional layer to the web, creating more authentic and natural experiences. The metaverse even has the promise of facilitating accessibility from the comfort of the home, breaking down boundaries and democratizing access to key goods, services and experiences”. Disponible en: <https://www.jpmorgan.com/content/dam/jpm/treasury-services/documents/opportunities-in-the-metaverse.pdf>

mundo real, pero dependerán del desarrollo efectivo de las herramientas que permitirán su funcionamiento.

La convergencia que pretende obtenerse con el mundo real supone que el metaverso cumpla con una serie de características o requisitos como lo son: (a) la experiencia de inmersión digital, que es una de las principales características del metaverso por cuanto les permitirá a los usuarios interactuar como en el mundo real, (b) la accesibilidad e inclusión, que permitirá la interrelación entre los usuarios de los diversos metaversos, (c) la identidad virtual, que consiste en la individualización de cada usuario y supone una innovación en el sistema blockchain, (d) la interacción entre la vida real y la vida virtual, que permitirá la adquisición de bienes y servicios en la vida real por medio de estas plataformas tecnológicas, y (e) la implementación de activos digitales, que no es otra cosa que la tokenización de los bienes o servicios que serán ofrecidos en el metaverso².

La última característica o requisito, esto es la implementación de activos digitales o tokenización de los bienes o servicios que serán ofrecidos en el metaverso, plantea una serie de cuestiones jurídicas relacionadas con aspectos contractuales, protección de datos, propiedad intelectual e impuestos. El intercambio de bienes y servicios supone la creación de un vínculo jurídico que en el metaverso se materializa a través de los contratos inteligentes; esto no quiere decir que, exista impedimento alguno para que su intercambio corresponda a un vínculo jurídico creado fuera del sistema blockchain.

Los contratos inteligentes son concebidos como acuerdos de ejecución automática que se encuentran escritos en lenguaje de programación e integrados en un software o programa basado en el sistema blockchain. La automatización de estas transacciones es posible por medio de la creación de un código que traduce las condiciones, términos, directrices y reglas acordadas por las partes contratantes.

Por lo anterior, resulta oportuno tener en cuenta lo dispuesto por la Chambers of Digital Commerce, donde al preguntarse si pueden utilizarse los contratos inteligentes para desarrollar y negociar contratos legales tradicionales, concluyeron que: «los contratos inteligentes pueden no ser contratos legales; más bien, son códigos computarizados que se pueden usar para crear contratos legales inteligentes³». Esto significa que el contrato inteligente puede ser interpretado en el marco de los contratos

² KPMG: “From Sci-Fi Concept To Cutting-Edge Technology: KPMG’s Exploring The Metaverse”. Disponible en: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/cn/pdf/en/2022/03/first-exploration-metaverse.pdf>

³ Traducción libre del autor. Versión original: “Despite their name, smart contracts may not be legal contracts; rather, they are computer code that can be used to create “smart legal contracts”. Chambers of Digital Commerce: “Can Smart Contracts Be Used to Develop & Negotiate Legal Contracts?” Disponible en: <https://digitalchamber.org/smart-contracts-blog/>

tradicionales, por cuanto estos se pueden adaptar a la más amplia variedad de situaciones⁴.

Esto quiere decir que los términos «contratos inteligentes» y «contratos legales inteligentes» aunque su denominación sea similar, se diferencian por cuanto el primero representa un aspecto técnico y el segundo un aspecto jurídico. En otras palabras, el contrato inteligente es el código informático que se implementa en la cadena de bloques, mientras que el contrato legal inteligente es aquel contrato tradicional que recurre al código informático para la codificación de las condiciones, términos, directrices y/o reglas que hayan sido acordadas por las partes contratantes⁵.

Esta diferencia nos permite deducir una de las desventajas actuales que tiene el desarrollo de los contratos inteligente, esto es el alcance del código informático y su capacidad para incorporar [codificar] cualquier tipo de obligaciones. Pues no olvidemos que la automatización de los procesos requiere que el contrato inteligente esté codificado con un lenguaje lógico, cronológico, simple e inequívoco que permita su autoejecución en la medida en que se vayan desencadenando los eventos previstos por las partes contratantes.

Como vemos, esta problemática más que una desventaja representa un reto para la codificación de los contratos legales inteligentes, por cuanto el argot jurídico integra una multiplicidad de términos o conceptos jurídicamente indeterminados que no pueden traducirse mediante un código informático y, en caso de ser codificados, requerirán de la intervención humana para delimitar su alcance o definición en caso de que resulte necesaria su adaptación al nuevo modelo de negocio que se experimentará en el metaverso⁶.

⁴ Ver el trabajo de Mousseron, P (1988): “Technique Contractuelle”. París: Juridiques Lefebvre, citado por Rodríguez Olmos, Javier Mauricio: “Más Allá del contrato por medio del contrato: Las transformaciones del mecanismo contractual en la era de la globalización”. Disponible en: <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/b37df203-68d7-4c5f-a01c-8708999e2018>

⁵ Ver entre otros Finck, M.: “Smart contracts as a form of solely automated processing under the GRPR” citado por Rodríguez Olmos, Javier Mauricio: “Smart Contracts y Arquitectura del Contrato: Reflexiones desde el Derecho Contractual” Universidad del Externado de Colombia. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3684925; Briceño Laborí, José Antonio: “Arbitraje y contratos inteligentes: el tribunal arbitral como oráculo” Universidad Central de Venezuela: Arbitraje y Nuevas Tecnologías.

⁶ Ver el trabajo de Yépez Idrovo, María Victoria, entre otros: “Smart contracts y el arbitraje: Hacia un modelo de justicia deslocalizado” Universidad San Francisco de Quito, donde explican que: “Hay quienes afirman que se podría simplemente incorporar una cláusula en el smart contract estableciendo que el deudor queda exento de responsabilidad en “casos de fuerza mayor” para evitar tener que enumerar exhaustivamente los supuestos que podrían integrar el concepto de fuerza mayor o caso fortuito. Sin embargo, el smart contract, al funcionar solo con lenguaje binario, no está en la capacidad de determinar si cierto evento constituye o no

Cabe señalar que, la intervención humana incide directamente en la autoejecución o ejecución instantánea que caracteriza a los contratos inteligentes⁷. No obstante, no dejaremos de estar en presencia de un contrato legal inteligente por el hecho de que las partes hayan acordado la intervención de un tercero para la interpretación de alguna cláusula prevista en el contrato, o cuando se le requiera la verificación y determinación del alcance del incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato inteligente. En estos casos, lo primero que deberá hacerse es analizar el tipo de contrato inteligente que los agentes del mercado eligieron para regular el intercambio de sus bienes y servicios en el metaverso.

Teniendo en cuenta la idoneidad de los contratos inteligentes para el intercambio de bienes y servicios en el metaverso, resulta oportuno destacar que la autoejecutabilidad e inmutabilidad que caracteriza al sistema blockchain ha permitido categorizar a los contratos inteligentes en los siguientes tipos: (a) contratos internos o externos, los cuales representan la forma de celebración del contrato inteligente, (b) contratos fuertes o débiles, para aquellos casos en los que se permita o no la modificación de los términos acordados en el contrato inteligente, (c) contratos tradicionales o no tradicionales, los cuales representan la forma de ejecución del contrato inteligente, (d) contratos con cláusulas operacionales o no operacionales, según se trate de la autoejecutabilidad o no de las cláusulas previstas en el contrato inteligente, y (e) contratos ricardianos.

1. Contratos inteligentes internos o externos: un contrato inteligente se puede clasificar como puro o interno en aquellos casos donde las partes acordaron la codificación de las cláusulas contractuales directamente en el sistema blockchain. Mientras que, los contratos inteligentes híbridos o externos son aquellos celebrados de manera tradicional pero donde las

un caso de fuerza mayor o caso fortuito. Por esta razón, si se incorporara esta cláusula, necesariamente se tendría que contar con la intervención de un tercero, sea este un juez o un árbitro, que realice dicha determinación, y se estaría entonces eliminando la característica básica de los smart contracts: la ejecución automática”. Disponible en:
<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/download/1698/2064/8908>.

⁷ Ver el trabajo de Tur Faúndez, Carlos.: “Smart Contracts: Análisis Jurídico” citado en Yépez Idrovo, María Victoria, entre otros: ob. cit., donde expone que la autoejecución del contrato inteligente consiste en que: “La consumación del contrato no siempre depende de la voluntad de las partes, sino que es el propio software el que, dándose determinadas condiciones, la lleva a efecto de forma automática. El consentimiento de las partes se plantea ab initio y desencadena, o puede desencadenar inexorablemente, la ejecución automática de todas las funciones programadas”.

- partes acuerdan la codificación de algunas cláusulas contractuales que permitan su ejecución en el sistema blockchain⁸.
2. Contratos inteligentes fuertes o débiles: un contrato inteligente se puede clasificar como fuerte en aquellos casos donde las cláusulas contractuales previstas por las partes son inmutables. Caso contrario, en los contratos inteligentes débiles aunque se hayan perfeccionado, las partes pueden acordar su modificación (generalmente, estos contratos forman parte de los contratos híbridos o externos, por cuanto son celebrados fuera del sistema blockchain)⁹.
 3. Contratos inteligentes tradicionales o no tradicionales: un contrato inteligente será tradicional cuando las partes no hayan excluido la intervención de terceros en la ejecución del mismo y, por ende, se permita que un juez o árbitro tenga participación en la fase de ejecución del contrato. Mientras que, un contrato inteligente no tradicional es aquel donde las partes excluyen la intervención de terceros, resultando en la inmutabilidad de sus cláusulas contractuales¹⁰.

⁸ Ver entre otros International Swaps and Derivatives Association & Linklaters: “Smart Contracts and Distributed Ledger”. Disponible en: <https://www.isda.org/a/6EKDE/smart-contracts-and-distributed-ledger-a-legal-perspective.pdf>; García Rubio, Luis Felipe: “Contratos inteligentes en blockchain: Una propuesta de lege data para el derecho privado colombiano en materia contractual” Universidad de los Andes. Disponible en:

<https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/anuario2/1Garcia doctrina.pdf>; Briceño Laborí, José Antonio: ob. cit., donde expone: “Un contrato inteligente se puede clasificar como puro o interno cuando la voluntad de las partes involucradas se ha expresado exclusivamente en código informático, sin un respaldo físico en lenguaje natural (...). Los contratos inteligentes híbridos o auxiliares son aquellos en los que las partes expresan en código un conjunto limitado de cláusulas que son parte de una relación jurídica más complicada y que por lo general puede estar expresada en un contrato tradicional”.

⁹ Ver el trabajo de Raskin, Max.: “The Law and Legality of Smart Contracts”, Georgetown Law Technology Review. Disponible en: <https://georgetownlawtechreview.org/the-law-and-legality-of-smart-contracts/GLTR-04-2017/>, donde expone que: “For legal purposes, I will further differentiate between strong and weak smart contracts. Strong smart contracts have prohibitive costs of revocation and modification, while weak smart contracts do not. This means that if a court is able to alter a contract after it has been executed with relative ease, then it will be defined as a weak smart contract. If there is some large cost to altering the contract in a way that it would not make sense for a court to do so, then the contract will be defined as strong”.

¹⁰ Ver entre otros Clack D. Christopher, entre otros: “Smart Contract Templates: Foundations, Design Landscape and Research Directions”. Disponible en: [305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CD_Clack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016](https://arxiv.org/abs/1608.00771), donde expone que: “Traditional means of enforcement include a variety of dispute resolution methods such as binding (or non-binding) arbitration, or recourse to the courts of law. (...) Non-Traditional methods of enforcement may also be imagined. For example, there is currently debate and experimentation on enforcing the actions of smart contract code at a network level without the need for dispute resolution. This is a fundamentally different notion of

4. Contratos inteligentes con cláusulas operacionales o no operacionales: las cláusulas operacionales en los contratos inteligentes se refieren a aquellos aspectos previstos por las partes contratantes como autoejecutables. Mientras que, las cláusulas no operacionales son aquellas que no se desean o no se pueden automatizar¹¹.
5. Contratos ricardianos: ante los retos que representan los contratos inteligentes inicialmente desarrollados en el ecosistema blockchain, recientemente se ha desarrollado un tipo de contrato inteligente denominado «contrato ricardiano» que resulta en la unificación del lenguaje técnico y el lenguaje jurídico, permitiendo así que los términos del contrato sean legibles tanto por humanos como por los sistemas tecnológicos en los cuales se encuentran incorporados¹².

Estos son algunos tipos de contratos inteligentes que existen en el ecosistema blockchain y que podrían ser implementados para garantizar el intercambio de los bienes y servicios entre los usuarios del metaverso. La elección del tipo de contrato que regirá la relación jurídica entre las partes contratantes determinará la idoneidad del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, pues, en aquellos casos donde no se requiera la intervención humana por la simplicidad de los términos del contrato autoejecutable, existe una disminución del potencial conflicto que pueda derivarse del intercambio de bienes y servicios entre los agentes del mercado.

Consideramos que el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos puede ser acordado en los contratos inteligentes débiles, externos, tradicionales y que no contienen cláusulas operacionales, pues existe una mayor potencialidad de existir un conflicto que tenga efectos tanto en el mundo virtual como en el mundo real. De allí que, los operadores jurídicos que se encuentren apoyando el desarrollo de los aspectos legales en el metaverso deberán tener en cuenta estos elementos que permitirán evitar que se interrumpa la autoejecutabilidad de los contratos inteligentes o que permitan garantizar la resolución de sus controversias mediante la implementación del arbitraje.

enforcement that is often expressed in terms of “tamper-proof” technology, with the assumption that in a perfect implementation of the system wrong-performance or non-performance become impossible”. García Rubio, Luis Felipe: ob. cit.

¹¹ Ver entre otros Clack D. Christopher, entre otros: ob. cit., donde expone que: “The operational aspects: these are the parts of the contract that we wish to automate, which typically derive from consideration of precise actions to be taken by the parties and therefore are concerned with performing the contract. The non-operational aspects: these are the parts of the contract that we do not wish to (or cannot) automate”. García Rubio, Luis Felipe: ob. cit.

¹² Ver el trabajo de Briceno Laborí, José Antonio: ob. cit.

III. Consideraciones generales: arbitraje

El arbitraje ha sido considerado como el mecanismo idóneo para la resolución de las controversias que se susciten entre los usuarios y los proveedores de las plataformas tecnológicas que hacen posible el metaverso. En ese sentido, resulta oportuno tener en cuenta lo dispuesto en los Terms of Use de Decentraland, una de las plataformas pioneras en el desarrollo del metaverso, donde se establece que:

18.2. If the parties do not reach an agreed upon solution within a period of 30 days from the time informal dispute resolution under the Initial Dispute Resolution provision begins, then either party may initiate binding arbitration as the sole means to resolve claims, subject to the terms set forth below.

Specifically, any dispute that is not resolved under the Initial Dispute Resolution provision shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce. The following shall apply in respect of such arbitration: (i) the number of arbitrators shall be three (one nominated by each party and one nominated by the ICC); (ii) the decision of the arbitrators will be binding and enforceable against the parties and a judgment upon any award rendered by the arbitrators may be entered in any court having jurisdiction thereto (provided that in no event will the arbitrator have the authority to make any award that provides for punitive or exemplary damages or to award damages excluded by these Terms or in excess of the limitations contained in these Terms); (iii) the seat, or legal place, of arbitration shall be the City of Panama, Panama; and (iv) the language to be used in the arbitral proceedings shall be English, any documents submitted as evidence that are in another language must be accompanied by an English translation and the award will be in the English language. Claimants and respondents shall bear its or their own costs of the arbitration, including attorney's fees, and share equally the arbitrators' fees and ICC's administrative costs. For purposes of cost sharing, all claimants shall be considered one party and all respondents shall be considered one party. The parties shall maintain strict confidentiality with respect to all aspects of any arbitration commenced pursuant to these Terms and shall not disclose the fact, conduct or outcome of the arbitration to any non-parties or non-participants, except to the extent required by applicable Law or to the extent necessary to recognize, confirm or enforce the final award or decision in the arbitration, without the prior written consent of all parties to the arbitration¹³.

Aunque el arbitraje sea considerado como el mecanismo idóneo para resolver las controversias que se susciten entre los usuarios y las plataformas, en este punto debemos preguntarnos si resulta igualmente apropiada su aplicación para la resolución de los conflictos que se originen por el intercambio de bienes y servicios entre los usuarios del metaverso. En el entendido que esos conflictos se derivarían del incumplimiento de las obligaciones que los vincula contractualmente.

¹³ Terms of Use. Disponible en: <https://decentraland.org/terms/>

Lo cierto es que la tecnología blockchain ha permitido que las partes contratantes comprometan en árbitros las controversias que se deriven de la celebración o ejecución de sus contratos legales inteligentes. Esto encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, la cual facilita que el compromiso arbitral sea acordado por las partes para la resolución de las controversias que se deriven de sus relaciones jurídicas.

Entre los aspectos debatidos por la incorporación del arbitraje como mecanismo para la resolución de las controversias que se susciten con ocasión a los contratos inteligentes, encontramos los relacionados con: (a) la arbitrabilidad objetiva y subjetiva en materia de contratación inteligente, (b) la determinación de la sede del arbitraje, y (c) la codificación del compromiso arbitral incorporado en el contrato inteligente:

1. La arbitrabilidad objetiva y subjetiva en materia de contratación inteligente: Estos aspectos se encuentran relacionados con las personas o con las materias que serían sometidas a la decisión de un órgano jurisdiccional, los cuales en materia de contratación inteligente no se encuentran exentos de inconvenientes. Pues, no olvidemos que la arbitrabilidad subjetiva exige que las partes contratantes tengan plena capacidad para dotar de validez al acuerdo arbitral. Este aspecto subjetivo representa importantes retos, por cuanto la contratación inteligente actual se caracteriza por el anonimato de las partes que integran el ecosistema blockchain. Por su parte, la arbitrabilidad objetiva supone que las materias que sean objeto de contratación inteligente serán arbitrables en la medida en que sean materias disponibles y, por ende, no sean contrarias al orden público.

Los beneficios del anonimato y la delimitación de las materias que serán objeto de contratación en el metaverso son aspectos que deben ser considerados por los operadores jurídicos que se encuentran trabajando en el desarrollo de la tecnología. Consideramos que el anonimato se verá limitado por la identidad virtual que caracterizará la participación de los usuarios en el metaverso.

2. La determinación de la sede del arbitraje: La determinación de la sede del arbitraje tiene una importante relevancia en materia de contratación inteligente, por cuanto uno de los beneficios que ofrece la tecnología blockchain es que las partes pueden celebrar contratos independientemente del lugar en el que se encuentren ubicados. Esta ventaja podría convertirse en un obstáculo para la resolución de las controversias que se susciten durante la celebración o ejecución del contrato inteligente, en aquellos casos en los que las partes no determinen de mutuo acuerdo la sede del arbitraje.

En aquellos casos en los que la sede del arbitraje no haya sido determinada por las partes, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta los factores de conexión de la relación jurídica para la determinación de la sede del arbitraje y del derecho aplicable al fondo de la controversia.

3. La codificación del compromiso arbitral incorporado en el contrato inteligente: La codificación de la cláusula compromisoria, al igual que la codificación de las cláusulas contractuales, representan un reto en materia de contratación inteligente, pues, requieren de la participación de programadores para poder codificar y traducir la voluntad de las partes contratantes. Aunque algunos consideren que el acuerdo arbitral codificado no garantiza su validez sustancial y formal, quien suscribe considera que esto dependerá del derecho que resulte aplicable al procedimiento arbitral para la determinación de la manifestación clara e inequívoca de los agentes del mercado que decidan adoptar el arbitraje como mecanismo idóneo para la resolución de las controversias que se susciten en el metaverso.

Hechas estas consideraciones sobre los principales aspectos debatidos por la incorporación del arbitraje en la tecnología blockchain, resulta oportuno señalar que los modelos tradicionales del arbitraje comercial nacional e internacional también han sido adaptados al desarrollo de las tecnologías disruptivas, siendo así que la implementación del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflicto basado en la tecnología blockchain, ha resultado en la formulación de las siguientes categorías de arbitrajes:

1. Arbitrajes on-chain o arbitrajes off-chain: Los arbitrajes on-chain se refieren a un mecanismo automatizado de resolución de disputas que permite que el procedimiento arbitral se lleve dentro de la cadena de bloques, permitiendo así que los resultados del procedimiento se apliquen automáticamente sin necesidad de intervención humana. Mientras que, los arbitrajes off-chain son aquellos cuyo procedimiento arbitral se lleva fuera de la cadena de bloques pero se encuentra relacionada con cláusulas o aspectos del contrato inteligente que forma parte de la relación jurídica controvertida.
2. Arbitrajes on-chain con propiedad off-chain y arbitrajes off-chain con propiedades on-chain: El arbitraje off-chain con propiedades on-chain es aquel que permite llevar el procedimiento arbitral fuera de la cadena de bloques en la que se registró la transacción o el contrato inteligente, cuyas resultas deberán ser inscritas -posteriormente- sobre el contrato inteligente. Mientras que, el arbitraje on-chain con propiedades off-chain es aquel que permite llevar el procedimiento arbitral dentro de la cadena de bloques en la que se registró la transacción o el contrato inteligente, pero

requiriendo que algunos actos de ejecución relacionados con el procedimiento se materialicen por terceros fuera de la cadena de bloques¹⁴.

Lo cierto es que el desarrollo de la tecnología blockchain y la posibilidad de incorporar arbitrajes basados en los contratos legales inteligentes, exige una necesaria colaboración entre los programadores de las plataformas en las cuales se encuentra registrados o almacenados los contratos legales inteligentes y los centros o tribunales arbitrales encargados de administrar y/o dirimir las controversias que se deriven de estos contratos.

No olvidemos que uno de los beneficios de la implementación de esta tecnología es que dependiendo del tipo de arbitraje que sea elegido por las partes contratantes, es posible que el laudo arbitral se vea apremiado o no por la autoejecutabilidad que caracteriza a los contratos legales inteligentes. Así, ante la posibilidad de incluir una cláusula arbitral para la resolución de los eventuales conflictos que se originen entre los usuarios del metaverso por el intercambio de bienes y servicios, quien suscribe considera que debe indicarse expresamente el tipo de arbitraje que será implementado por el tribunal arbitral para la resolución de la controversia.

IV. Conclusiones

Aunque el metaverso permita la innovación de los modelos de negocios tradicionales y facilite la internacionalización o expansión de las actividades comerciales, lo cierto es que no se encuentra exenta de controversias. Como hemos explicado, existen dos tipos de controversias que pueden suscitarse en el metaverso: (i) los conflictos que se originen entre los usuarios y los proveedores de estas plataformas tecnológicas, y (ii) los conflictos que se originen entre los usuarios por el intercambio de los bienes y servicios.

En relación con los conflictos que se originen entre los usuarios y los proveedores de estas plataformas tecnológicas, se ha previsto el arbitraje como mecanismo idóneo para la resolución de las controversias que se susciten con los usuarios. Mientras que, los conflictos que se originen entre los usuarios por el intercambio de bienes y servicios, al estar enmarcados por los contratos legales inteligentes supone la existencia de un acuerdo arbitral.

¹⁴ Ver el trabajo de Briceño Laborí, José Antonio: ob. cit., donde al referirse a esta innovación del arbitraje tradicional expone que: “Este tipo de mecanismos involucraría una necesaria colaboración entre las compañías que desarrollan las plataformas de contratos inteligentes y los centros de arbitraje (que ya vemos, por ejemplo, en el marco del Accord Project)”.

La interrelación entre la tecnología blockchain y el arbitraje nos permite afirmar que esta institución es idónea para la resolución de las controversias que se susciten entre los usuarios por el intercambio de bienes y servicios que se lleve a cabo a través de los contratos inteligentes en el ecosistema blockchain.

Recomendamos que antes de establecer una cláusula arbitral, los operadores jurídicos tengan en cuenta el objeto de la relación jurídica que se originará en el metaverso y los efectos que esta tendrá tanto en el mundo real como en el mundo virtual. Esto les permitirá prever las controversias que pueden originarse y el tipo de arbitraje que deberán elegir para la resolución de los eventuales conflictos que sin podrían desarrollar en el desarrollo de los nuevos modelos de negocios y durante la internacionalización de las actividades comerciales en el metaverso.

Análisis del laudo Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

Andrea Cruz Suárez*

pp. 53-64

Recibido: 05 Dic 2022

Aceptado: 13 Dic 2022

Resumen: El laudo dictado en el año 2021 por un Tribunal constituido ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en el caso intentado por Air Canada contra la República Bolivariana de Venezuela sirve como punto de partida para analizar cómo el Tribunal Arbitral en cuestión declaró su jurisdicción con base en el Tratado Bilateral de Inversiones habido entre Venezuela y Canadá, declarando así improcedente la defensa alegada por la República en cuanto a la supuesta necesidad de que el inversionista tramitara su reclamo conforme al Acuerdo de Servicios Aéreos suscrito por ambos países. De esta manera se confirma que la protección del inversionista en temas de servicios de transporte aéreo deriva siempre del TBI y no del ASA involucrado en el caso de que se trate.

Palabras claves: Arbitraje | Inversiones | Aviación.

* Abogada egresada de la Universidad Central de Venezuela en el año 2013 con mención Magna Cum Laude. Egresada del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje impartido por la Universidad Monteávila y actualmente cursante del Advanced LL.M. in Air & Space Law (blended learning) impartido por la Universidad de Leiden. Es Socia en Torres, Plaz & Araujo (Caracas, Venezuela), profesora de pregrado en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Monteávila y profesora en el Diplomado en Derecho Aeronáutico impartido por el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP) y la Universidad Monteávila. Es miembro del Comité de Aviación y del Comité de Arbitraje de la International Bar Association (IBA) y de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Caracas, Venezuela.

Análisis del laudo Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

Abstract: The award issued in 2021 by a Tribunal established before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in the case filed by Air Canada against the Bolivarian Republic of Venezuela serves as a starting point to analyze how the Arbitral Tribunal declared its jurisdiction based on the Bilateral Investment Treaty between Venezuela and Canada, thus declaring inadmissible the defense alleged by the Republic regarding the supposed need for the investor to file its claim in accordance with the Air Services Agreement signed by both countries. Therefore, it is confirmed that the protection of the investor in matters of air transport services always derives from the BIT and not from the ASA involved in the case.

Keywords: Arbitration | Investment | Aviation.

Análisis del laudo Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

Sumario

I. Introducción | II. Los hechos | III. La solicitud de arbitraje presentada por Air Canada | IV. La disputa sobre la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI | V. Análisis del laudo en cuanto a la jurisdicción del tribunal arbitral | VI. Reflexiones sobre el razonamiento del tribunal arbitral en materia de jurisdicción.

I. Introducción

El 13 de septiembre de 2021 un tribunal conformado por los árbitros Pierre Tercier (Presidente), Charles Poncet (designado por Air Canada) y Deva Villanúa (designada por Venezuela) emitió laudo a favor de Air Canada en el caso intentado por dicha aerolínea contra la República Bolivariana de Venezuela con el objeto de recuperar los ingresos obtenidos por venta de boletos aéreos en Venezuela y retenidos en el territorio de la República en virtud del control cambiario vigente desde el año 2003 (Caso CIADI N° ARB(AF)/17/1).

En el año 2014, la aerolínea había suspendido sus vuelos desde y hacia Caracas en virtud de las dificultades relacionadas con la repatriación de sus ingresos generados en bolívares en Venezuela.

La solicitud de arbitraje había sido presentada en enero de 2017¹ ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), alegando el incumplimiento del “Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno

¹ Ciar Global, “Arbitraje Air Canada contra Venezuela se decide a favor del inversor”, *CIAR Global*, 15 de septiembre de 2021, <https://ciarglobal.com/arbitraje-air-canada-contra-venezuela-se-decide-a-favor-del-inversor/>

Análisis del laudo Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones”, firmado en el año 1996 y que entró en vigencia en el año 1998.

El 27 de octubre de 2021 el mismo tribunal arbitral dictó decisión sobre una rectificación del laudo solicitada por Venezuela².

A pesar de que el texto del laudo y su rectificación no son públicos, los diversos resúmenes sobre el caso permiten llevar a cabo algunas reflexiones sobre ciertos puntos contenidos en el primer laudo dictado con ocasión de una demanda intentada por una aerolínea contra la República Bolivariana de Venezuela en virtud de las dificultades existentes a partir del año 2012 con respecto a las repatriaciones de capital.

En particular, el presente análisis se centrará en la determinación de la jurisdicción del tribunal CIADI, con la debida diferenciación entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (en lo sucesivo también denominado ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (en lo sucesivo también denominado TBI) como base para las reclamaciones hechas por Air Canada contra la República Bolivariana de Venezuela.

II. Los hechos

Air Canada Inc es una aerolínea establecida en Canadá, cuyo capital social es privado desde el año 1989. Dicha línea aérea comenzó sus operaciones en Venezuela a finales de los años 70 a través de una compañía subsidiaria local³.

Posteriormente, el 26 de junio de 1990 el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Venezuela firmaron un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA)⁴, permitiendo así la concesión de rutas aéreas internacionales de carácter comercial entre ambos países, de acuerdo con lo establecido en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional, también conocido como Convenio de Chicago de 1944.

En el año 2004, el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC) de Venezuela emitió la Providencia N° 60, mediante la cual autorizó la operación de la ruta Toronto-Caracas-Toronto por parte de Air Canada, que comenzó finalmente el 1

² “Novedades del arbitraje internacional en Latinoamérica”, *Observatorio de Arbitraje Internacional y Derecho e las Inversiones Extranjeras*, septiembre a diciembre de 2021, acceso el 25 de julio de 2022, http://www.derecho.uba.ar/institucional/observatorio-arbitraje-internacional-y-derecho-de-las-inversiones-extranjeras/documentos/2021_newsletter-02-05.pdf

³ “Air Canada v. Venezuela”, Jus Mundi, acceso el 25 de julio de 2022, <https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-air-canada-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-monday-13th-september-2021>

⁴ Suscrito el 26 de junio de 1990 y publicado en Gaceta Oficial N° 34.553 de fecha 14 de septiembre de 1990.

de julio de 2004 con una frecuencia de tres vuelos semanales, usualmente en un Airbus 319⁵.

En el año 2003, el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela estableció un régimen de control cambiario administrado por la Comisión Nacional de Administración de Divisas (CADIVI). En virtud de lo anterior, desde el inicio de la operación de la ruta Toronto-Caracas-Toronto por parte de Air Canada, la aerolínea presentó solicitudes ante CADIVI para la repatriación a Canadá de los ingresos obtenidos por venta de boletos aéreos en bolívares en la ruta ya indicada⁶.

A través de tales solicitudes (Autorización de Adquisición de Divisas, AAD), Air Canada obtuvo el pago de, aproximadamente, noventa y un millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD 91.000.000) en noviembre de 2012. Sin embargo, desde septiembre de 2013 hasta enero de 2014 la aerolínea solicitó a CADIVI el pago de, aproximadamente, cincuenta millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD 50.000.000) a través de quince AAD que no fueron procesadas por dicho ente⁷.

En enero de 2014 CAVIDI emitió la Providencia N° 124, a través de la cual estableció, entre otros, que los pagos de las solicitudes hechas por Air Canada (y otras aerolíneas) se harían a una nueva tasa de cambio de, aproximadamente, once bolívares por dólar de los Estados Unidos de América, significando así una pérdida adicional en los montos a ser repatriados por la aerolínea en virtud de la devaluación del bolívar frente al dólar de los Estados Unidos de América.

Posteriormente, en el año 2014, Air Canada anunció la suspensión de sus operaciones aéreas desde y hacia Venezuela y, en el año 2016, la aerolínea envió a la República Bolivariana de Venezuela una notificación sobre disputa, de acuerdo con lo establecido en el Artículo XII del TBI Canadá-Venezuela.

III. La solicitud de arbitraje presentada por Air Canada

En virtud de la situación expuesta y de acuerdo con lo establecido en el mencionado Artículo XII del TBI, Air Canada presentó una solicitud de arbitraje contra la República Bolivariana de Venezuela ante el CIADI, alegando el incumplimiento de dicha República al “Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el

⁵ “Air Canada v. Venezuela”

⁶ “Air Canada v. Venezuela”

⁷ Providencia Número 124, mediante la cual se establecen los requisitos y el trámite para la Autorización De Adquisición De Divisas (AAD) destinadas a las Empresas de Transporte Aéreo Internacional, publicada en Gaceta Oficial N° 6.211 Extraordinario de fecha 23 de enero de 2004, disponible en: <https://www.franciscosantana.net/2014/01/providencia-numero-124-mediante-la-cual.html>

Análisis del laudo Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones”.

El señalado artículo establece la posibilidad de someter a arbitraje una controversia -allí delimitada- intentada por el inversor ante el CIADI o mediante las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la “Parte Contratante litigante o la Parte Contratante del inversor, pero no ambas, sea parte de la Convención CIADI”⁸.

Ante tal instancia y bajo las reglas del Mecanismo Complementario, Air Canada solicitó una compensación de más de doscientos millones de dólares de los Estados Unidos de América, alegando la expropiación de la compañía (alegato finalmente desestimado por el tribunal arbitral), así como la violación de las disposiciones del TBI Canadá-Venezuela sobre libre transferencia de fondos y trato justo y equitativo⁹.

IV. La disputa sobre la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

Presentada la solicitud de arbitraje y constituido el tribunal arbitral, la representación de Venezuela alegó la falta de jurisdicción del mismo para conocer de la controversia planteada por Air Canada. En este sentido, Venezuela señalaba que la disputa se originaba del Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) Canadá-Venezuela y no del Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) entre los mismos países¹⁰. De igual modo, la representación de la República indicó que Air Canada no probó ser un inversor ni la existencia de una inversión derivada del TBI¹¹.

Sobre el punto del instrumento que da origen a las reclamaciones de Air Canada, Venezuela alegó que, en virtud del principio de especialidad de la ley (lex specialis), el ASA prevalecía sobre la aplicación del TBI y, en consecuencia, Air Canada sólo estaba utilizando el TBI como base para acceder a un arbitraje con las normas del Mecanismo Complementario del CIADI.

El punto relevante sobre la jurisdicción radicaba en que los instrumentos señalados contienen métodos de resolución de controversias diferentes, a saber, (i) el Artículo XVIII del ASA¹² establece un mecanismo de negociación entre partes (disputa

⁸ Publicado en Gaceta Oficial No. 36.388 de fecha 04 de febrero de 1998, disponible en http://www.cancham.com.ve/convenios/acuer_promocion_proteccion_inversiones.pdf

⁹ “Novedades...”, *Observatorio de Arbitraje Internacional y Derecho e las Inversiones Extranjeras*

¹⁰ “Air Canada v. Venezuela”

¹¹ “Air Canada v. Venezuela”

¹² Publicado en Gaceta Oficial No. 34.553 de fecha 14 de septiembre de 1990, disponible en http://www.cancham.com.ve/convenios/acuer_transporte_aereo.pdf

Estado-Estado); mientras que (ii) el Artículo XII del TBI¹³ señala la posibilidad de acudir a arbitraje CIADI en los supuestos allí establecidos (disputa inversor-Estado).

V. *Análisis del laudo en cuanto a la jurisdicción del tribunal arbitral*

A los fines de determinar su potencial jurisdicción, el tribunal arbitral, determinó, en primer lugar, el derecho aplicable a la controversia, señalando a tal efecto que la potencial aplicación del TBI requería necesariamente un nexo territorial porque dicho tratado requiere expresamente una inversión en el territorio venezolano (Artículo I(f) del TBI)¹⁴.

Siendo así, a los efectos de la controversia planteada por Air Canada, el derecho venezolano era relevante en los ámbitos de la aviación civil, derecho laboral, control cambiario y procedimientos administrativos, a los efectos de determinar si hubo inversión (y la consecuente jurisdicción del tribunal arbitral) y, por consiguiente, si existía base para los reclamos presentados por la aerolínea¹⁵.

En cuanto a su jurisdicción y al potencial conflicto entre el ASA y el TBI (como uno de los argumentos presentados por Venezuela para debatir la jurisdicción del tribunal arbitral), el tribunal arbitral analizó (i) Si la disputa únicamente se regía por el contenido del ASA Venezuela-Canadá; de ser necesario, (ii) si había un acuerdo de arbitraje en el TBI Canadá-Venezuela; y, de ser necesario, (iii) si Air Canada calificaba como inversor protegido y había hecho una inversión protegida, de acuerdo con lo establecido en el TBI¹⁶.

Al analizar el primer punto y diferenciar los dos instrumentos objeto de la controversia sobre la jurisdicción –a saber, ASA de 1990 y TBI de 1996–, el tribunal explicó que, según el principio de *lex specialis*, “si un asunto es regulado por un estándar general, así como por una norma más específica, esta última debería prevalecer sobre la primera”¹⁷. Siendo así, se hacía necesario distinguir en concreto si, entre los dos instrumentos, existía una norma general y una norma especial.

Por una parte, señaló el tribunal arbitral, que el ASA funciona como un instrumento creado para regular el intercambio de derechos aéreos de tráfico, como complemento al Convenio de Chicago de 1944¹⁸. En consecuencia, su suscripción permite el intercambio de servicios aéreos comerciales entre dos Estados, a través de la designación de aerolíneas “nacionales” de cada Estado. Siendo así, el ASA Canadá-

¹³ Publicado en Gaceta Oficial No. 36.388 de fecha 04 de febrero de 1998, disponible en http://www.cancham.com.ve/convenios/acuer_promocion_proteccion_inversiones.pdf

¹⁴ Jus Mundi, *Air Canada*

¹⁵ Jus Mundi, *Air Canada*

¹⁶ Jus Mundi, *Air Canada*

¹⁷ Jus Mundi, *Air Canada*

¹⁸ Jus Mundi, *Air Canada*

Análisis del laudo Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

Venezuela establece derechos y obligaciones para las aerolíneas designadas y, en todo caso, busca regular la conducta de los dos Estados Contratantes y de dichas aerolíneas designadas, tales como Air Canada¹⁹.

Por su parte, a decir del tribunal arbitral, el objetivo del TBI es ofrecer protección a los inversores que han hecho estas inversiones, precisamente, con el objeto de lograr una cooperación en cuanto al desarrollo económico de los Estados Contratantes. Siendo así, el TBI establece derechos y obligaciones del Estado con respecto al inversor extranjero y el consecuente mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversor²⁰.

En consecuencia, el tribunal arbitral concluyó²¹ que:

1. El ASA y el TBI tienen objetivos diferentes y, por tanto, no se solapan entre sí, salvo que se trate de un conflicto sobre interpretación del ASA. Sobre este particular, señaló que el ASA establece negociaciones entre Estados, trayendo como única potencial consecuencia la revocatoria de la autorización emitida a la aerolínea designada de que se trate en caso de incumplimiento del ASA, mientras que el TBI busca ofrecer al inversionista la opción de intentar una demanda privada contra el Estado receptor de la inversión;
2. No es posible afirmar que no existe la posibilidad de iniciar un arbitraje CIADI en el área del transporte aéreo internacional en virtud de la existencia de un ASA;
3. El TBI Canadá-Venezuela no excluye la posibilidad de que el inversionista pueda acudir a la cláusula de resolución de conflictos del TBI en el caso de que dicho inversionista sea una aerolínea, es decir, que no se estableció que el ASA contenga la única forma de resolución de conflictos derivados de la prestación del servicio del transporte aéreo comercial entre ambos países; y
4. En consecuencia, los instrumentos normativos no tienen una relación de generalidad-especialidad y, por tanto, no era aplicable el principio *lex specialis* al caso aquí comentado.

VI. Reflexiones sobre el razonamiento del tribunal arbitral en materia de jurisdicción

Ante los alegatos de la República Bolivariana de Venezuela, resulta prudente analizar la finalidad de cada uno de los instrumentos señalados, a saber, el ASA y el TBI

¹⁹ “Air Canada v. Venezuela”

²⁰ “Air Canada v. Venezuela”

²¹ “Air Canada v. Venezuela”

Canadá-Venezuela, para así determinar la función de cada uno y si, en efecto, el tribunal arbitral arribó a una correcta conclusión en el laudo aquí analizado.

En primer lugar, los artículos 1 y 6 de la Convención de Chicago de 1944 establecen que (i) cualquier Estado Parte de dicha Convención tiene “completa y exclusiva soberanía sobre su espacio aéreo nacional”²²; y que, en consecuencia, “un permiso especial debe ser otorgado para la operación de servicios aéreos regulares internacionales” que, como explica P. Mendes de Leon es “otorgado mediante los ASAs bilaterales entre Estados, abriendo el espacio nacional aéreo de uno a otro, así como el mercado para la operación de servicios aéreos internacionales”²³.

En consecuencia, los ASA son conocidos en el área de la aviación como el vehículo legal para acceder al mercado aéreo²⁴ de un Estado en particular y, por tanto, siempre son acuerdos hechos entre Estados, a pesar de que dentro del mismo se nombren aerolíneas designadas por cada Estado para llevar a cabo tales operaciones aéreas.

Como señala P. Mendes de Leon, el ASA usualmente contiene un Preámbulo en el que se “establecen las razones para la suscripción del acuerdo”²⁵, además de otras determinaciones técnicas y operacionales (más o menos flexibles dependiendo de qué tan restrictivo o abierto sea el ASA en términos de protección a la libre competencia), tales como definiciones, designación de aerolíneas, rutas, requerimientos sobre nacionalidad, capacidad, precios, estándares de seguridad, entre otros.

Un punto de gran relevancia con respecto a los ASA es el relacionado con los requerimientos de nacionalidad y la designación de aerolíneas “de un Estado Parte” por parte del mismo. Tales cláusulas de nacionalidad, con vestigios del principio de la soberanía como rector de las relaciones internacionales en materia de aviación civil internacional, busca definir “el vínculo entre un Estado y ‘su’ aerolínea designada y su importancia radica en el hecho de que el Estado que la designa es el que otorga todos los permisos operacionales que la aerolínea necesita según el derecho de ese mismo Estado”²⁶.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un ASA Canadá-Venezuela con un carácter bastante restrictivo en cuanto a temas de competencia -a diferencia,

²² Pablo Mendes de Leon, *Introduction to Air Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International B.V., 2017), 45.

²³ Mendes de Leon, *Introduction...*, 45.

²⁴ Mendes de Leon, *Introduction...*, 52.

²⁵ Mendes de Leon, *Introduction...*, 51.

²⁶ Mendes de Leon, *Introduction...*, 53.

Análisis del laudo Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

por ejemplo, de un Acuerdo de Cielos Abiertos-, donde se establecen incluso métodos sugeridos para la fijación de las tarifas de las rutas aéreas²⁷.

Igualmente, el ASA objeto de estudio, en el parágrafo 1 del Artículo IX, indica expresamente que “la línea o líneas aéreas designadas por cada una de las Partes Contratantes tendrá el derecho de gozar de un trato justo y equitativo al operar los servicios convenidos en las rutas especificadas”²⁸.

A los efectos del análisis planteado en el presente caso, resulta de gran relevancia el parágrafo 2 del artículo XXI del ASA señalado, referente a la venta y transferencia de ganancias, que indica expresamente lo siguiente:

Cada línea aérea designada tendrá el derecho de convertir y remitir a su país, a solicitud, las ganancias obtenidas en el desarrollo normal de sus operaciones. La conversión y transferencia permitida a la tasa de cambio existente en el mercado de divisas extranjeras para el momento de la transferencia y no estará sujeta a cargo alguno, con excepción de los cargos cobrados por los servicios bancarios normales para tales operaciones. Dichas transferencias de ganancias se efectuarán en base a reciprocidad y de conformidad con la legislación vigente en cada país para el momento de la transferencia, y no se aplicarán disposiciones legislativas y condiciones reglamentarias menos favorables que aquellas aplicadas a cualquier otra línea aérea extranjera que opere servicios aéreos internacionales hacia y desde el territorio de la otra Parte Contratante²⁹.

Ahora bien, en virtud de las consideraciones hechas previamente, el análisis del tribunal arbitral con respecto al punto debatido en cuanto a la jurisdicción es correcto. A pesar de que un ASA puede contener especificaciones de carácter comercial -evidentemente asociadas al objetivo del mismo en materia de aviación civil internacional y siguiendo lo establecido en el Convenio de Chicago-, su suscripción no puede solaparse en modo alguno con la suscripción de un TBI entre los mismos Estados.

En primer lugar, el ASA se suscribe bajo acuerdos políticos, derivados de la política de aviación de cada Estado, con el objetivo de conceder y regular -en mayor o menor medida- las llamadas “libertades del aire” sobre el espacio aéreo nacional de ese Estado en particular. Como fue correctamente señalado por el tribunal arbitral, el ASA regula relaciones entre Estados con respecto a ese espacio aéreo particular, a pesar de que en el mismo se mencionen aerolíneas designadas que cumplen ciertas obligaciones y gozan de ciertos derechos bajo dicho acuerdo.

²⁷ Al respecto, ver, por ejemplo, parágrafo 2 del Artículo X del ASA señalado.

²⁸ Publicado en Gaceta Oficial No. 34.553 de fecha 14 de septiembre de 1990, disponible en http://www.cancham.com.ve/convenios/acuer_transporte_aereo.pdf

²⁹ Publicado en Gaceta Oficial No. 34.553 de fecha 14 de septiembre de 1990, disponible en http://www.cancham.com.ve/convenios/acuer_transporte_aereo.pdf

Por su parte, como indica J. Hernández:

el TBI es un Tratado que, con el propósito de promover el flujo de inversiones entre los Estados signatarios, cubre tres grandes temas: (i) la definición de los conceptos de inversor e inversionista; (ii) el reconocimiento de estándares de protección del inversor frente a la actividad del Estado sede, y (iii) la definición de reglas adjetivas de solución de disputas Estado-inversor³⁰.

Así, un ASA no puede ser interpretado nunca como una fuente de protección a los inversionistas, por cuanto no es esa su finalidad y, por tanto, no ofrece mecanismos adecuados ni adaptados al inversionista y a la consecución de un desarrollo económico favorable para los actores de tal inversión. Como mencionan B. Sabahi, N. Rubins y D. Wallace Jr, “uno de los propósitos principales del régimen global de protección de inversiones es reducir esta inseguridad de los inversionistas, aumentar la inversión y reducir la pobreza, especialmente en el mundo en desarrollo”³¹. Tales propósitos, por supuesto, no son perseguidos a través de un ASA sino únicamente de un TBI.

Igualmente, es bien sabido que un ASA, a diferencia de un TBI, no puede establecer “estándares para proteger a los inversionistas extranjeros contra una variedad de riesgos políticos y soberanos, como el riesgo de expropiación no compensada, trato injusto e inequitativo, discriminación, restricciones a las transferencias de fondos”³².

Igualmente, a diferencia de los ASA, un TBI “permite el control de toda la actividad e inactividad del Estado. De manera especial, a través de ese arbitraje [de inversiones basado e Tratados] pueden controlarse las medidas de intervención pública del Estado sede de la inversión sobre la economía”³³.

La relevancia del laudo *Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela* radica en ser el primero dictado en jurisdicción CIADI sobre una aerolínea que, como inversor, demanda directamente a Venezuela buscando protección de dicha inversión (en otros casos como, por ejemplo, *Teinver, Transportes y Cercanías y Autobuses Urbanos c. República Argentina*³⁴, el demandante no era directamente una aerolínea), por lo cual resulta importante rescatar, entre otros, la diferenciación entre el TBI y el ASA a los efectos de la determinación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI.

³⁰ José Ignacio Hernández, “Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones”, *Revista Electrónica de Derecho* 12, N° 1 (2017)

³¹ Borzu Sabahi, Noah D. Rubins y Don Wallace Jr, “Investment Claims”, *Investor-State Arbitration*, 2022, <https://oxia.oupplaw.com/>

³² Sabahi, Rubins y Wallace Jr, “Investment Claims”.

³³ José Ignacio Hernández, “Balance y perspectivas del arbitraje internacional de inversiones”, 74.

³⁴ Caso CIADI N° ARB/09/1, disponible en http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/OnlineAwards/C520/DS12192_Sp.pdf

Análisis del laudo *Air Canada c. República Bolivariana de Venezuela* (2021). Referencia a las diferencias establecidas entre un Acuerdo de Servicios Aéreos (ASA) y un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) a los efectos de la fijación de la jurisdicción del tribunal arbitral CIADI

Finalmente, la conclusión del tribunal arbitral en cuanto al tema que nos ocupa en materia de jurisdicción es acertada, por cuanto admitir lo contrario equivaldría a eliminar la posibilidad de iniciar arbitrajes ante el CIADI cuando esté vigente entre los mismos Estados un ASA, poniendo así en peligro la protección a las inversiones en materia de aviación civil internacional.

El concepto de inversión y la prueba Salini en los casos venezolanos ante el CIADI

Yarubith Escobar Bastidas*

pp. 65-79

Recibido: 18 Nov 2022

Aceptado: 07 Dic 2022

Resumen: El concepto de inversión extranjera no está definido explícitamente en el Convenio CIADI, por lo que cada tribunal arbitral debe analizar si existe una inversión de acuerdo con las particularidades del caso concreto, el TBI aplicable y el propio Convenio CIADI. Sin embargo, la jurisprudencia arbitral ha establecido elementos a considerar a la hora de afirmar la existencia de una inversión extranjera, concretamente a través de la decisión de jurisdicción en el caso Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. vs. Reino de Marruecos, Caso CIADI No. ARB / 00/4, laudo que dio origen a la llamada prueba Salini. Este artículo examina el concepto de inversión en el derecho de inversiones internacionales, a través de la mencionada prueba Salini. Adicionalmente, se evalúa estadísticamente la aplicación de esta prueba en los casos venezolanos ante el CIADI en aras de extraer los criterios interpretativos utilizados al momento de determinar si hubo o no una inversión protegida, mediante el uso de esta herramienta.

Palabras claves: Concepto de inversión | Prueba Salini | Inversión extranjera | CIADI.

Abstract: The concept of foreign investment is not explicitly defined in the ICSID Convention, so each arbitral tribunal must analyze whether there is an investment according to the specificities of the particular case, the applicable BIT, and the ICSID Convention itself. However, arbitral jurisprudence has established elements to consider when affirming the existence of foreign investment, specifically through the jurisdiction decision in the Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco case, ICSID No. ARB/00/4 award, which gave rise to the so-called Salini test. This article examines the concept of investment in international investment law

* Máster Business Administration - International Business por San Ignacio University de Miami - Florida, Estados Unidos mención Cum Laude. Egresada del Programa Avanzado de Estudios en Arbitraje de la Universidad Monteávila. Young ITA Mentee 2021-2022 (Institute of Transnacional Arbitration). Abogada y Licenciada en Estudios Internacionales por la Universidad Central de Venezuela. Parte del equipo de defensa de la República Bolivariana de Venezuela en arbitrajes internacionales CIADI, desde el 2012 al 2015. Experta Alterna designada ante la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción y sus mecanismos de seguimiento, desde el 2015 al 2017.

through the aforementioned Salini test. Additionally, the application of this test in Venezuelan cases before the ICSID is statistically evaluated in order to extract the interpretive criteria used when determining whether or not there was a protected investment, using this tool.

Keywords: Concept of investment | Salini test | Foreign investment | ICSID.

El concepto de inversión y la prueba Salini en los casos venezolanos ante el CIADI

Sumario

I. Introducción | II. Relación entre el acceso al CIADI y el concepto de inversión. Elementos de la prueba Salini | III. Casos venezolanos ante el CIADI donde el concepto de inversión se ha analizado a través de la prueba Salini | IV. Conclusiones.

I. Introducción

El presente artículo aborda el tema del concepto de inversión a través de la denominada prueba Salini como mecanismo de interpretación para la determinación de la existencia o no de una inversión a la luz del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante Convenio CIADI o el Convenio), con especial énfasis en los casos donde Venezuela figura como parte demandada. El objetivo principal de este artículo es ver si la prueba Salini ha sido aplicada como método para identificar si en dichos casos la inversión estuvo configurada, y si tal prueba puede ser considerada como una herramienta en el Derecho Internacional de las Inversiones.

En aras de justificar y organizar este artículo, el mismo se centrará en el análisis jurídico del concepto de inversión que han hecho los tribunales CIADI con especial énfasis en la prueba Salini, y en los criterios interpretativos manejados por los paneles arbitrales del CIADI en los casos venezolanos (desde un punto estadístico) para saber si dicha prueba ha sido utilizada.

Es importante destacar que el concepto de inversión no se encuentra expresamente definido en el Convenio CIADI, y la jurisprudencia del propio tribunal no ha logrado generar un criterio común al respecto; es decir, no está clarificada formalmente la definición de inversión que permite invocar la jurisdicción y por lo tanto la protección del CIADI, lo que hace que cada tribunal tenga que analizar si hubo o no hubo inversión utilizando los recursos que sean aplicables al caso concreto.

La ausencia u omisión del significado específico del término inversión en el Convenio CIADI ha dado pie a que los paneles arbitrales interpreten tal concepto con la flexibilidad y amplitud necesaria, pero esto no ha disminuido la dificultad que significa definir tal institución, la cual es la llave que puede abrir o cerrar la puerta a la protección del CIADI.

II. Relación entre el acceso al CIADI y el concepto de inversión. Elementos de la prueba Salini

La precisión de qué es una inversión ha ido desarrollándose a través de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), a través del artículo 25 (1) del Convenio CIADI¹, y mediante una construcción doctrinaria y jurisprudencial. Y es precisamente a través de esta última (las construcciones jurisprudenciales), que nace la prueba Salini.

El acceso a la jurisdicción del CIADI se circunscribe a dos requisitos básicos, por un lado, que los Estados hayan expresado su voluntad de aceptar la competencia del Centro y, por otro lado, que estemos en presencia de una inversión. Para la determinación de este último requisito es necesario observar el prenombrado artículo 25 del Convenio y el TBI aplicable al caso concreto; es decir, para saber si estamos ante una inversión y no ante otro tipo de transacción comercial ordinaria hay que hacer un chequeo en dos instancias² (de ambos instrumentos jurídicos).

La forma en que los tribunales arbitrales han aplicado el artículo 25 del Convenio ha ido evolucionando en el tiempo y ha sido ampliamente debatido, tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia CIADI. Antes de la creación de la Prueba Salini la discusión jurisprudencial del concepto de inversión se llevó a cabo por primera vez en el año 1998, concretamente en el caso *Fedax v. Venezuela*, donde el tribunal arbitral señaló unos criterios básicos y generales que debía poseer toda inversión protegida, a saber: duración, regularidad de beneficios y retornos, riesgo, compromiso sustancial e importancia para el desarrollo del Estado receptor³.

En el año 2001, es emitido el laudo en el caso *Salini v. Marruecos*⁴ donde se desarrolla y profundiza lo ya manifestado en *Fedax*, dando origen a una doctrina cuya

¹ Capítulo II. Jurisdicción del Centro. Artículo 25: (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado (...)

² Lectoria Infante, Francisco Javier, “Indeterminación Normativa y Criterios de Interpretación en los Paneles Arbitrales Del Ciadi. Un Análisis de algunas de sus Deficiencias Procedimentales basado en la exigencia de “Contribución Al Desarrollo del Estado Receptor” como Requisito para acceder a su Jurisdicción”, *Vniversitas* 136 (2018), [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/136%20\(2018-1\)/82555137006/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/136%20(2018-1)/82555137006/)

³ *FEDAX N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3. (La numeración no está en el laudo, ha sido compilada por la autora con fines didácticos y académicos). Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-fedax-n-v-v-the-republic-of-venezuela-award-monday-9th-march-1998>

⁴ *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. v. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB / 00/4, Decisión sobre jurisdicción. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-salini-costruttori-s-p-a-and-italstrade-s-p-a-v-kingdom-of-morocco-decision-on-jurisdiction-tuesday-31st-july-2001>

influencia e impronta se aplica incluso en la actualidad (con cierto tipo de oscilación, limitación e inestabilidad)⁵. El laudo Salini fue muy innovador ya que reconoció que la existencia de una inversión es un requisito que debe respetarse como circunstancia o condición objetiva preexistente para la jurisdicción del CIADI⁶, además hizo el doble análisis, tanto a la luz del TBI aplicable, como a la luz del Convenio.

En términos generales, el caso Salini v. Marruecos versó sobre la construcción por parte de una empresa italiana, de una carretera en Marruecos; y debido a ciertos conflictos originados en virtud de los pagos, la empresa Salini demandó ante el CIADI al Estado receptor de la inversión a propósito del TBI entre ambos países. En este caso, el tribunal aportó ciertos elementos potencialmente exigibles a quienes solicitaran acceso al CIADI, a saber:

1. Contribución de activos/dinero.
2. Riesgo.
3. Duración.
4. Contribución al desarrollo de la economía del Estado receptor de la inversión⁷.

Adicionalmente, se agregó en el laudo, que, estos elementos o condiciones pueden ser interdependientes entre sí; es decir, el riesgo de la transacción puede estar directamente relacionado o depender de la existencia de las contribuciones y de la duración de la ejecución y cumplimiento del contrato, por lo que estos elementos deben ser considerados y analizados de manera global⁸.

Es importante señalar que determinar si estamos ante una inversión no es una cuestión menor, ya que esto afecta directamente la jurisdicción del Centro; es decir, el análisis sobre el concepto de “inversión” en un caso concreto es un asunto medular para el establecimiento de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales CIADI, dado que, acorde al ya citado artículo 25 del Convenio, la jurisdicción del Centro se extiende a diferencias jurídicas que surgen directamente de una “inversión”⁹; y qué puede tener mayor importancia para el Derecho Internacional de

⁵ Leturia Infante, Francisco Javier. “Indeterminación Normativa y Criterios...”

⁶ Aceris Law LLC, “La prueba de Salini en el arbitraje del CIADI”, *Arbitraje internacional*, 16 de septiembre de 2018, <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/the-salini-test-in-icsid-arbitration/>

⁷ Aceris Law LLC. “La prueba de Salini en el arbitraje...”

⁸ Leturia Infante, Francisco Javier. “Indeterminación Normativa y Criterios...”

⁹ Nathalie Campos, “La determinación de la competencia *ratione materiae* de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: consideraciones en torno a la aplicación de la prueba Salini” (tesis de maestría, Pontificia Universidad

las Inversiones que la conceptualización de la institución que da nombre a dicho derecho.

La prueba Salini no ha sido pacíficamente aplicada por todos los tribunales CIADI; hay algunos paneles arbitrales que la han utilizado, pero hay otros que se han negado a su uso argumentando que la misma no es obligatoria, que no está contemplada en el Convenio, que los elementos que dicha prueba aporta son muy rígidos y que los mismos pudieran excluir algunos tipos de transacciones que pudiesen ser protegidas por el CIADI. En todo caso, el elemento más controvertido de la prueba Salini es sin duda la contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión, el cual también es nombrado en el preámbulo del propio Convenio¹⁰. El debate sobre este elemento ha versado principalmente sobre el hecho de que el aporte al desarrollo económico del Estado anfitrión pudiera ser más una consecuencia y no un requisito de la inversión; en todo caso ha sido difícil alcanzar el consenso sobre este punto.

III. Casos venezolanos ante el CIADI donde el concepto de inversión se ha analizado a través de la prueba Salini

Veamos desde un punto de vista estadístico los casos venezolanos con información disponible¹¹ que han analizado el concepto de inversión mediante la prueba Salini. Recordemos que esta prueba surge como consecuencia de una decisión de jurisdicción dictada en fecha 23 de julio del 2001, en el caso Salini v. Marruecos.

A la fecha, Venezuela ha sido demandada 53 veces ante el CIADI, desde 1996 hasta 2022. A efectos de este análisis estadístico, la información a considerar es la que corresponde a los laudos publicados desde 2001 (año del laudo Salini) hasta el 2021 (año en que salió la última decisión CIADI en un caso de Venezuela). En este sentido, el análisis abarca los siguientes 36 casos:

Católica Del Perú, 2013);
https://www.academia.edu/37205538/La_determinaci%C3%B3n_de_la_competencia_ratione_materiae_de_los_tribunales_arbitrales_constituídos_en_el_%C3%A1mbito_del_Centro_Internacional_de_Arreglo_de_Diferencias_Relativas_a_Inversiones_consideraciones_en_torno_a_la_aplicaci%C3%B3n_del_test_Salini

¹⁰ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Preámbulo: Los Estados Contratantes, Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado; (...)

¹¹ Para este análisis estadístico la información de los casos se obtuvo de la página web del CIADI y de Jus Mundi.

Caso	Demandante	Laudo (Tipo y Fecha)	Decisión a favor del Inversionista o del Estado	Prueba Salini	Análisis de la Prueba Salini en el Laudo
ARB(AF)/18/3	Kimberly-Clark y otros	Tipo: Jurisdicción Fecha: 05/11/2021	A favor del Estado	No	N/A
ARB(AF)/17/1	Air Canadá	Tipo: Jurisdicción Fecha: 13/09/2021	A favor del Inversionista	Si	El Tribunal sostuvo lo siguiente: “(...) no significa que el llamado “test de Salini” utilizado para determinar la noción de inversión bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI automáticamente se vuelve aplicable en el presente caso. Los criterios de Salini no son reglas de derecho o requisitos jurisdiccionales que el Tribunal deba seguir. Además, su aplicación global, por “objetiva” que parezca, no siempre es adecuada, ya que cada caso es diferente y debe evaluarse en su propio contexto separado y apropiado...” ¹²
ARB/16/40	Saint Patrick Properties Corporation	N/A	Descontinuado	N/A	N/A
ARB/16/23	Agroinsumos Ibero-Americanos, S.L. y otros.	Fecha: 23/02/2022	Laudo No Publicado ¹³	N/A	N/A
ARB/14/10	Highbury International y otros	N/A	Descontinuado	N/A	N/A
ARB(AF)/14/1	Anglo American PLC	Tipo: Jurisdicción y Méritos Fecha: 18/01/2019	A favor del Inversionista	No	N/A

¹² Laudo Air Canadá V. Bolivarian Republic of Venezuela, 13 septiembre 2021, pág. 74. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-air-canada-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-monday-13th-september-2021>

¹³ Aunque el laudo no está publicado ni en la página web del CIADI ni en Jus Mundi, hay páginas de noticias como Ciar Global que informaron que Venezuela perdió la demanda de arbitraje de inversiones contra la española Agroinsumos Ibero-americanos. Véase: Ciar Global, “Española Agroinsumos gana 1.500M€ en un arbitraje a Venezuela, *Ciar Global*, 28 de marzo de 2022, <https://ciarglobal.com/espanola-agroinsumos-gana-1-500-me-en-un-arbitraje-a-venezuela/>

El concepto de inversión y la prueba Salini en los casos venezolanos ante el CIADI

ARB/13/11	Valores Mundiales, S.L. and Consorcio Andino S.L.	Tipo: Jurisdicción y Méritos. Fecha: 25/7/2017	A favor del Inversionista	No	N/A
ARB/12/24	Transban Investments Corp.	Tipo: Jurisdicción Fecha: 22/11/2017	A favor del Estado	No	N/A
ARB/12/23	Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda.	Tipo: Jurisdicción y Méritos Fecha: 12/12/2016	A favor del Inversionista	No	N/A
ARB/12/22	Venoklim Holding B.V.	Tipo: Jurisdicción Fecha: 03/04/2015	A favor del Estado	No	N/A
ARB/12/21	Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. and Owens-Illinois de Venezuela, C.A.	Tipo: Jurisdicción Fecha: 13/11/2017	A favor del Estado	No	N/A
ARB/12/20	Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd.	Tipo: Jurisdicción Fecha: 26/04/2017	A favor del Estado	No	N/A
ARB/12/19	Ternium S.A. y otros	N/A	Descontinuado	N/A	N/A
ARB/12/18	Valle Verde Sociedad Financiera S.L.	N/A	Descontinuado	N/A	N/A
ARB/12/13	Saint-Gobain Performance Plastics Europe	Tipo: Méritos Fecha: 03/11/2017	A favor del Inversionista	No	N/A
ARB(AF)/12/5	Rusoro Mining Ltd.	Tipo: Jurisdicción y Méritos Fecha: 22/18/2016	A favor del Inversionista	No	N/A
ARB/11/31	Gambrinus, Corp.	Tipo: Jurisdicción	A favor del Estado	Si	La prueba Salini fue refutada por la parte demandante:

		Fecha: 22/18/2016			<p>1. La prueba de Salini, incluidos los criterios de contribución y riesgo, no establece requisitos jurisdiccionales, que en todo caso se cumplen en el presente caso.</p> <p>2. La Demandante argumenta que al tener una "participación en una gran empresa industrial", Gambrinus tenía una "forma clásica de una inversión" y, por lo tanto, recurrir a los criterios de Salini "no es requerido.</p> <p>3. La contribución al desarrollo del estado anfitrión no es un factor independiente en el análisis Salini, como lo reconoce la Demandada, pero, en cualquier caso, la contribución de Fertinitro "es obvia e incontestable.</p> <p>La Republica alegó lo siguiente: "el uso de los "criterios de Salini", han sido ampliamente aceptados por los tribunales del CIADI y no puede simplemente desestimarse, como intenta sugerir la Demandante.¹⁴ El tribunal no hizo pronunciamiento expreso sobre la prueba Salini.</p>
ARB/11/30	Hortensia Margarita Shortt	N/A	Descontinuado	N/A	N/A
ARB/11/26	Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda.	Tipo: Jurisdicción y Méritos. Fecha: 29/01/2016	A favor del Inversionista	No	N/A

¹⁴ Laudo Gambrinus, Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/31. 22/18/2016, págs. 43, 46, 51 y 52. Disponible en: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-gambrinus-corp-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-monday-15th-june-2015>

ARB/11/25	OI European Group B.V.	<p>Tipo: Jurisdicción y Méritos. Fecha: 10/03/2015</p>	A favor del Inversionista	<p>Si</p> <p>Sostuvo el tribunal: “Existen diferentes enumeraciones de características típicas de inversiones, como la de (...) aportación, duración y riesgo (...) Es importante clarificar que las características exigidas son solo indicativas: es posible que un activo constituya una inversión, aunque no reúna todas las características, y viceversa...Es dudoso que las características tengan el mismo significado en las diferentes clases de inversión; así p.e. el riesgo en una inversión empresarial es la posibilidad de obtener beneficios o pérdidas, mientras que en una inversión en deuda pública, lo es el impago por el Estado - a todas luces dos incertidumbres de naturaleza muy diferente. Y el requisito de la aportación, tal como se entienden en un activo empresarial, no tiene mucho sentido en otros activos como p.e. deuda pública u obligaciones societarias...La prueba de Salini fue diseñada para discernir si un contrato de construcción constituye o no un activo. Es dudosa su utilidad en otras situaciones”¹⁵.</p>
ARB/11/19	Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl	<p>Tipo: Jurisdicción y Méritos. Fecha: 30/10/2017</p>	A favor del Inversionista	<p>Si</p> <p>Sostuvo la demandante: “(...) Según KNI, los criterios de Salini no son requisitos jurisdiccionales, sino meros indicios o ‘marcas (...)’, a los que los tribunales les han atribuido diferentes grados de importancia. Además, es bien sabido que los elementos de Salini “deben considerarse colectivamente bajo una prueba de equilibrio, en lugar de requerir que todos los elementos se cumplan o que cualquiera de los criterios sea más</p>

¹⁵ Laudo Oi European Group B.V. C. República Bolivariana De Venezuela, 10/03/2015, pág 51, nota 215. Ver: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/es-oi-european-group-b-v-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-tuesday-10th-march-2015>

					importante que otro”. KNI concluye que realizó una “inversión” en los términos del Artículo 25(1) del Convenio CIADI, y que su inversión cumplió con los criterios de Salini de duración, riesgo, contribución, desarrollo económico, nexo territorial, y regularidad de ganancias y rentabilidad(...)” KNI sostiene asimismo que, tal como decidieron los tribunales de Salini c. Marruecos (...) las contribuciones no se limitan a términos financieros, sino que pueden adoptar diversas formas, entre ellas, know-how, equipos, personal y servicios. Sostuvo el Tribunal: “(...) el Tribunal resuelve que cumple con todos los indicios de las inversiones en cuanto a contribución, riesgo, duración y desarrollo económico conforme a la prueba de Salini, independientemente del modo en que se lo aplique”. ¹⁶
ARB/11/10	The Williams Companies, International Holdings B.V., WilPro Energy Services (El Furrial) Limited and WilPro Energy Services (Pigap II) Limited	N/A	Arreglo entre las partes	N/A	N/A
ARB(AF)/11/2	Crystallex International Corporation	Tipo: Jurisdicción y Méritos. Fecha: 04/04/2016	A favor del Inversionista	No	N/A

¹⁶ Laudo Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/19, 30/10/2017, págs. 124, 126 y 140. Ver: <https://jsumundi.com/en/document/pdf/decision/es-koch-minerals-sarl-and-koch-nitrogen-international-sarl-v-bolivarian-republic-of-venezuela-laudo-monday-30th-october-2017>

El concepto de inversión y la prueba Salini en los casos venezolanos ante el CIADI

ARB(AF)/11/1	Nova Scotia Power Incorporated	Tipo: Jurisdicción. Fecha: 04/04/2016	A favor del Estado	Si	Sostuvo el Tribunal: “(...) Salini involucraron contratos de construcción a largo plazo. Así, mientras hubo lo que se conoce ampliamente como “riesgo comercial” (...) riesgo que no sólo se caracteriza por la duración de la inversión sino también por la naturaleza de la contribución. En Salini, el Tribunal reconoció una verdadera letanía de riesgos (...) Los riesgos identificados en Salini (...) incluían (...) “el riesgo asociado con las prerrogativas del Propietario que le permiten poner término prematuramente al contrato, imponer variaciones dentro de ciertos límites sin cambiar la forma de fijar los precios; el riesgo consistente en el aumento potencial del coste de la mano de obra en caso de modificación de la legislación marroquí (...) entre otros”. ¹⁷
ARB/14/10	Highbury International AVV and Ramstein Trading Inc.	N/A	Descontinuado	N/A	N/A
ARB/10/19	Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A.	Tipo: Jurisdicción y Méritos. Fecha: 18/11/2014	A favor del Inversionista	Si	Sostuvo el Tribunal: “Ambas partes coinciden que la prueba desarrollada en Salini se ha convertido en la fórmula comúnmente aplicada para discernir si un determinado contrato puede ser considerado como inversión y gozar de la protección del sistema CIADI. En lo que las partes discrepan es si se cumplen dos de los criterios desarrollados en Salini, la existencia de una contribución y la asunción de un riesgo por el inversor extranjero. Venezuela niega que las Demandantes sean titulares de una inversión digna

¹⁷ Laudo Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela (II), ICSID Case No. ARB(AF)/11/1, 04/04/2016, pág. 17. Ver: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-nova-scotia-power-incorporated-v-bolivarian-republic-of-venezuela-ii-award-wednesday-30th-april-2014>

					de protección, porque en su opinión no se cumplirían dos de los requisitos establecidos en la prueba de Salin, no habría contribución, porque los inversores no habrían aportado fondos de procedencia exterior; y no habría riesgo de inversión, sino exclusivamente riesgo comercial (...) En el propio caso Salini (...) los fondos no provienen del inversor extranjero, sino de los pagos debidos por el Estado en virtud del contrato de construcción”. ¹⁸
ARB/10/14	Opic Karimum Corporation	Tipo: Jurisdicción Fecha: 28/05/2013	A favor del Estado	No	N/A
ARB/10/9	Universal Compression International Holdings, S.L.U.	N/A	Arreglo entre las partes	N/A	N/A
ARB/10/5	Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A.	Tipo: méritos Fecha: 13/03/2015	A favor del Inversionista	No	N/A
ARB(AF)/09/1	Gold Reserve Inc.	Tipo: Méritos Fecha: 22/09/2014	A favor del Inversionista	No	N/A
ARB/08/15	CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V.	N/A	Arreglo entre las partes	N/A	N/A
ARB/08/3	Brandes Investment Partners, LP	Tipo: Jurisdicción Fecha: 02/08/2011	A favor del Estado	No	N/A

¹⁸ Laudo Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/19, 18/11/2014, págs. 55 y 56. Ver: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/es-flughafen-zurich-a-g-and-gestion-e-ingenieria-ids-a-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-tuesday-18th-november-2014>

ARB/07/4	Eni Dación B.V.	N/A	Arreglo entre las partes	N/A	N/A
ARB/06/4	Vestey Group Ltd	Tipo: Méritos Fecha: 15/04/2016	A favor del Inversionista	No	N/A
ARB/05/4	I&I Beheer B.V.	N/A	Descontinuado	N/A	N/A
ARB(AF)/04/6	Vannessa Ventures Ltd.	Tipo: Méritos Fecha: 16/01/2013	A favor del Inversionista	Si	Sostuvo la Republica: "(...) Declara que la inversión de la Demandante no satisface los criterios denominados "Salini" para que exista una inversión: a saber, "aportes, una duración determinada del cumplimiento del contrato y una participación en los riesgos de la operación (...) [y una] contribución al desarrollo económico del Estado receptor". ¹⁹ El Tribunal no se pronunció expresamente sobre la Prueba Salini

De la matriz ut supra se observan los siguientes hallazgos vinculados al análisis de la prueba Salini como herramienta para determinar si hubo o no inversión:

1. De los 36 casos con estatus de culminados donde Venezuela figura como parte demandada ante el CIADI, solo 7²⁰ hicieron un análisis de la prueba Salini en el laudo, esto equivale al 19% aproximadamente de los casos culminados.
2. De los 7 casos venezolanos que en su laudo nombran a la prueba Salini, 5²¹ fueron resueltos a favor del inversionista y 2²² a favor del Estado. De acuerdo con estas cifras la tendencia se inclinaría a afirmar la existencia de una inversión a través del análisis de la prueba Salini, sin embargo, las cifras aquí planteadas son pequeñas y mal podría servir para generalizar.
3. Los 2 laudos a favor del Estado donde se analizó la prueba Salini, fueron decisiones de jurisdicción.

¹⁹ Laudo Vannessa Ventures Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/04/6, 16/02/2013, pág. 36. Ver: <https://jsumundi.com/en/document/pdf/decision/es-vannessa-ventures-ltd-v-bolivarian-republic-of-venezuela-award-wednesday-16th-january-2013>

²⁰ 1) Air Canada, 2) Gambrinus, Corp., 3) OI European Group B.V., 4) Koch Minerals Särl and Koch Nitrogen International Särl, 5) Nova Scotia Power Incorporated, 6) Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. and 7) Vannessa Ventures Ltd.

²¹ 1) Air Canada, 2) OI European Group B.V., 3) Koch Minerals Särl and Koch Nitrogen International Särl, 4) Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. and 5) Vannessa Ventures Ltd.

²² 1) OI European Group B.V and 2) Nova Scotia Power Incorporated.

4. De los 7 casos venezolanos que en su laudo nombran a la prueba Salini, en 5²³ el tribunal arbitral hizo un pronunciamiento expreso sobre dicha prueba, ya sea para advertir que los elementos de dicha prueba no constituyen requisitos jurisdiccionales que el Tribunal deba seguir obligatoriamente; o para indicar que el caso concreto cumple con los requisitos de una inversión de acuerdo a la prueba Salini, a saber contribución, riesgo, duración y desarrollo económico; o para describir los elementos constitutivos de la prueba.

IV. Conclusiones

La discusión en el seno del CIADI sobre qué es una inversión extranjera protegida empezó formalmente con el caso Fedax contra Venezuela, y posteriormente alcanzó un desarrollo importante a través del caso Salini contra Marruecos. Se considera que la prueba Salini ha sido una herramienta útil para la determinación de los elementos o características indicativas de una inversión, pero como se observó en el análisis de los casos de Venezuela, su aplicación es selectiva, casuística y hasta controversial. Esto tiene sentido ya que la realidad económica global es sumamente dinámica y cambiante y el hecho de encajar el concepto de “inversión” en una definición estricta y cerrada, podría ser muy peligroso a la luz del Derecho Internacional de las Inversiones, ya que sin duda alguna se quedarían por fuera ciertos tipos de transacciones económicas que quizá aun no podemos siquiera vislumbrar. La rapidez de los flujos económicos mundiales amerita la flexibilidad y amplitud de un Derecho Internacional de las Inversiones que pueda ir evolucionando a medida que las necesidades lo exijan, y las ideas plasmadas en la prueba Salini son sin duda ejemplo de ello.

Por otro lado, se considera que el conocer con precisión qué es una inversión extranjera protegida podría ser beneficioso tanto para los inversionistas como para los Estados, los cuales tendrían mayor certidumbre de sus derechos y obligaciones con respecto al Derecho Internacional de las Inversiones.

²³ 1) Air Canada, 2) OI European Group B.V., 3) Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl, 4) Nova Scotia Power Incorporated and 5) Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A.

¿Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

Rodrigo Farías Díaz *

pp. 81-101
Recibido: 31 Oct 2022
Aceptado: 20 Nov 2022

Resumen: La captación de inversión extranjera directa es necesaria para el desarrollo económico de un país, por lo cual es importante que el Estado la promueva. Esta promoción se puede lograr a través de diversas medidas, entre las cuales se encuentran aquellas relativas a los mecanismos de resolución de controversias entre Estados e inversionistas. Es importante que el mecanismo adoptado por el Estado sea eficiente y genere confianza en el inversionista. De esta forma, en este trabajo analizamos la necesidad de que Venezuela haga cambios en el sistema actual, lo cual llevaría a tomar una serie de medidas a nivel internacional, legislativo y contractual.

Palabras claves: Inversión extranjera directa | Mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista | Arbitraje.

Abstract: The attraction of foreign direct investment is necessary for the economic development of a country, and therefore it is important for the State to promote it. This promotion can be achieved through various measures, including those related to dispute settlement mechanisms between States and investors. It is important that the mechanism adopted by the State is efficient and generates investor confidence. Thus, in this paper we analyze the need for Venezuela to make changes in the current system, which would lead to take a series of measures at the international, legislative and contractual levels.

* Abogado egresado de la Universidad Monteávila, magna cum laude, (2020). Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje de la Universidad Monteávila (2022). Director de Preámbulo. Subdirector de Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Monteávila. Abogado en Despacho de Abogados miembro de Dentons, S.C..

Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

Keywords: Foreign direct investment | Investor-state dispute settlement mechanisms | Arbitration.

¿Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

Sumario

I. Introducción | II. Historia del arbitraje de inversión | 1. Historia del arbitraje de inversión en Venezuela | III. Mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista | 1. Negociación y mediación | 2. Tribunales del Estado receptor de la inversión | 3. Arbitraje | 4. Tribunales permanentes de inversión y tribunales multilaterales de inversión | IV. Mecanismo que Venezuela debe adoptar | V. Formas de implementación del arbitraje en Venezuela | VI. Conclusiones.

I. Introducción

Al momento de planificar sus inversiones, los inversionistas internacionales consideran diversos elementos que les sirven para determinar los riesgos, así como los costos y beneficios de dicha inversión. Uno de los aspectos que debe considerar el inversionista es si el Estado donde planean realizar la inversión cuenta con un tratado de promoción y protección de inversiones con otro Estado desde donde pueda realizar la inversión o si cuenta con una ley de inversiones¹.

Los inversionistas internacionales, además de querer contar con garantías sustantivas dadas por el Estado receptor de la inversión que protejan su inversión, necesitan tener a su disposición un foro confiable donde plantear controversias en caso de que dichas garantías sean violadas por el Estado. Si el foro no es confiable, entonces el inversionista extranjero estaría desprotegido ante las violaciones del Estado.

Es por esto que, más allá de los estándares de protección establecidos en los respectivos tratados, o en la ley de ser el caso, el inversionista debe analizar el

¹ En el sistema de Derecho Internacional de Inversiones es más común la promoción y protección de inversiones a través de Tratados que de Leyes. A nivel mundial existen 128 países con leyes de inversión, las cuales pueden ser efectivas o no: "Investment Laws Navigator", UNCTAD Investment Policy Hub, acceso el 19 de agosto de 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-laws>. Por otro lado, existen 2231 Tratados Bilaterales de Inversión en vigor y 335 Tratados con Disposiciones de Inversiones en vigor: "International Investment Agreements Navigator", UNCTAD Investment Policy Hub, acceso el 19 de agosto de 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>.

¿Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista que ahí se establezca.

La necesidad de analizar el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e Inversionista es de vital importancia, puesto que a través de éste es que el Inversionista podrá reclamarle al Estado por el incumplimiento de los estándares de protección establecidos en el tratado o en la ley.

Por otro lado, un inversionista internacional puede tener una contratación directa con el Estado. De esta manera, es necesario que en dicho contrato se establezca un medio de resolución de controversias que le genere confianza al inversionista.

El mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista más utilizado a nivel global es el arbitraje. En el caso de Venezuela, los mecanismos usados para resolver las controversias han variado en los últimos 20 años, lo cual ha coincidido con la disminución de inversión extranjera directa². Como indicaremos más adelante, estos cambios se basaron en que Venezuela dejó de suscribir Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) desde el año 2008, denunció el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y modificó su legislación de inversiones interna.

Para poder comprender estos cambios, comentaremos los principales hechos históricos del arbitraje de inversión a nivel mundial y su adopción en Venezuela. Adicionalmente, haremos alusión a las recientes propuestas de reformas del sistema de resolución de controversias entre Estado e inversionista.

Por otro lado, analizaremos los distintos medios de resolución de controversias entre Estado e inversionista, cual es el más beneficioso para Venezuela para incentivar la inversión extranjera directa y cómo puede hacer el Estado venezolano para implementarlo.

II. Historia del arbitraje de inversión

El arbitraje de inversión es el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista con mayor uso en la actualidad. La concepción del arbitraje de inversión, como lo conocemos hoy en día, comenzó a materializarse en los años 60 del

² “Inversión extranjera directa, entrada neta de capital (balanza de pagos, US\$ a precios actuales) - Venezuela, RB | Data”, Banco Mundial, acceso el 20 de agosto de 2022, <https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD?locations=VE>.

siglo XX, cuando el Convenio CIADI entró en vigor³ y los Estados comenzaron a suscribir Tratados Bilaterales de Inversión⁴.

Antes de que se formara el arbitraje de inversión como lo conocemos actualmente, existía el arbitraje entre Estados, el cual tuvo sus inicios con las Convenciones de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899⁵ y 1907⁶. A través de dichas Convenciones se reguló el arbitraje entre Estados y se creó la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), institución que funciona como un foro para la resolución de controversias internacionales a través de arbitraje y otros medios pacíficos de resolución de controversias⁷.

Para comienzos del siglo XX las controversias existentes entre un inversionista y un Estado eran resueltas (i) ante los tribunales competentes del Estado parte de la disputa o (ii) a través de la protección diplomática⁸. La protección diplomática es una figura que permite a un Estado presentar una reclamación a otro Estado con ocasión a un daño causado a un nacional del primer Estado por el segundo⁹. El Estado de donde el inversionista es nacional asumía la reclamación como propia y recurría a las vías diplomáticas, judiciales e incluso a las vías de hecho para solucionarla¹⁰.

De esta forma se podría recurrir a arbitraje entre Estados por un daño ocasionado a un inversionista, pero en definitiva la controversia era entre ambos Estados y no entre un Estado y el inversionista. Uno de los primeros casos de arbitraje entre Estados administrados por la CPA fue entre Venezuela y Alemania, Gran Bretaña

³ El Convenio CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

⁴ Tratado Bilateral de Inversiones entre La República Federal de Alemania y Pakistán, suscrito el 25 de noviembre de 1959 y en vigor desde el 28 de abril de 1962. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>.

⁵ Convención de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1899. Disponible en: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1899-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>.

⁶ Convención de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales de 1907. Disponible en: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convenci%C3%B3n-de-1907-para-la-resoluci%C3%B3n-pac%C3%ADfica-de-controversias-internacionales.pdf>.

⁷ “Historia”, Corte Permanente de Arbitraje, acceso el 24 de julio de 2022, <https://pca-cpa.org/es/about/introduction/history/>.

⁸ Rodrigo Polanco Lazo, “The No of Tokyo Revisited: Or How Developed Countries Learned to Start Worrying and Love the Calvo Doctrine”, *ICSID Review* 30, n° 1 (2015): 175, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu028>.

⁹ Dámaso Javier Vicente Blanco, “La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje”, *Agenda Internacional* 1, n° 3 (1995): 114, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/articulo/view/7145>.

¹⁰ José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, 2016), 151. Véase también: María Angélica Burgos-De la Ossa y Nicolás Lozada-Pimiento, “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 15 (2009): 248, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420290009>.

e Italia. A comienzos del siglo XX, estos tres países europeos impusieron un bloqueo naval a Venezuela con ocasión de su negativa de pagar ciertas deudas a nacionales de Alemania, Gran Bretaña e Italia. Esto concluyó en un acuerdo entre Venezuela, los países que realizaron el bloqueo y otros países con cuyos nacionales Venezuela también tenía deudas, pero no realizaron el bloqueo¹¹. El arbitraje ocurrió debido a que Alemania, Gran Bretaña e Italia alegaban tener un derecho preferencial frente a los demás países ya que realizaron el bloqueo, siendo así declarado por el Tribunal Arbitral.

Este caso ilustra un claro ejemplo de cómo se resolvían las controversias entre Estados e inversionistas para la época, siendo que las potencias mundiales podían hacer uso de la fuerza sobre demás países para reclamarles por el trato a sus nacionales. Sin embargo, en 1907 se firmó en la Haya el Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales¹², mediante la cual se acordó no hacer uso de la fuerza contra otro Estado en los casos de cobro de deudas contractuales reclamadas como debidas a sus nacionales, a menos que el Estado deudor (i) se rehusara o no diera respuesta a una oferta de arbitraje; (ii) hiciera imposible el procedimiento arbitral o (iii) no cumpliera con el laudo¹³.

El primer arbitraje llevado entre un Estado y un particular fue el de RCA contra China en 1934¹⁴ y desde ese momento comenzaron a surgir los arbitrajes entre Estados y particulares. Después de la segunda Guerra Mundial, se promovió la creación de acuerdos multilaterales con mecanismos de protección de inversiones, presentándose en 1959 el Proyecto de Convención sobre Inversiones Extranjeras¹⁵. A pesar de que esta propuesta no prosperó, sirvió como inspiración para los Tratados Bilaterales de Inversión, ya que consagraba la idea de estándares de protección de inversiones y el arbitraje como mecanismo para resolver las controversias entre el Estado y el inversionista¹⁶.

¹¹ Estos países fueron: Bélgica, Francia, México, Reino de los Países Bajos, España, Suecia y Noruega y Estados Unidos de América.

¹² Convenio Relativo a la Limitación del Empleo de la Fuerza para el Cobro de Deudas Contractuales. Disponible en: <https://www.dipublico.org/109748/convenio-relativo-a-la-limitacion-del-empleo-de-la-fuerza-para-el-cobro-de-deudas-contractuales-segunda-conferencia-de-la-paz-la-haya-18-de-octubre-de-1907/>.

¹³ Polanco Lazo, "The No of Tokyo Revisited", 180.

¹⁴ Radio Corporation of America c. China. Caso CPA 1934-01. Disponible en: <https://cpa.org/en/cases/16/>.

¹⁵ Carlos Pablo Márquez-Escobar y Lorenzo Villegas-Carrasquilla, "Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 7, nº 15 (2009): 166, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13855>.

¹⁶ Hernández G., Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones, 183.

El primer TBI fue suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959¹⁷ mientras que el primero en ser ratificado fue el Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y República Dominicana¹⁸. Pocos años más tarde, en 1965 fue firmado el Convenio CIADI, el cual entró en vigor en 1966¹⁹. Adicional a esto, en 1976 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó su Reglamento de Arbitraje, el cual sirve para solucionar distintos tipos de controversias, incluidas aquellas entre Estados e inversionistas²⁰.

Si bien cada Tratado Bilateral de Inversión es diferente, establece estándares de protección más o menos amplios y las nociones que los inspiran han evolucionado en los últimos 60 años, el sistema de resolución de controversias entre Estado e inversionista ha sido, por excelencia, el arbitraje de inversión. Dicho mecanismo no ha sufrido mayores cambios, aunque en la última década se ha impulsado la creación de Tribunales Permanentes de Inversión (TPI) y de Tribunales Multilaterales de Inversión (TMI)²¹, lo cual constituiría un cambio radical.

1. Historia del arbitraje de inversión en Venezuela

En Venezuela, así como en Latinoamérica, el arbitraje de inversión no fue aceptado al comienzo. Cuando el Banco Mundial propuso la creación del CIADI, varios países de Latinoamérica se opusieron firmemente, lo cual se conoció como el “no de Tokio”²². Sin embargo, al pasar el tiempo Venezuela, así como otros países de la región, adoptaron el sistema de arbitraje de inversiones debido a que entendieron que así podían promover la inversión extranjera directa.

Venezuela suscribió el Convenio CIADI el 18 de agosto de 1993 y entró en vigor el 01 de junio de 1995²³. En esa misma época, el Estado venezolano comenzó a

¹⁷ Tratado Bilateral de Inversiones entre La República Federal de Alemania y Pakistán.

¹⁸ El Tratado Bilateral de Inversiones entre Alemania y República Dominicana fue suscrito el 16 de diciembre de 1959 y entró en vigor el 03 de junio de 1960, Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral investment treaties. history policy and interpretation* (New York: Oxford University Press, 2010).

¹⁹ “Acerca del CIADI”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 24 de julio de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/CIADI>.

²⁰ “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso el 24 de julio de 2022, <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

²¹ Marc Bungenberg y August Reinisch, *From Bilateral Arbitral Tribunals and Investment Courts to a Multilateral Investment Court: Options Regarding the Institutionalization of Investor-State Dispute Settlement*, (Berlin, Heidelberg: Springer, 2020), <https://doi.org/10.1007/978-3-662-59732-3>.

²² Polanco Lazo, “The No of Tokyo Revisited”, 182. Véase también: Hernández G., Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones, 188 y 189.

²³ Victorino Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 29 y 75. Véase también: “Lista de Estados Miembros - CIADI/3”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 17 de agosto de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/listas/ciadi-3>.

¿Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

suscribir Tratados Bilaterales de Inversión. El primer TBI suscrito por Venezuela fue con Italia el 04 de junio de 1990²⁴, sin embargo, éste nunca entró en vigor pues no fue ratificado. El primero en ser ratificado fue con el Reino de los Países Bajos, cuya ley aprobatoria fue publicada en la Gaceta Oficial No. 35.269 del 06 de agosto de 1993, entrando en vigor el 01 de noviembre de 1993²⁵. A partir de ese momento, Venezuela comenzó a suscribir y ratificar diversos TBI, llegando a tener 26 tratados en vigor²⁶.

Todos estos tratados contemplaban la posibilidad de acudir a arbitraje para la solución de controversias entre el Estado y el inversionista, aun cuando algunos requerían que fuese por consentimiento mutuo, como es el caso de los TBI con Bielorrusia²⁷ y con Vietnam²⁸.

Durante la primera década del siglo XXI, el Estado venezolano tuvo una amplia política expropiatoria²⁹, lo cual dio lugar a múltiples arbitrajes ante el CIADI³⁰. Adicional a esto y a múltiples críticas al sistema de arbitraje de inversión³¹, Venezuela denunció el Convenio CIADI el 25 de enero de 2012³², dejando sin acceso a los inversionistas a acudir a dicho foro³³.

²⁴ Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, 38-40.

²⁵ Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, 53.

²⁶ De esos 26 TBI, el del Reino de los Países Bajos no fue renovado y el de Ecuador fue terminado por este país en el año 2017. Véase: Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, 461-463. Si bien en la página web de la UNCTAD se indica la existencia de un TBI con Indonesia, no hemos encontrado evidencia sobre la existencia de dicho TBI. “Venezuela, Bolivarian Republic of | International Investment Agreements Navigator”, UNCTAD Investment Policy Hub, acceso el 16 de agosto de 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/228/venezuela-bolivarian-republic-of?type=bits>. En el año 2015, Venezuela aprobó el TBI con Palestina, sin embargo, hasta la fecha no tenemos conocimiento si dicho tratado se encuentra en vigor. Ver: Gaceta Oficial No. 6.208 extraordinario del 28 de diciembre de 2015.

²⁷ Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, 187-191.

²⁸ Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, 193-194.

²⁹ Anabella Abadi y Carlos García Soto, “*Expropiación: la política expropiatoria del “Socialismo del Siglo XXI”*” (Caracas: Centro de Divulgación del Conocimiento Económico (CEDICE), Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Monteávila, 2019), 118 y ss.

³⁰ Antes de que Venezuela denunciara el Convenio CIADI, se registraron al menos 24 solicitudes de arbitraje en contra de Venezuela, las cuales, en su gran mayoría, fueron bajo el Convenio CIADI: “Venezuela, Bolivarian Republic of / Investment Dispute Settlement Navigator”, UNCTAD Investment Policy Hub, acceso el 08 de agosto de 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/228/venezuela-bolivarian-republic-of>.

³¹ Hildegard Rondón de Sansó, *En torno a la denuncia de Venezuela del CIADI* (Caracas, 2012), 161 y ss.

³² “Venezuela presenta una notificación bajo el Artículo 71 del Convenio CIADI”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 17 de agosto de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/venezuela-presenta-una-notificacion-bajo-el-articulo-71-del-convenio>.

³³ Gonzalo Rodríguez Carpio, *La denuncia del Convenio CIADI: efectos jurídicos y soluciones prácticas* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014).

Si bien Venezuela evitó el acceso de inversionistas al arbitraje bajo el Convenio CIADI, no les impidió completamente el acceso a arbitraje de inversión. Gran parte de los TBI de Venezuela contemplan arbitraje bajo el Mecanismo Complementario del CIADI y el arbitraje ad hoc bajo Reglamento CNUDMI³⁴.

Además, Venezuela solo decidió no renovar el TBI con el Reino de los Países Bajos en el año 2008³⁵ y Ecuador denunció el TBI con Venezuela en el año 2017³⁶. Quedando el resto de los TBI vigentes.

Caso contrario fue el de Ecuador. Este Estado denunció el Convenio CIADI en el año 2009 y en el año 2017 anunció que iba a terminar todos los TBI³⁷. De esta forma Ecuador evitaría el acceso de los inversionistas extranjeros al arbitraje de inversión³⁸.

Por otro lado, Venezuela promulgó una Ley de Promoción y Protección de Inversiones en el año 1999³⁹. En el artículo 22 de dicha ley se contemplaba la posibilidad de acudir a arbitraje. Si bien se debatió si en dicho artículo se establecía una oferta de consentimiento al arbitraje CIADI o si solo ratificaba la oferta contenida en los TBI, lo cierto es que ahí se estableció al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias entre Estado e inversionista⁴⁰.

Esta ley fue derogada en el año 2014 por la Ley de Inversiones Extranjeras⁴¹, la cual a su vez fue derogada en el año 2017 por la Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva⁴². En dichas leyes se eliminó el arbitraje como mecanismo de

³⁴ Claudio Salas, María Camila Hoyos, y Soledad Peña, “The Sound and Fury of Venezuela’s ICSID Denunciation”, *Principia* 5 (2021): 157, https://en.ciarc.com/_files/ugd/d2f4e0_59454de152514876b80cc7aacb6d8a3e.pdf

³⁵ Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, 65 y ss.

³⁶ “Asamblea de Ecuador denunció 12 Tratados Bilaterales de Inversión por inconstitucionales”, *El Universo*, 3 de mayo de 2017, acceso el 14 de agosto de 2022, <https://www.eluniverso.com/noticias/2017/05/03/nota/61656664/asamblea-nacional-analiza-dejar-efecto-12-tratados-bilaterales>.

³⁷ Julio-César Betancourt, “Why Should Venezuela Re-Join the ICSID Convention?”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* 2 (2021): 368, <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A17-pp-353-379.pdf>.

³⁸ Esta limitación a los inversionistas de acudir a arbitraje de inversión podría no ser automática, debido a que dependería de la existencia de las cláusulas de supervivencia que tuviese cada TBI y si estas aplicasen al arbitraje.

³⁹ Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, publicada en Gaceta Oficial No. 5.390 extraordinario del 22 de octubre de 1999.

⁴⁰ Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, 221 y ss. Yaritza Pérez Pacheco, “Arbitraje CIADI y oferta unilateral”, en *Derecho de las Obligaciones*, coord. Claudia Madrid Martínez (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 383-385.

⁴¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones Extranjeras, publicada en Gaceta Oficial No. 6.152 extraordinario del 18 de noviembre de 2014.

⁴² Ley Constitucional de Inversión Extranjera Productiva, publicada en Gaceta Oficial No. 41.310 del 29 de diciembre de 2017.

¿Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

resolución de controversias entre Estado e Inversionista y se estableció que las inversiones extranjeras quedan sujetas a la jurisdicción de los tribunales de Venezuela⁴³.

A partir de estas modificaciones a la legislación interna, la denuncia del Convenio CIADI, así como la no suscripción de TBI en los últimos años, puede llevarnos a concluir que el Estado Venezolano quiere separarse cada vez más del arbitraje de inversión y someter las controversias a la jurisdicción nacional.

III. Mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

Por más de que el arbitraje es el mecanismo más utilizado para resolver las controversias entre Estados e inversionistas, no es el único que existe. Existe la posibilidad de que se sometan las controversias a negociación o mediación, a la jurisdicción ordinaria del Estado receptor de la inversión o ante TPI o TMI, una figura novedosa que se presenta como una alternativa al arbitraje de inversión.

1. Negociación y mediación

En aproximadamente el 90% de los tratados de protección de inversiones se incluye un requisito previo a acudir a arbitraje llamado período de enfriamiento o “cooling-off period”⁴⁴. Por más de que cada tratado es distinto, este requisito, en líneas generales, establece una obligación del inversionista de notificar al Estado receptor de la violación del tratado en cuestión e iniciar una negociación. Adicional a esto, aproximadamente el 24% de los tratados de protección de inversiones contienen referencias a conciliación o mediación⁴⁵.

Estos dos mecanismos pueden servir para resolver la disputa de forma más expedita y para evitar los costos asociados a un litigio o a un procedimiento arbitral. Para ello, los tratados pueden establecer la obligatoriedad de acudir a un proceso de negociación o mediación previo al inicio de un procedimiento arbitral o de un litigio ante los Tribunales del Estado receptor de la inversión.

Adicionalmente, es importante destacar que entre los varios tópicos que anda desarrollando el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el

⁴³ Artículo 5 y 6 de las leyes del 2014 y 2017, respectivamente.

⁴⁴ Siddharth Aatreya, “Cooling-Off Periods”, *Jus Mundi* (blog), 30 de junio de 2022, <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-cooling-off-periods>. Véase también: Emma Lindsay, “Cooling-off Periods under Bilateral Investment Treaties Provide an Opportunity to Resolve Disputes Amicably”, *Withersworldwide*, 24 de octubre de 2018, <https://www.withersworldwide.com/en-gb/insight/cooling-off-periods-under-bilateral-investment-treaties-provide-an-opportunity-to-resolve-disputes-amicably>.

⁴⁵ Romesh Weeramantry, “Investor-State Conciliation”, *Jus Mundi*, 11 de julio de 2022, <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-investor-state-conciliation>.

Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) se encuentra el posible desarrollo o adaptación de: (i) las reglas de mediación entre Estados e inversionistas, (ii) cláusulas modelos que contemplen mediación para que pueda ser usada en tratados y (iii) guías para el uso efectivo de la mediación⁴⁶.

Esto es un indicio de que se está trabajando para promover la mediación entre Estados e inversionistas. Sin embargo, somos partidarios de que este mecanismo, al igual que la negociación, siempre va a requerir de la previsión de otro mecanismo ulterior que opere en caso de ser infructuosa. Estos mecanismos ulteriores serían litigio ante los Tribunales del Estado receptor de la inversión, arbitraje de inversión o la reciente propuesta de creación de TPI o TMI.

Por otro lado, en caso de una relación contractual entre el Estado y el inversionista, estos pueden estipular que la controversia sea resuelta, en primera instancia, mediante negociación y/o mediación. A su vez, esto requeriría de otro mecanismo ulterior mediante el cual se resuelva la controversia en caso de que no se logre a través de la negociación o mediación.

2. Tribunales del Estado receptor de la inversión

Este método implica que las disputas entre el Estado y los inversionistas se deben someter ante los tribunales del Estado receptor de la inversión. En principio, estos tribunales tienen jurisdicción para conocer de la controversia entre el Estado y el inversionista, a menos que exista una oferta unilateral de arbitraje por parte del Estado de arbitraje y el inversionista la acepte⁴⁷ o que exista un acuerdo arbitral entre el Estado y el inversionista⁴⁸. Esto significa que, en ciertos casos, el inversionista tendrá la posibilidad de acudir a arbitraje o a los tribunales del Estado receptor de la inversión.

Podemos entonces indicar tres escenarios en los cuales este mecanismo opera a falta de posibilidad de acudir a arbitraje: (i) no hay tratado o ley aplicable, (ii) sí existe un tratado o ley aplicable, pero dicho instrumento establece que los tribunales del Estado receptor de la inversión son los únicos que tienen jurisdicción para conocer la

⁴⁶ Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Draft provisions on mediation. Note by the Secretariat. UNCITRAL Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform), https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/wp217_draft_provisions_-_advance_copy.pdf

⁴⁷ Gabrielle Kaufmann-Kohler y Michele Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* (Cham: Springer, 2020), 36, <https://doi.org/10.1007/978-3-030-44164-7>.

⁴⁸ Diógenes Lenín Bermúdez, “El arbitraje en los tratados de protección de inversiones suscritos por Venezuela”, en *Memoria Arbitral*, coord. Milagros Betancourt (Caracas: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), 2011), 100.

controversia y (iii) existe un contrato entre el Estado e inversionista que somete la controversia ante los tribunales del Estado receptor de la inversión.

El primer escenario es que el Estado receptor de la inversión no tiene tratado vigente con el Estado de donde el inversionista es nacional y por tanto debe ampararse bajo el derecho interno del Estado donde realiza la inversión o porque no existe una ley de inversiones extranjeras que contemple otros foros para resolver la controversia. Esto haría que aplicara tanto el derecho sustantivo interno de dicho Estado como el derecho adjetivo, por lo cual cualquier controversia, como el caso de una expropiación, sería tramitada ante los tribunales ordinarios de ese Estado. Bajo este escenario, no habría mayor distinción entre el inversionista nacional y el extranjero.

Este escenario puede ocurrir bien porque el Estado receptor de la inversión tiene tratados con otros Estados, pero no tiene con el Estado de donde el inversionista es nacional o porque es política del Estado receptor de la inversión no tener ningún tratado de protección de inversiones con otros Estados. Este último supuesto es el caso de Brasil.

Brasil es un país que se ha mantenido fuera del sistema global de TBI y tampoco forma parte del Convenio CIADI. Si bien ha habido una reciente reforma con los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversión, lo cierto es que, en última instancia, los inversionistas extranjeros en Brasil deberán someterse a los tribunales de dicho Estado⁴⁹.

El segundo escenario es que el Estado receptor de la inversión sí tenga un tratado en vigor con el Estado de donde el inversionista sea nacional o que sí exista una ley de inversiones extranjeras, pero que estos instrumentos establezcan como foro a los tribunales del Estado receptor de la inversión. Bajo este supuesto, el inversionista podría ampararse en los estándares de protección que existan en el tratado o en la ley de inversiones, si los hubiese, pero tendría que someter la disputa ante los tribunales del Estado receptor de la inversión.

El tercer escenario se refiere a controversias contractuales entre el Estado o alguno de sus entes y el inversionista y que la solución de dichas controversias sea sometida a los tribunales de ese Estado.

⁴⁹ Nathalie Potin y Camila Brito de Urquiza, “The Brazilian Cooperation and Facilitation Investment Agreement: Are Foreign Investors Protected?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 29 de diciembre de 2021, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/12/29/the-brazilian-cooperation-and-facilitation-investment-agreement-are-foreign-investors-protected/>. Véase también: Tejera Pérez, *Arbitraje de Inversiones en Venezuela*, 169.

3. Arbitraje

Como explicamos anteriormente, antes del surgimiento del arbitraje de inversión, existía la protección diplomática o el sometimiento de las disputas ante el Estado receptor de la inversión. En la actualidad, ante la ausencia de un acuerdo arbitral, los tribunales del Estado receptor de la inversión son quienes tendrán jurisdicción para conocer la controversia. De esta forma, podemos concluir que el arbitraje es una alternativa a la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor de la inversión⁵⁰.

El arbitraje como medio de resolución de controversias entre Estado e inversionista puede basarse en un tratado, una ley o un contrato.

El arbitraje de inversión, a diferencia del arbitraje contractual, versa sobre el incumplimiento de estándares consagrados en tratados o en leyes de inversión. En su gran mayoría, los arbitrajes de inversión se basan en Tratados Bilaterales de Inversión. Por esta razón, el arbitraje contractual se limita a disputas derivadas de la relación contractual, aunque sea entre un Estado y un inversionista, mientras que el arbitraje de inversión tiene un alcance más amplio, el cual se basa en la violación de los estándares consagrados en el tratado o en la ley aplicable⁵¹.

Para poder acudir a arbitraje es necesario que las partes así lo convengan mediante un acuerdo. En el caso de arbitraje de inversión, se entiende que el Estado realiza una oferta unilateral para someter la disputa a arbitraje a través del tratado o de la ley y el inversionista la acepta⁵². En ese momento se tiene como perfeccionado dicho acuerdo. En el caso de arbitraje contractual, el acuerdo de arbitraje se realiza entre el Estado o algún ente del Estado y el inversionista directamente⁵³.

En cuanto a los temas procedimentales, el arbitraje de inversión y el contractual son muy similares, puesto que sus formas y procedimientos pueden ser hasta los mismos. De hecho, la Reglas de Arbitraje del CIADI aplican tanto para los arbitrajes de

⁵⁰ Kaufmann-Kohler y Potestà, *Investor-State Dispute Settlement and National Courts*, 20-21.

⁵¹ Hernández G., Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones, 135. Véase también: Enrique Fernández Masiá, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 42 y ss.

⁵² Hernández G., Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones, 134.

⁵³ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 53. Véase también: Hernández G., Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones, 134.

inversión como para los arbitrajes contractuales entre Estados e inversionistas⁵⁴, al igual que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁵⁵.

De esta forma, temas como la constitución del tribunal arbitral, fases escritas y orales, laudos, procedimiento arbitral, nulidad, reconocimiento y ejecución de los laudos, entre otras serán iguales o similares tanto para el arbitraje de inversión como para el contractual entre Estados e inversionistas.

Una de las principales características del arbitraje es que las partes escogen a los árbitros que van a resolver su controversia. Es decir, los árbitros no forman parte de una institución permanente de resolución de controversias, sino que son escogidos para cada caso particular⁵⁶.

Además de eso, el arbitraje se caracteriza por no tener reglas procedimentales rigurosas, por lo cual las partes tienen la posibilidad de realizar acuerdos de cómo van a llevar a cabo el procedimiento. En este sentido, las partes pueden acordar varios aspectos, como el idioma, lugar del arbitraje, lugar donde se celebrarán las audiencias, el calendario procedimental, etc. Lo usual es que esto sea acordado al comienzo del procedimiento arbitral cuando ya esté constituido el Tribunal Arbitral. En los casos en que las partes no acuerden algo, el Tribunal Arbitral tomará la decisión.

Un último aspecto relevante del arbitraje es que los laudos arbitrales pueden ser ejecutados en casi cualquier lugar del mundo. En el caso de los arbitrajes bajo el Convenio CIADI, los laudos son reconocidos automáticamente por los Estados miembros del Convenio⁵⁷, mientras que los demás laudos podrán ser reconocidos y ejecutados de conformidad con la Convención de Nueva York⁵⁸.

⁵⁴ “Spotlight on Contract-based Disputes at ICSID”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 25 de julio de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/blogs/spotlight-contract-based-disputes-icsid>.

⁵⁵ “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, acceso el 24 de julio de 2022, <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>.

⁵⁶ Natalie Morris-Sharma, “The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection: Any Options for Preservation?”, en *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration, ICCA Congress Series*, ed. Jean Engelmayr Kalicki y Mohamed Engelmayr Kalicki, vol. 20 (The Hague: International Council for Commercial Arbitration / Kluwer Law International, 2020), 434, <https://www.ssrn.com/abstract=3594997>.

⁵⁷ Artículo 54 del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Convenio CIADI) Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

⁵⁸ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York). Disponible en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>.

4. Tribunales permanentes de inversión y tribunales multilaterales de inversión

El arbitraje entre Estado e inversionista ha sufrido una serie de críticas en los últimos años. Entre dichas críticas se encuentra que el procedimiento arbitral es muy costoso, que las decisiones de los tribunales arbitrales son inconsistentes y hechos similares pueden llevar a soluciones distintas⁵⁹, que la imparcialidad de los árbitros es dudosa puesto que son nombrados por las partes⁶⁰ y hay un grupo reducido de árbitros decidiendo la mayoría de los arbitrajes⁶¹, que las decisiones suelen limitar el derecho a regular de los Estados⁶², la falta de transparencia⁶³, que no hay posibilidad de apelar, entre otras.

Si bien el propio sistema ha buscado mejorar estos aspectos, la crítica sigue existiendo y ha llevado a proponer un cambio⁶⁴, el cual consiste en la creación de TPI para que resuelvan las controversias entre Estado e inversionista⁶⁵.

Este cambio ha sido impulsado por la Unión Europea⁶⁶ y actualmente el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI⁶⁷ se encuentra trabajando en dicha propuesta. Además de ello, la Unión Europea ha suscrito tres tratados que contemplan esta figura⁶⁸: (i)

⁵⁹ Seung-Woon Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 87, n° 4 (2021): 486. Agata Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, *Groningen Journal of International Law* 9, n° 1 (2021): 199, <https://doi.org/10.21827/GroJIL.9.1.195-211>.

⁶⁰ Morris-Sharma, “The T(h)Reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 434.

⁶¹ Margie-Lys Jaime, “Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism”, en *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, ed. Alan M. Anderson y Ben Beaumont (The Hague: Kluwer Law International, 2022), 138. Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, 489.

⁶² Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 200.

⁶³ Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 201.

⁶⁴ Morris-Sharma, “The T(h)Reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 437. Zwolankiewicz, “Multilateral Investment Court – a Cure for Investor-State Disputes Under Extra-EU International Investment Agreements?”, 204.

⁶⁵ Venetia Argyropoulou, “Chapter 2: ISDS Reform in the EU: Are We There Yet?”, en *The Investor-State Dispute Settlement System: Reform, Replace or Status Quo?*, ed. Alan M. Anderson y Ben Beaumont (The Hague: Kluwer Law International, 2022), 52.

⁶⁶ Morris-Sharma, “The T(h)Reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection”, 440. Nikos Lavranos y Tania Singla, “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”, *German Arbitration Journal* 16, n° 6 (2018): 354. Kabir A N Duggal y Laurens H van de Ven, “The 2019 Netherlands Model BIT: Riding the New Investment Treaty Waves”, *Arbitration International* 35, n° 3 (2019): 356, <https://doi.org/10.1093/arbint/aiz013>.

⁶⁷ Duggal y van de Ven, “The 2019 Netherlands Model BIT”, 356.

⁶⁸ Lee, “ISDS Reform: Analysis on Establishing a Multilateral Investment Court System”, 492.

Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA)⁶⁹; (ii) Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y Singapur⁷⁰ y (iii) Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y Vietnam⁷¹. Si bien ninguno de estos tratados está en vigencia, son los únicos que contemplan esta figura, por lo cual es importante destacar los elementos más relevantes ahí establecidos.

En líneas generales, los tres tratados contemplan el mecanismo de resolución de controversias entre Estado e inversionista de manera muy similar. En cada tratado se contempla la creación de un TPI para las controversias que surjan, en virtud de dicho tratado, entre los inversionistas de un Estado y el otro Estado. De esta forma cada tratado tiene su propio TPI.

Estos tribunales están conformados por miembros prenombrados, entre los cuales se rotarán para resolver cada controversia⁷². En los tratados se establecen las normas relativas a la selección de dichos miembros, duración, forma de designación para cada caso, entre otras.

Por otro lado, en los tres tratados se contempla la figura del tribunal de apelación, el cual servirá para reconsiderar los laudos cuando: (i) haya errores en la aplicación o interpretación del derecho aplicable; (ii) haya errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluyendo la apreciación de derecho nacional competente o (iii) se configuren alguna de las causales de anulación de laudos CIADI contemplados en el artículo 52(1)(a)-(e) del Convenio CIADI⁷³.

Un aspecto importante por destacar es que en los tres tratados se establece la posibilidad de que se constituya un TMI que sustituya al TPI particular creado para cada tratado⁷⁴.

⁶⁹ Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea y sus Estados Miembros (CETA), suscrito el 30 de octubre de 2016, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3593/download>.

⁷⁰ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y la República de Singapur, suscrito el 15 de octubre de 2018, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5714/download>.

⁷¹ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros y la República Socialista de Vietnam, suscrito el 30 de junio de 2019, aun no en vigor. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5868/download>.

⁷² Piero Bernardini, "Reforming Investor-State Dispute Settlement: The Need to Balance Both Parties' Interests", *ICSID Review* 32, n° 1 (2017): 42, <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw035>.

⁷³ Jaime, "Chapter 7: Reshaping Investor-State Dispute Settlement Through an Appellate Review Mechanism", 146. Bernardini, "Reforming Investor-State Dispute Settlement", 43.

⁷⁴ Morris-Sharma, "The T(h)reat of Party Autonomy in ISDS Arbitrator Selection", 446. Argyropoulou, "Chapter 2: ISDS Reform in the EU: Are We There Yet?", 51. N. Jansen Calamita, "The Challenge of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at IC", *ICSID Review* 32, n° 3 (2017): 615 y 616.

La creación de un TMI es algo que la Unión Europea ha estado evaluando y promoviendo⁷⁵. De esta forma sería necesario que una cantidad significativa de países adopten un tratado que cree dicho TMI, el cual resuelva las disputas entre un Estado y un inversionista de otro Estado, cuando estos Estados le den jurisdicción a través de sus propios tratados⁷⁶.

IV. Mecanismo que Venezuela debe adoptar

Una vez analizados los mecanismos disponibles y tomando en cuenta la historia del arbitraje de inversión en Venezuela, el panorama actual es que todavía hay ciertos inversionistas que, más allá de los períodos de enfriamiento, tienen la posibilidad de resolver la controversia mediante arbitraje de inversión⁷⁷, mientras que hay otros que deben someterla ante tribunales nacionales de Venezuela⁷⁸.

Partiendo de este punto, para estimular e incentivar la inversión extranjera directa, es necesario analizar si se debe adoptar algún cambio con respecto a los mecanismos actuales o no.

Si bien hay análisis que determinan que la suscripción de TBI, los cuales en su mayoría contemplan arbitraje de inversión, no necesariamente aumenta el flujo de inversión extranjera directa⁷⁹, hay otros que concluyen que sí existe una correlación entre cantidad de TBI e inversión extranjera directa, especialmente en países en vía de desarrollo⁸⁰. Sobre esto, consideramos que la adopción de TBI que contemplen

⁷⁵ Colin M. Brown, “A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Disputes. Some Preliminary Sketches”, *JCSID Review* 32, n° 3 (2017): 682. Lavranos y Singla, “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”, 354.

⁷⁶ Lavranos y Singla, “Achmea: Groundbreaking or Overrated?”, 354.

⁷⁷ Aquellos que sean nacionales de Estados con los que Venezuela tenga TBI vigentes que contemplen arbitraje de inversión.

⁷⁸ Aquellos que sean nacionales de Estados con los que Venezuela tenga TBI vigentes que contemplen jurisdicción de los tribunales del Estado receptor de la inversión o aquellos que sean nacionales de Estados con los que no Venezuela no tenga TBI.

⁷⁹ Columbia Center on Sustainable Investment, “Costos y beneficios de los tratados de inversión. Consideraciones prácticas para los Estados” (New York: Columbia Center on Sustainable Investment, 2018), 6 y ss. <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/spanish.pdf>. Véase también: Mary Hallward-Driemeier, “Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite” (Washington, DC: World Bank, 2003), <https://doi.org/10.1596/1813-9450-3121>. Josef C. Brada, Zdenek Drabek, y Ichiro Iwasaki, “Does Investor Protection Increase Foreign Direct Investment? A Meta-Analysis”, *Journal of Economic Surveys* 35, n° 1 (2021): 34–70, <https://doi.org/10.1111/joes.12392>.

⁸⁰ Mario Roberto Alvarado Martínez, Roger Eduardo Centeno Lagos, y Tania Marlene López Medina, “El efecto de la cantidad de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) en la Inversión Extranjera Directa (IED) en 217 países”, *Economía y Administración* 12, no 2 (2021): 115–27, <https://doi.org/10.5377/eya.v12i2.12975>. Véase también: Eric Neumayer y Laura Spess, “Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”, *World Development* 33, n° 10 (2005): 1567–1585, [http://eprints.lse.ac.uk/627/1/World_Dev_\(BITs\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/627/1/World_Dev_(BITs).pdf).

¿Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

arbitraje de inversión es más beneficioso, debido a que le genera más confianza a un inversionista al analizar si hacer una inversión⁸¹.

Analizando el arbitraje de inversión desde la perspectiva de formar parte del CIADI, es prácticamente un mínimo necesario formar parte de dicha institución para que el Estado demuestre que es un buen lugar para la inversión extranjera directa⁸². De esta forma, la membresía del CIADI y la disponibilidad de arbitraje de inversión para inversionistas extranjeros genera una ventaja competitiva frente a otros Estados que no lo ofrezcan.

Si bien es cierto que hay países que atraen inversión extranjera directa aun sometiendo las disputas ante los tribunales del Estado receptor de la inversión, como es el caso de Brasil, lo cierto es que esto solo puede generarle confianza al inversionista si el sistema de justicia es robusto e imparcial, o si el comportamiento del Estado es de respeto al inversionista.

Este no es el caso de Venezuela. En Venezuela hay muchos cuestionamientos al sistema de justicia⁸³ y el comportamiento del Estado hacia los inversionistas ha sido agresivo, lo cual genera poca confianza a un inversionista de que le respeten sus derechos y del foro disponible para hacerlos valer.

De esta forma, al adoptar el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, los inversionistas podrían contar con un foro más confiable para hacer valer sus derechos y resolver sus controversias con el Estado, lo cual podría motivarlos a realizar inversiones directas en Venezuela.

Aun así, consideramos que la adopción del sistema de arbitraje como hecho aislado sin otras medidas no es suficiente para la atracción de inversión extranjera directa. Es necesario que el Estado venezolano tome medidas que se ofrezca como un destino que respete a las inversiones extranjeras directas y que les genere confianza a los inversionistas.

Adicional al arbitraje, consideramos que Venezuela puede establecer otros mecanismos como la negociación o mediación como un mecanismo previo al arbitraje. Por otro lado, la figura de TPI y TMI es muy reciente y ninguno ha entrado en

⁸¹ UNCTAD, *El Papel de Los Acuerdos Internacionales de Inversión en La Atracción de Inversión Extranjera Directa Hacia Los Países en Desarrollo* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2009), 52, <https://doi.org/10.18356/b58c7287-es>.

⁸² Ciar Global, “¿Ser miembro CIADI es positivo para la atracción de inversión?”, *Ciar Global*, 21 de diciembre de 2021, acceso el 12 de agosto de 2022, <https://ciarglobal.com/ser-miembro-ciadi-es-positivo-para-la-atraccion-de-inversion-extranjera/>.

⁸³ Venezuela se encuentra en el lugar 138 de 139 del Índice de Estado de Derecho del World Justice Project: “WJP Rule of Law Index”, World Justice Project, acceso el 13 de agosto de 2022, <https://worldjusticeproject.org//rule-of-law-index/>.

funcionamiento. En este sentido, será necesario analizar su desarrollo para determinar si éste será un mecanismo eficiente para la resolución de controversias entre Estados e inversionistas y pueda atraer inversión extranjera directa.

V. Formas de implementación del arbitraje en Venezuela

Partiendo de la idea de que Venezuela debe implementar el sistema de arbitraje como una de las medidas para generar confianza en el inversionista y así atraer más inversión extranjera directa, es importante analizar las formas concretas mediante las cuales se puede hacer.

Como hemos indicado anteriormente, el arbitraje entre Estados e inversionistas puede estar consagrado en la legislación interna, en tratados o en contratos.

En caso de que Venezuela tome la decisión de hacer una oferta unilateral a todos los inversionistas extranjeros, podría hacerlo a través de un acto legislativo. En este sentido tendría que tomar como referencia el artículo 22 de la Ley de Promoción y Protección de Inversiones y la interpretación dada al mismo, de forma que, a partir de la redacción del mismo, se pueda determinar la oferta unilateral de arbitraje aun en ausencia de tratados.

Por otro lado, Venezuela puede suscribir nuevos tratados o incluso renegociar los existentes. Sobre esto es necesario resaltar varios aspectos. La mayoría de los TBI vigentes contemplan la posibilidad de acudir a arbitraje, aunque de varios se pueden desprender interpretaciones variadas debido a la denuncia del Convenio CIADI por parte de Venezuela. Incluso podrían existir nuevas interpretaciones en caso de que Venezuela vuelva a ser miembro del CIADI. De esta forma, algunos tratados vigentes podrían ser inoperativos en ese sentido, por lo cual sería necesario renegociarlos para contemplar el arbitraje de inversión.

Además de ello, consideramos que mediante la renegociación de tratados y suscripción de nuevos tratados se puede modernizar la red de tratados de Venezuela. Entre las tendencias más modernas de los tratados de inversión se encuentra la limitación o supresión de ciertos estándares, la necesidad de que la inversión tenga un desarrollo responsable, el reconocimiento del derecho a regular del Estado a través de medidas para proteger la salud y seguridad, derechos laborales, así como desarrollo sustentable y protección al medio ambiente⁸⁴.

⁸⁴ UNCTAD, “Recent developments in the IIA regime: accelerating IIA reform”, agosto de 2021, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbint2021d6_en.pdf. Véase también: Jesse Coleman, “Briefing Note: Modern Provisions in Investment Treaties” (Columbia Center on Sustainable

¿Qué puede hacer Venezuela para atraer inversión extranjera? Consideraciones desde la óptica de los mecanismos de resolución de controversias entre Estado e inversionista

De esta forma se estaría promoviendo inversión extranjera sustentable y se reconocería el derecho a regular del Estado. Esto evitaría que muchas de las medidas tomadas por el Estado sean consideradas como violaciones a los estándares del tratado.

A su vez, Venezuela puede establecer una política interna de incluir acuerdos arbitrales en sus contratos con inversionistas, para que las controversias surgidas de dichos contratos sean resueltas mediante arbitraje. En este caso, el acuerdo solo incluiría al inversionista con quien contrata el Estado. Sobre esto es importante tomar como referencia a Brasil. Como indicamos anteriormente, dicho Estado es ajeno al arbitraje de inversión, pero no al arbitraje contractual⁸⁵.

Por último, otra medida que puede tomar Venezuela es el reingreso al CIADI, la cual consideramos que es fundamental⁸⁶. Como indicamos anteriormente, ser miembro del CIADI puede entenderse como requisito mínimo para que el Estado muestre que es un buen destino para los inversionistas extranjeros y así generar confianza.

Sobre esto es importante tomar en cuenta el reciente reingreso de Ecuador al CIADI⁸⁷, lo cual constituye un precedente importante para que Venezuela también pueda hacerlo.

VI. Conclusiones

Para promover la inversión extranjera directa es necesario que Venezuela tome ciertas medidas, entre las cuales se encuentran aquellas relativas a los mecanismos de resolución de controversias.

En un contexto en el que el sistema de justicia presenta serias fallas, el mecanismo más eficiente y que más confianza le genera a los inversionistas es el arbitraje. En este sentido, la adopción de arbitraje entre Estado e inversionista por parte de Venezuela es una medida necesaria para captar inversión extranjera directa. Sin embargo, es necesario que además se tomen otras medidas que favorezcan el ambiente de inversiones en Venezuela, comenzando por el respeto a los derechos de los inversionistas.

Investment, julio de 2020), https://cesi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/Briefing%20Note_Modern%20Provisions%20in%20Investment%20Treaties_July%202020.pdf.

⁸⁵ Daniela Amarante, “Uriá Menéndez on Brazil’s Arbitration Safety Net for Foreign Investors”, *Law.Com International*, 25 de mayo de 2022, <https://www.law.com/international-edition/2022/05/25/uria-menendez-opinion-brazils-arbitration-safety-net-for-foreign-investors/>.

⁸⁶ Betancourt, “Why Should Venezuela Re-Join the ICSID Convention?”

⁸⁷ “Ecuador ratifica el Convenio del CIADI”, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, acceso el 20 de agosto de 2022, <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/ecuador-ratifica-el-convenio-del-ciadi>.

Si bien existe una multiplicidad de medidas que se pueden tomar para adoptar arbitraje entre Estado e inversionista, es posible solo implementar algunas. En este sentido, Venezuela podría tomar solo aquellas que sean más beneficiosas, pero es importante siempre tener como finalidad la captación de inversión extranjera directa.

Por último, es necesario que Venezuela se prepare para la posible modificación del sistema de resolución de controversias entre Estados e inversionistas que propone la Unión Europea y que el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI se encuentra desarrollando. Aun cuando la inclusión de dicho sistema ocurra, no significa que se vaya a dejar de lado el arbitraje de inversión.

Separabilidad del acuerdo arbitral en virtud de la violencia en el perfeccionamiento del contrato principal

Carol Jiménez López*
María Palacios La Manna**

pp. 103-122
Recibido: 07 Ene 2023
Aceptado: 31 Ene 2023

Resumen: El consentimiento como manifestación de las voluntades de manera deliberada, consciente y libre es uno de los elementos esenciales de todo contrato, incluyendo al acuerdo arbitral. Por ello se afirma que el arbitraje nace del consentimiento. Hallar el más mínimo vicio en este elemento puede significar la nulidad del contrato.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar el vicio de la violencia en el consentimiento del contrato principal, con miras a determinar si su presencia afecta la validez del acuerdo arbitral contenido en dicho contrato principal, entendiendo que estos tienen validez independiente, aunque fueron suscritos de manera simultánea.

Palabras claves: Contratos | Arbitraje | Cláusula arbitral | Acuerdo arbitral | Consentimiento | Separabilidad | Vicios del consentimiento | Violencia.

Abstract: Consent as a deliberate, conscious, and free manifestation of will is one of the essential elements of any contract, including arbitration agreements. Therefore, it is said that arbitration arises from consent. Even the slightest defect in this element may result in the nullity of the contract.

The purpose of this paper is to study the defect of violence in the consent of the main contract, with a view to determining whether its presence affects the validity of the

* Abogada, Universidad Central de Venezuela. Estudios Avanzados en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana. Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA), Universidad Monteávila. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Socia -40 del Club Español del Arbitraje (CEA).

** Abogada Cum laude, Universidad Central de Venezuela. Estudios Avanzados en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana. Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA), Universidad Monteávila. Estudiante del LLM in Dispute Resolutions, University of Missouri.

Separabilidad del acuerdo arbitral en virtud de la violencia en el perfeccionamiento del contrato principal

arbitration agreement contained in the main contract, on the understanding that they have independent validity, although they were signed simultaneously.

Keywords: Contracts | Arbitration | Arbitration clause | Arbitration agreement | Consent | Separability | Vices of consent | Violence.

Separabilidad del acuerdo arbitral en virtud de la violencia en el perfeccionamiento del contrato principal

Sumario

I. Introducción | II. Elementos de validez del contrato | 1. Consentimiento | a. Vicios del consentimiento | i. El error | ii. El dolo | iii. La violencia | (a) Sobre los tipos de violencia | (b) Condiciones de la violencia | (c) Prueba de la violencia en el contrato | III. El impacto de la violencia en el acuerdo arbitral | 1. La declaración de voluntad como elementos fundamentales de la cláusula arbitral | IV. Implicaciones de la violencia en relación con la validez de cláusulas o acuerdos arbitrales | 1. Separabilidad del acuerdo arbitral | V. Nulidad de la cláusula arbitral | VI. Conclusiones.

I. Introducción

Dentro de las nociones jurídicas que desarrollan al arbitraje en el mundo, encontramos el principio de separabilidad de la cláusula arbitral como una base conceptual de gran importancia para el arbitraje y su evolución. Ese principio indica que la cláusula arbitral se entenderá como un acuerdo libre e independiente del contrato que la contenga.

Es menester evaluar el principio de separabilidad y el principio Kompetenz-Kompetenz. El primero consiste en la independencia que se le da a la cláusula arbitral a pesar de estar contenida dentro de un contrato principal. Se trata de una ficción en sí misma que se ha creado para proteger a la cláusula mencionada de cualquier nulidad que pueda sufrir el contrato principal.

El segundo principio consiste en la obligación que tiene la jurisdicción arbitral de ser la única autorizada para evaluar su propia jurisdicción, es decir, son los árbitros quienes tienen la única y exclusiva potestad de valorar, si efectivamente un caso puede ser resuelto por vía arbitral, o en cambio, deberá ser remitido a la vía ordinaria, pero no al contrario; en otras palabras, se refiere a la potestad de los árbitros de pronunciarse respecto a la validez de la cláusula compromisoria.

El principio Kompetenz-Kompetenz ha sido reiteradamente definido por la jurisprudencia venezolana. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo enuncia de la siguiente manera:

Los principios de competencia- competencia y de la autonomía del pacto arbitral se constituyen en el régimen jurídico estatuario del arbitraje, en eslabones cardinales para

garantizar el derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional N° 192/08), en la medida que al ser la competencia del órgano del arbitraje consecuencia de un pacto -arbitral- que determina el ámbito de la competencia del mismo, es necesario reconocer a éstos su competencia para resolver los asuntos que se encuentren enmarcadas por la correspondiente estipulación, tal como lo señala la Ley de Arbitraje Comercial en sus artículos 7 y 25¹.

Si bien lo anterior no se discute, ya que ambos principios se configuran como bases primordiales del procedimiento arbitral, incluso en Venezuela, no es menos cierto que el arbitraje nace del consentimiento de las partes, siendo la autonomía de la voluntad el elemento principal para poder incluir pactos arbitrales dentro de los contratos o bien para suscribir acuerdos arbitrales independientes, ya que, el acuerdo arbitral (i) puede estar contenido en un contrato principal, en cuyo caso se denomina cláusula arbitral o cláusula compromisoria o (ii) puede ser un contrato autónomo, que se denomina compromiso arbitral.

La voluntad de las partes de someter a arbitraje una diferencia entre ellas, actual o futura, para Redfern & Hunter² “es lo que da fundamento mismo al arbitraje y por ello no es posible un proceso arbitral válido sin un pacto arbitral válido.”

Ahora, si se logra evidenciar que alguna de las partes suscribió bajo violencia el contrato principal, el cual contenía una cláusula arbitral, y que, la voluntad de esa parte de someterse a esta jurisdicción arbitral no fue autónoma y libre, ¿Se debe entender entonces los principios ya mencionados de la misma forma y con el mismo alcance?

A continuación, desarrollaremos diversas opiniones de la doctrina nacional y del derecho comparado que permitirán responder a las interrogantes anteriores.

II. Elementos de validez del contrato

El Código Civil venezolano (“CCV”) define el contrato como una convención entre dos o más personas en la que se constituye, regla, transmite, modifica o extingue un vínculo jurídico³. Se puede describir la definición de contratos como acuerdos

¹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1067, 3 de noviembre de 2010: Caso ASTIVENCA Astilleros de Venezuela, C.A.; Véase también sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1.200, de fecha 19 de junio de 2001: Caso Hoteles Doral, C.A. y sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, RC N° 903, 19 de agosto de 2004: Caso Operaciones, F.F., C.A.

² Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 14.

³ Código Civil de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de julio de 1982.

donde se deberán encontrar presentes dos o más voluntades, con el objeto de producir efectos jurídicos o el de concretar una relación jurídica.

Teniendo esa definición en cuenta, para que un contrato pueda tener válidamente efectos entre las partes y frente a terceros, deberán estar presentes una serie de elementos indispensables. A falta de alguno de éstos se puede asumir que el contrato existe, pero no es válido, y en algunos casos se puede estar ante la inexistencia misma del acuerdo.

De hecho, si una parte dio su consentimiento viciado, el contrato es anulable⁴ y así lo dispone el artículo 1146 CCV: “Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato”.

De esta forma, el CCV señala en su artículo 1141: “Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1º Consentimiento de las partes; 2º Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3º Causa lícita”⁵. Las siguientes líneas se centrarán en analizar el vicio del consentimiento propiamente por ser el objeto del presente trabajo:

1. Consentimiento

En referencia, Mélich-Orsini también resalta que el consentimiento en el contrato:

(...) viene a ser la culminación de una serie de tratos (actividades dirigidas a realizar un posible contrato) (...) Dependerá del análisis de las circunstancias, que permitirá decidir si las partes tuvieron la intención de no considerar formado el contrato hasta el momento de la firma o si, por el contrario, no entendieron supeditar la formación de consentimiento a la conformación de la prueba documental⁶.

El consentimiento se configura como el punto focal, no sólo de cualquier contrato, sino como piedra angular del acuerdo arbitral a nivel global, ya que parte de la autonomía de la voluntad de las partes, que otorgan bajo libre elección, su confirmación de acudir a una vía especial como lo es la arbitral, en lugar de la vía ordinaria que por ley corresponde. Si no existe esa manifestación de voluntad, no se podrá acudir al arbitraje para la resolución de alguna controversia.

⁴ María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, (Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017), 495.

⁵ Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145; Sentencia del Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, del 07 de agosto de 2008, Exp. 8748.

⁶ José Mélich-Orsini, “Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato”, en: *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*, (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007), 92.

Por estas razones, cuando nos encontramos con elementos externos que imposibilitan que se dé el consentimiento de forma libre e inequívoca, el contrato principal se entiende que nunca existió, y, por tanto, podríamos asumir que tampoco existe ni existió una declaración de voluntad efectiva sobre la suscripción de una cláusula compromisoria a la jurisdicción arbitral.

a. Vicios del consentimiento

Dentro del elemento consensual de validez de los contratos, existen perturbaciones⁷ que pueden afectar el mismo, también conocidos como vicios de la voluntad. Su importancia dentro de la relación contractual es alta, ya que, de estar en presencia de éstos, bien se podría asumir la inexistencia del contrato.

Si bien el contrato es ley entre las partes, la sumisión de éstas ante lo acordado viene dada porque es una manifestación de voluntad. Es por ese motivo, que las partes pueden construir las relaciones jurídicas que crean necesarias en virtud de sus intereses, posiciones y valores.

Ahora bien, cuando existe algún vicio probado en la declaración de voluntad, donde no se pueda asumir que alguna de las partes dio su consentimiento libre e inequívoco respecto a lo estipulado en el contrato, se entenderá que el contenido del acuerdo objeto de esa falta de voluntad, no podrá ser aplicado a la parte que se vio afectada de algún vicio en su consentimiento.

Lo anterior fue alegado en el caso expuesto en la sentencia N° 838 de fecha 08 de diciembre de 2022 de la Sala Política Administrativa, donde los propietarios de acciones de la sociedad civil Valle Arriba Golf Club, invocan irregularidades en la convocatoria de una asamblea de socios que termina resolviendo la reforma de los estatutos sociales, los cuales incluían un acuerdo arbitral. Luego de analizar este supuesto la jurisdicción ordinaria venezolana, consideró que visto que la contención se trataba precisamente sobre la validez de los estatutos sociales que contienen el acuerdo de arbitraje, era el Poder Judicial el que tenía jurisdicción para conocer del asunto y no la jurisdicción arbitral⁸.

Somos partidarios de que en esta ocasión el Tribunal Supremo de Justicia venezolano omitió en su análisis el principio kompetenz-kompetenz. De haberlo tomado en cuenta, hubiera llegado a la clara conclusión que el estudio de la validez o

⁷ V.: José Luis Lacruz Berdejo, *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, 5ª edición (Madrid: Dykinson, 2006), 271-77; Ángel López y López et. al., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2001), 236-39.

⁸ Sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 2022-0838 del 08 de diciembre de 2022, caso: Sociedad civil Valle Arriba Golf Club.

invalidez del contrato principal, es decir, los estatutos sociales, así como el acuerdo arbitral en él contenido, le corresponde a la jurisdicción arbitral.

Al no existir de forma clara y evidente una demostración del consentimiento de una de las partes, no sólo se afecta el consentimiento común del acuerdo, sino la voluntad singular de la parte que alega la existencia del vicio⁹. Se trata, entonces, de todos aquellos elementos que perturban el proceso formativo de la voluntad¹⁰, agrupándolos en tres categorías comunes, el error, el dolo y la violencia.

i. El error

El error se puede definir como el conocimiento falso que una de las partes que suscribe un contrato puede tener, constituyéndose de esta forma una apreciación equivocada de la realidad que se tiene¹¹. El mismo puede manifestarse en forma espontánea o strictu sensu.

Dentro de la doctrina destacan autores como Lagrange, que se refieren al error *latu sensu* como aquel que es provocado por alguna de las partes, configurándose como una “falsa representación de la situación contractual”¹².

Es menester destacar que en este caso, el conocimiento inexacto de la realidad tiene como resultado el error, debiendo ser de una magnitud tal, que si el sujeto que comete este vicio hubiese conocido todos los elementos reales que componen esa determinada realidad, nunca hubiese suscrito el contrato; en la medida que esta precisión no se dé, no podremos afirmar entonces que estamos ante el error dentro de una relación contractual.

ii. El dolo

Se materializa como un artificio, engaño, mentira, maquinación o maniobra fraudulenta que vicia la voluntad de la parte en el proceso de formación de cualquier

⁹ Enrique Urdaneta Fontiveros, *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos* (Caracas: Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2010), 1.

¹⁰ Massimiliano Di Pirro, *Compendio di Istituzioni di Diritto Privato (Diritto Civile)* XV Edizione (Napoli: Gruppo Editoriale Simone, 2012), 327. Citado por María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017), 495.

¹¹ *Compendio di Istituzioni...*, 327; Lluís Puig y otros, *Manual de Derecho Civil* 3^o edición (Madrid: Marciela Pons, 2000), 609; Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil* 9^o edición (Madrid: Tecnos, 2003), 53. Citados por María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 496.

¹² María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 496.

contrato. La doctrina uniformemente lo describe como una conducta encaminada a engañar¹³.

Es importante diferenciar el dolo como vicio del consentimiento, del dolo en el cumplimiento de obligaciones contractuales, ya que algunos autores manifiestan que: “El dolo del deudor consiste en la inexecución voluntaria de la obligación con el propósito de perjudicar al acreedor”¹⁴.

Respecto del arbitraje y de la validez de sus cláusulas de sometimiento, se entiende que el dolo debe darse con anterioridad a que sea suscrito el acuerdo arbitral, no con posterioridad, ya que cuando se habla del dolo como inexecución debemos analizarlo como lo hace Felipe Osterling, que señala: “en esta acepción, se manifiesta con posterioridad al nacimiento de la obligación y en nada altera su valor legal sólo hace al deudor responsable de los daños y perjuicios por incumplimiento”¹⁵.

Este vicio en la práctica actual resulta de difícil manifestación en el comercio internacional, cuando estamos en presencia tanto de cláusulas como de acuerdos arbitrales, ya que la mayoría de los contratos implican importantes sumas de dinero y puede asumirse que los comerciantes que suscriben éstos, tienen cierto nivel de sofisticación y cuentan con la debida asesoría legal sobre el contenido de los acuerdos y sus consecuencias.

iii. La violencia

Supone una coacción de tipo físico o moral sobre una persona a fin de forzarlo a celebrar un acto¹⁶. Es definida como el empleo de la fuerza para arrancar el consentimiento¹⁷. También se denomina violencia a la coerción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona para determinarla contra su voluntad, a la realización de un acto jurídico. Tanto la violencia como la intimidación son hechos reprimidos por el derecho penal y por el derecho civil¹⁸.

¹³ Enrique Urdaneta Fontiveros, *El error...*, 155; María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 501; Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, de fecha 12 de marzo de 2008.

¹⁴ Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en General* (Buenos Aires: La Ley, 1946), 126.

¹⁵ Felipe Osterling Paradi, *Inejecución de las Obligaciones: Dolo y Culpa* (Lima, Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, 1984), 353.

¹⁶ Enrique Urdaneta Fontiveros, *El error, el dolo y la violencia...*, 242.

¹⁷ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental* 18va ed (Buenos Aires: Editorial Haliasta, 2008), s.v. “violencia.”.

¹⁸ “Violencia e intimidación”, Enciclopedia Jurídica, acceso el 10 de diciembre de 2022, <http://www.enciclopedia-juridica.com/d/violencia-e-intimidaci%C3%B3n/violencia-e-intimidaci%C3%B3n.htm>

Se distingue la violencia física de la violencia moral o psíquica. La primera supone una amenaza a los derechos relativos al cuerpo. La última consiste en una amenaza de ocasionar perjuicio en los bienes de alguien, su persona o la de sus seres queridos. El artículo 1150 del CCV dispone: “La violencia empleada contra el que ha contraído la obligación es causa de anulabilidad, aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquélla en cuyo provecho se ha celebrado la convención”.

Las características de este vicio las da el artículo 1151 del CCV, al señalar que el consentimiento se reputa arrancado por violencia, cuando ésta es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable, tomando en cuenta la edad, sexo y condición de la persona afectada.

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 16 de mayo de 2016 declaró que:

(...) la violencia que constituye un vicio del consentimiento capaz de anular un acto jurídico, es aquella amenaza o intimidación que resulte determinante del consentimiento, es decir, que exista una relación de causalidad entre la violencia ejercida y la emisión de la declaración de voluntad. Asimismo, es aceptado que también debe ser injusta o contraria a derecho, ya que no se configura el vicio si la amenaza consistiera en realizar un comportamiento permitido por la ley, como el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber. Finalmente, la violencia debe ser grave¹⁹.

Es importante diferenciar la violencia del dolo, ya que la primera puede darse de manera directa entre las partes o un tercero, implicando que la víctima suscribe un contrato en pleno desacuerdo de su voluntad, mientras que el dolo puede entenderse como la intención de la parte o de un tercero de realizar un engaño, por lo que se estaría ante un caso donde la víctima suscribe un contrato creyendo una realidad completamente diferente, basándose en su buena fe. Esto, a su vez, no implica que la parte engañada tenga menos derecho a hacer valer la nulidad del acuerdo. Sin embargo, respecto de la validez de la cláusula arbitral que pueda contener tal acuerdo, debemos entender que el consentimiento dado con dolo como lo establece María Candelaria Domínguez “se encuentra viciado por error provocado, mientras que con la violencia no existe consentimiento. La violencia suprime el consentimiento, no lo destruye, sino que lo impide”²⁰.

Por lo que reiteramos que, al existir una cláusula o acuerdo arbitral que haya sido suscrito mediante violencia, se debe pensar como que aquella parte lo suscribió

¹⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, N° RC.000218 del 26 de abril de 2017.

²⁰ Sic. María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 509.

sin voluntad, ya que en la violencia “se debilita el ánimo, arrancando una declaración de voluntad que no se desea”²¹.

La violencia se distingue del dolo, ya que cuando el consentimiento está viciado por este último, al ser un error inducido, mientras que, al estar en presencia de violencia, no existe forma alguna de manifestación de voluntad de la parte. En estos casos, la violencia podría suprimir por completo al consentimiento, lo impide²².

(a) Sobre los tipos de violencia

Como lo mencionamos, de manera general, podemos entender que la violencia se puede dar de manera física o psicológica.

La violencia física refiere un constreñimiento exterior del sujeto que da lugar a una declaración diferente. La violencia psíquica es relativa a la amenaza de un mal contra el otro contratante, ya sea un mal pecuniario o moral. La voluntad no se ha formado libremente sino guiada por el imperio de la amenaza de un mal. La decisión ha sido producto del temor, de la amenaza y del miedo. La voluntad producto del temor de la violencia ciertamente podrá ser atacada de nulidad²³.

Es importante, además, enfatizar sobre los tipos de violencia moral que pueden ocurrir, tal como la violencia económica, relacionada a la posibilidad de anular el contrato o cláusula arbitral luego de que una de las partes diera su consentimiento²⁴ ante la amenaza de sufrir impactos económicos²⁵.

La dependencia económica de una de las partes se presenta como un elemento indispensable, del que la otra se basa para coaccionar y obtener su consentimiento. Parte de la doctrina señala que en estos casos no es posible aplicar el principio de separabilidad de la cláusula arbitral del contrato principal, ya que, quién se obligó por una desventaja económica no está demostrando su verdadera intención o pensamiento llano²⁶. Es por este motivo, que la Corte de Apelaciones de Luisana determinó que: “la dependencia económica de una parte de la otra, como en una relación laboral, es suficiente para explicar el temor de la parte dependiente a perder su empleo sí se niega a dar contentamiento”^{27*}.

²¹ Manuel Bejarano Sánchez, *Obligaciones Civiles*, 5ª edición (México: Oxford University Press, 2000): 80.

²² María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 509.

²³ María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 506.

²⁴ Fernando Bajaña y Paul González, “La manifestación del consentimiento en condiciones de violencia económica, un asunto pendiente en el arbitraje”, *Juris Dictio* 22 (2018): 58.

²⁵ Vika Lara Taranchenko, “Las causales de nulidad de doble impacto: Excepciones al principio de separabilidad del sistema arbitral”, *USFQ Law review* 7, N° 1 (2020): 159-180.

²⁶ Fernando Bajaña y Paul González, “La manifestación del consentimiento...”, 50.

²⁷ Corte de Apelación de Luisana. Standard Coffee Serv. Co. vs. Babin. Sentencia del 03 de junio de 1985.

Sí bien, dentro del derecho comercial internacional, son mayormente empresas las partes que podrían hacer vida dentro de algún procedimiento arbitral, no es menos cierto que las mismas puedan ser víctimas de actos de violencia que afecten de cierta forma sus declaraciones de voluntad. Un buen ejemplo sería como mediante la corrupción, son muchos los contratos que se suscriben, que a su vez incluyen cláusulas arbitrales.

Sobre esta posibilidad, árbitros como Lagergren analizan el supuesto del caso ICC N° 1110 del año 1963, la exigencia en el pago de comisiones que se le habían acordado sobre obligaciones contractuales futuras:

“El acuerdo celebrado entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con la finalidad de conseguir el negocio deseado”, y que las comisiones a pagarse se utilizarían “en su mayor parte para el pago de sobornos.” Adicional a ello, indicó que ningún tribunal –arbitral o judicial– podía entender un caso de estas características, debido a que “los contratos que implican una violación grave a la moral («bonos mores») y al orden público internacional son inválidos o al menos no pueden ejecutarse y, en consecuencia, tampoco pueden ser sancionados por jueces o árbitros²⁸”.

De tal manera que así como la trasgresión del orden público internacional producto de la comisión de delitos, como lo es la corrupción dentro del perfeccionamiento de un contrato, para el árbitro mencionado se tradujo en carencia de la jurisdicción arbitral y hasta judicial para decidir la controversia; así, la falta de consentimiento producto de la violencia en la suscripción del contrato puede derivar en la misma consecuencia, falta de jurisdicción para conocer.

(b) Condiciones de la violencia

La violencia debe cumplir una serie de requisitos para considerarse como tal. Ellos se desprenden de los artículos 1151 al 1153 del CCV.

Deberá ser determinante, como los demás vicios de la voluntad debe ser esencial, esto es, ha de ser grave. La violencia debe presentar una cierta intensidad. A tenor del artículo 1151 del CCV debe ser capaz de atemorizar a una persona sensata, cuya apreciación debe evaluarse en cada caso en concreto.

El mismo artículo indica que para evaluar tal condición de determinante, “debe atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas”.

²⁸ J. Gillis Wetter, “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case N° 1110”, *Arbitration International* 10 (1994): 294.

Además, la violencia puede recaer sobre la persona o sobre los bienes del sujeto o sus afectos, por ejemplo, su cónyuge, ascendientes o descendientes. Si se trata de otros parientes, le “toca al Juez pronunciar[se] sobre la anulabilidad, según las circunstancias”²⁹.

La violencia también debe ser injusta, es decir, una conducta violatoria del ordenamiento jurídico y las buenas costumbres. Si la conducta es permitida por la ley, no existe violencia. Por lo que se descarta la violencia ante el ejercicio de un derecho³⁰.

Debe tratarse de una violencia capaz de impresionar a una persona sensata, por ello se descarta el simple temor reverencial -por ejemplo, frente a padres o autoridades-, de acuerdo con el artículo 1153 del CCV. La ley se coloca en la situación moral y entiende que no se puede considerar como temor o intimidación a ese sentimiento de sumisión respetuosa que se puede tener frente a estas personas. Por último, la doctrina señala que la violencia debe cumplir con el requisito de que “[e]l agente de la violencia puede ser la parte contratante o un tercero³¹” -aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquella-, pero no se precisa obviamente el conocimiento de la otra parte. Por lo que la violencia puede provenir de un tercero, aunque el otro contratante la ignore.

Concurridas las condiciones del vicio estudiado, este, afectará directamente a la voluntad de las partes, es decir, a la libertad que estas poseen de contratar. La violencia supone alguna coacción tanto a nivel físico, como moral, sobre alguna de las partes, esto con la finalidad de forzarlo a celebrar un contrato.

(c) Prueba de la violencia en el contrato

Teniendo en cuenta cómo afectan los distintos vicios del consentimiento a la validez que puedan tener los contratos, y comprendiendo el profundo análisis que se debe realizar al estar ante la presencia de violencia, ya que esto implica un impedimento de la declaración de voluntad de la parte, de su libre consentimiento y sin éste, no existe contrato. Por tanto, es menester analizar este punto de una manera mucho más crítica.

Para poder afirmar la existencia de violencia como vicio del consentimiento contractual, la misma debe ser injusta, es decir, debe ser una conducta violatoria del ordenamiento jurídico³² y las buenas costumbres. De esta misma forma, quien ejerza violencia en búsqueda de alguna conducta determinada en cualesquiera de las partes,

²⁹ CCV, artículo 1151.- El consentimiento se reputa arrancado por violencia, cuando ésta es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable. Debe atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas.

³⁰ María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 507.

³¹ María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 508.

³² María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, 507

puede ser tanto algún tercero que no interviene directamente en el acuerdo, como quienes suscriban el contrato.

Así lo establece el artículo 1151 del CCV, ya analizado. Por ese motivo, y conforme a los principios que rigen la carga de la prueba, quien alega la existencia de este vicio dentro de la formación de un contrato, será el encargado de demostrar la existencia de éste.

No obstante, la prueba de la violencia en la etapa pre-contractual no resulta una tarea fácil, ya que, con frecuencia, los métodos que podrían facilitar la obtención de esta prueba implican a su vez un medio de prueba ilegal, como lo son el uso de grabaciones en video o audio sin el consentimiento de a quienes se graba, por lo que entra dentro de un marco de subjetividad para las partes, en estos supuestos, de qué forma se puede demostrar la existencia de violencia.

Con la probanza de tal violencia, aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo³³, puede obtener la nulidad del contrato.

III. El impacto de la violencia en el acuerdo arbitral

La doctrina ha sostenido que el acuerdo de arbitraje es la llave de entrada al arbitraje³⁴. La Ley Modelo de la Convención de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo de la CNUDMI”), la define como “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”³⁵.

La Ley de Arbitraje Comercial señala que “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”³⁶.

Para Cecilia Fresnedo De Aguirre el acuerdo arbitral, como cualquier acuerdo “es susceptible de producir efectos jurídicos, presupone la existencia de consentimiento válido prestado por cada una de las partes involucradas en el negocio.

³³ CCV, artículo 1146.

³⁴ V. Claudia Madrid Martínez, “Cláusula arbitral y sus patologías” (conferencia, Cámara de Caracas, 15 de julio de 2021), <https://www.youtube.com/watch?v=pkknualH0HM>.

³⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006, artículo 7.

³⁶ Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998 Ley de Arbitraje Comercial, artículo 5.

Constituye no sólo una condición de validez, sino de la existencia misma del acuerdo arbitral³⁷.

De tal manera se evidencia que el acuerdo arbitral determina el inicio del procedimiento a partir del cual, las partes expresan su voluntad inequívoca de acudir a ese método de solución de disputas y de él derivan ciertos efectos, como toda relación de causalidad.

1. La declaración de voluntad como elemento fundamental de la cláusula arbitral

La declaración de voluntad de las partes, al someterse a la jurisdicción arbitral, se constituye como la columna vertebral del procedimiento arbitral, ya que, sin ella, no existe arbitraje. El arbitraje comercial nace del acuerdo entre las partes, deberá atender los requisitos de ley y que se encuentra fundamentado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que consiste en que toda persona sólo puede obligarse en virtud de su propio querer libremente manifestado³⁸.

Es por ese motivo que los vicios de la voluntad como elemento indiscutible de formación del contrato, toman gran importancia en relación con las cláusulas o acuerdos arbitrales. Si bien pueden existir otros vicios en el origen de estos acuerdos, cuando se presenten alteraciones a la voluntad, es necesario evaluar qué tanto se ve afectada la declaración de acudir a la vía arbitral o qué tanto puede ser considerada nula, aun aplicando a la cláusula el principio de separabilidad. Como se ha visto, la violencia es uno de los vicios que más puedan afectar este consentimiento, ya que lo impide.

IV. Implicaciones de la violencia en relación con la validez de cláusulas o acuerdos arbitrales

En el primer caso, el contrato principal contiene una cláusula mediante la cual las partes acuerdan someterse a la jurisdicción arbitral para resolver cualquier disputa sobre el contrato principal. En el segundo caso, el acuerdo arbitral es un contrato mediante el cual las partes acuerdan someter a la vía arbitral la resolución de disputas presentes o futuras derivadas de relaciones jurídicas preexistentes.

Por lo anterior, es primordial analizar las implicaciones de la violencia como vicio del consentimiento en ambos casos. Por ejemplo, al estar presente este vicio en

³⁷ Cecilia Fresnedo De Aguirre, "El acuerdo arbitral como piedra angular del arbitraje. El rol de la judicatura en el control, Arbitraje Comercial Internacional Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales", en *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros* (Washington D.C.: Organización de Estados Americanos, 2006), 173, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5120/26.pdf>

³⁸ Eloy Maduro, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, 10^o Edición (Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1997).

un compromiso arbitral, la violencia implicaría la nulidad del acuerdo, pero no del contrato principal. En ese caso, la declaratoria de nulidad del acuerdo arbitral recae única y exclusivamente en el árbitro, en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz.

Cuando estamos ante una cláusula arbitral, contenida en un contrato principal, la violencia implicaría claramente un vicio de nulidad del contrato principal. En virtud del principio de separabilidad de la cláusula arbitral, en ese caso, la cláusula arbitral, aunque forma parte del contrato principal, se deberá analizar como un contrato independiente y seguirá rigiendo con plena validez para resolver los conflictos derivados de esa nulidad. En el caso de violencia, la parte afectada podría alegar que nunca brindó su consentimiento a someterse a la jurisdicción arbitral y que, por ende, la cláusula arbitral está viciada.

Con respecto a este problema jurídico, la Corte Suprema del Ecuador, en el caso Makro S.A. vs. Fodeva S.A., donde se alegaba que el consentimiento de un contrato había sido obtenido a través de violencia y su causa era ilegítima³⁹, aplicó el principio de separabilidad. La Corte concluyó que:

(...) la nulidad del contrato no afectaría el derecho de las partes de someter sus diferencias a los árbitros, incluyendo la nulidad del contrato principal. La Corte Suprema añadió que las partes mantenían el derecho de que los méritos del alegato de nulidad fuesen resueltos por los árbitros⁴⁰.

Sin embargo, parte de la doctrina ecuatoriana ha concluido lo contrario: “Aquel contrato que contiene una cláusula arbitral y que fue celebrado bajo amenazas o coacción, puede ser considerado nulo [ab initio] junto con la cláusula arbitral”⁴¹. En virtud de lo mencionado, dentro de la jurisprudencia comparada anglosajona, en el caso Heyman vs. Darwins, también se concluyó que si una parte alega que un contrato es nulo desde el principio (por ejemplo en casos de coacción), la cláusula arbitral también lo es⁴².

1. Separabilidad del acuerdo arbitral

El principio de separabilidad de la cláusula arbitral, entendido como aquel soporte jurídico que le permite a un tribunal arbitral juzgar sobre la validez o nulidad de un contrato, sin que la cláusula de arbitraje contenida en él sea afectada por la suerte que sufra el contrato que la contiene. Es decir, la cláusula arbitral es separable del contrato principal.

³⁹ Corte Suprema del Ecuador. Makro S.A. vs. Fodeva S.A. Sentencia del 24 de mayo de 2006.

⁴⁰ Daniel E. Vielleville, “Nulidad de Contrato y Nulidad de Cláusula Compromisoria”, *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Montevideo* (2010): 94.

⁴¹ Traducción Libre. Albert Jan Van Den Berg. *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* (Londres: Kluwer Law International, 2003), 240.

⁴² House of Lords, *Heyman vs. Darwins*, Resolución del 20 de febrero de 1942.

La doctrina y la jurisprudencia modernas han optado por la aplicación del principio de separabilidad como regla general para evitar que los vicios del contrato principal contagien la cláusula arbitral contenida en aquel, generando de esta forma un gran desarrollo en la práctica del arbitraje a nivel internacional, en virtud de que se estiman como independientes y autónomos⁴³. Caivano menciona que dicho principio no es absoluto, puesto que no implica que las causas que afectan la validez del contrato principal nunca puedan afectar la del convenio arbitral:

(...) la posibilidad de que ambos pactos sean nulos existe, ya que, habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios –especialmente los que se refieren a la declaración de la voluntad de las partes– pueden afectar conjuntamente al contrato principal y al acuerdo arbitral⁴⁴.

Con base en el principio de separabilidad, se entiende que los contratos que contengan cláusulas arbitrales deberán ser analizados bajo la premisa de que realmente se trata de dos contratos separados: el contrato principal, referido a las obligaciones que las partes adquieren con su suscripción; y el “contrato de arbitraje”, que obliga a las partes a resolver por la vía arbitral cualquier tipo de disputa relacionada con el contrato principal⁴⁵.

Ahora bien, ante alguna causal de nulidad que tenga doble impacto⁴⁶, los árbitros deberán declararse incompetentes para decidir la cuestión de fondo del litigio y esa declaración será válida en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz. Mientras que, por otro lado, si se inicia el proceso en sede judicial, y se alega una excepción de existencia de una cláusula compromisoria se entiende que los jueces de la jurisdicción ordinaria no podrán decidir sobre la validez del acuerdo arbitral, en virtud del principio pro arbitri, y deben remitir el asunto a arbitraje⁴⁷.

Sobre este particular, la doctrina establece la independencia que adquieren los árbitros una vez que se constituye el tribunal arbitral, establece Germán Delgado que:

(...) El acuerdo de arbitraje pactado en una cláusula de un contrato “se considera como un acuerdo independiente” de aquel que lo contiene. Por lo tanto, la nulidad del contrato principal declarada por el árbitro no acarrearía la nulidad del acuerdo de

⁴³ Herman Verbist, Christophe Imhoos, y Jean-Françoise Bourque, *Arbitraje y solución alternativa de controversias: cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales* (San José, Centro de Comercio Internacional, 2005), 123.

⁴⁴ Roque Caivano, “El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene”, *Derecho y Ciencias Sociales* 13 (2015): 25.

⁴⁵ Alan Redfern y Martin Hunter con Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* 4ta edición (Londres, Sweet and Maxwell, 2004), 163.

⁴⁶ Vika Lara Taranchenko, “Las causales de nulidad...”

⁴⁷ V. criterios vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias números 192/2008; 1541/2008; 1067/2010; y, 462/2010.

arbitraje y ni siquiera la declaratoria de nulidad del último afectaría en forma alguna su nombramiento⁴⁸.

Ejemplo de casos relacionados a la jurisdicción arbitral donde el debate nace por la presencia de vicios en los contratos principales que contenían las cláusulas, lo constituye el caso venezolano de Carrofería Media Group, C.A. vs. Tribunal Arbitral de Urgencia constituido en el marco del arbitraje institucional administrado por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)⁴⁹, donde aun existiendo alegatos sobre vicios en el consentimiento, podemos asumir que es necesario continuar el juicio principal por la vía arbitral, en cuya vía se decidiría el asunto de la anulabilidad, respetando el principio Kompetenz-Kompetenz.

No se descarta la posibilidad de que exista pre-judicialidad por la presunción de violencia en estos casos, ya que resulta lógico evaluar que una vez demostrada la violencia, y el grado de la misma, durante el proceso para la suscripción del acuerdo principal contenido de la cláusula compromisoria, pueda ser la jurisdicción penal la encargada en primer lugar, de resolver sobre ese asunto para que con posterioridad el tribunal arbitral pueda discutir sobre la validez de las cláusulas.

Es menester evaluar cada caso en concreto, ya que podría ocurrir violencia en el perfeccionamiento del contrato principal, pero no del acuerdo arbitral, visto que el acuerdo arbitral puede tener dos acepciones, siendo: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral independiente⁵⁰, como se mencionó anteriormente. La distinción permite facilitar el conocimiento y delimitación del objeto del acuerdo arbitral⁵¹. El compromiso arbitral se entiende enfocado a controversias presentes o futuras de relaciones jurídicas preexistentes. Es una figura con frecuencia usada en la contratación internacional, en actividades como el transporte marítimo, los seguros y la comercialización de bienes básicos.

⁴⁸ German Delgado Soto, "Nulidad de la cláusula arbitral" en *Arbitraje Comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005), 233-234.

⁴⁹ Sentencia Tribunal Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas del 04 de mayo de 2021. Expediente N° AP71-R-2021-000008.

⁵⁰ Ley de Arbitraje Comercial, artículo 5.

⁵¹ Luis Araque; Carlos Acedo, Gilberto Guerrero y Pedro Planchart, "El acuerdo de Arbitraje" en *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: CEDCA, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, 2013), 165.

V. *Nulidad de la cláusula arbitral*

Para las distintas causales de nulidad que se pueden dar frente a cláusulas arbitrales contenidas en un contrato principal, Lara Taranchenko ilustra las reglas de aplicación del principio de separabilidad en cada caso posible⁵²:

Reglas de aplicación del principio de separabilidad		
Hipótesis	Regla	Aplicación del principio de separabilidad: Si/No
Causal de nulidad que afecta a ambos contratos. (Incapacidad, vicios de consentimiento).	Los árbitros se declaran incompetentes. Los árbitros no pueden declarar la nulidad del contrato subyacente.	No
Causal de nulidad que afecta al contrato subyacente y no al convenio arbitral.	Los árbitros se declaran competentes. En el laudo arbitral se decide sobre la existencia y validez del contrato subyacente.	Si
Causal de nulidad que afecta únicamente al convenio arbitral.	Los árbitros se declaran incompetentes.	No

Se aprecia que el primer supuesto de la ilustración enmarca los vicios del consentimiento como causal suficiente para ocasionar la nulidad del contrato principal o la declaratoria de inexistencia del mismo y, en consecuencia, la declaratoria de falta de jurisdicción arbitral frente al juez ordinario.

Sabiendo entonces que la voluntad de las partes es esencial para acudir a la vía arbitral y que dicha voluntad deriva del consentimiento libre e inequívoco, cabe en este punto analizar si la nulidad del contrato principal por violencia comprobada puede también extenderse hasta la cláusula arbitral.

En ese sentido, analizando los requisitos de validez de la cláusula arbitral, Fresnedo de Aguirre señala que “no se le puede atribuir a una parte un consentimiento que no existió o fue viciado”⁵³.

El análisis respectivo deberá hacerse no sólo teniendo en cuenta lo que establezcan las normas de derecho interno en materia arbitral, sino a la luz del principio fundamental que subyace a la norma: garantizar que existió consentimiento válido de las partes⁵⁴.

En virtud que el arbitraje llega hasta donde las partes quisieron llegar, la tarea “debe estar en la efectiva garantía de la existencia de consentimiento válido de las

⁵² Vika Mikaela Lara Taranchenko, “Las causales de nulidad de doble impacto...”: 159-180.

⁵³ Cecilia Fresnedo De Aguirre, “El acuerdo arbitral como...”: 179.

⁵⁴ Cecilia Fresnedo De Aguirre, “El acuerdo arbitral como...”: 178.

partes involucradas. Y ello porque la falta de consentimiento es causal de nulidad del acuerdo, en los términos del artículo II.3 de la Convención de Nueva York⁵⁵.

En la medida que se pueda afirmar la inexistencia de la declaración de voluntad por quién haya suscrito un acuerdo, se deberá entender entonces que nunca suscribió tal cláusula de sometimiento a la vía arbitral. Lo anterior no debe ser entendido, en ningún momento, como una negativa a que sea el árbitro quién deba pronunciarse sobre su jurisdicción, cobrando vital importancia la prueba de la violencia como elemento indispensable para cualquier análisis.

Resulta menester destacar que en esta materia existe muy poca referencia a casos donde se haya podido demostrar la violencia como impedimento al libre consentimiento de las partes al momento de declarar su voluntad de acudir a la vía arbitral.

Tanto a nivel local como en derecho comparado, resulta complicado demostrar la existencia de violencia, en un grado que coaccione la declaración de voluntad de alguna de las partes de forma tal que sea demostrable que la voluntad está en acudir a la vía ordinaria antes que a la arbitral.

VI. Conclusiones

Se concluye entonces, que en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, el árbitro es indiscutiblemente quien debe evaluar la nulidad o no de las cláusulas o compromisos arbitrales, ya que siempre que se esté ante la jurisdicción arbitral, el árbitro es el único con competencia para valorar su jurisdicción. Esto tomando en cuenta que la competencia que se otorga al árbitro en este principio no solo es la de poder pronunciarse respecto a la arbitrabilidad objetiva o subjetiva, sino también a la validez o no de la cláusula arbitral.

Si el contrato principal está afectado de vicios que condicionen su validez, dichos vicios podrían perturbar directamente a la cláusula arbitral, ya que independientemente que se evalúen por separado ambos con plena autonomía, fueron suscritos bajo las mismas condiciones que anulan su validez, sin embargo, tal análisis debe ser realizado exclusivamente por el árbitro. Por ese motivo, será la jurisdicción arbitral la única que pueda resolver las controversias derivadas de la interpretación del

⁵⁵ Cecilia Fresnedo De Aguirre, “El acuerdo arbitral como...” citando a Elena Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional* (Madrid, Eurolex, 1997), 98.; Artículo II.3 de la Convención de Nueva York: “(...) 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

contrato principal, de los problemas que él pueda generar a las partes y de la nulidad del mismo.

Por lo que, una vez demostrada la existencia de violencia al momento de suscribir un acuerdo arbitral o una cláusula compromisoria, el árbitro deberá declarar su nulidad, ya que, al existir violencia, no se configura una clara, inequívoca y directa declaración de voluntad de someterse a la vía arbitral y, por consiguiente, la vía ordinaria sería la encargada de seguir con el desarrollo de cualquier proceso.

Dentro del derecho comparado, se destaca la posición de la Corte Suprema de Justicia Norteamericana, la cual por muchos años, sostuvo que las cláusulas de arbitraje son “separables” de los contratos en los que hacen vida, siendo el caso que si alguna de las partes deseara invalidarla por algún vicio, no bastaría con demostrar que el contrato en su conjunto fue inducido por fraude, la parte deberá entonces demostrar que la cláusula compromisoria fue en sí misma el fraude. Por este motivo, son muchos los tribunales dentro de los Estados Unidos los que contemplan la sobrevivencia de la cláusula arbitral a pesar del vicio de nulidad que pueda afectar al contrato principal⁵⁶.

Lo anterior a excepción del caso donde ambas partes aceptan tácitamente la sumisión a la vía arbitral, en cuyo caso no existiría limitante alguna ya que se lograría evidenciar el ejercicio de la autonomía de la voluntad de quienes forman parte de la relación contractual en reclamar sus derechos a través de este mecanismo privado.

Sin embargo, se concluye que lo anterior se configura como una excepción y no como una regla, motivo por el cual, si bien el árbitro es el encargado de pronunciarse respecto a su jurisdicción, cuando no hay una manifestación de voluntad de someterse a ésta, creemos que cualquier cláusula arbitral o compromiso arbitral debe ser considerado como nulo, aunque exista el principio de separabilidad de la cláusula, ya que aunque separándose esta del acuerdo principal, seguirá faltando el elemento esencial del consentimiento para poder surtir efectos.

⁵⁶ John F. Coyle, “Zombie Choice-of-Law Clauses”, *Transnational Litigation Blog*, 21 de noviembre de 2022, <https://tlblog.org/zombie-choice-of-law-clauses/>.

Procedimiento arbitral y traba de la litis

Pedro Rengel Nuñez *

pp. 123-139

Invitado

Resumen: La traba de la litis en el procedimiento arbitral es diferente a la traba de la litis en el procedimiento civil, es más flexible y menos rígida, no suele haber restricciones para la reforma de la solicitud o demanda arbitral y la litis no suele trabarse con lo alegado por las partes en su demanda y en su contestación sino en un momento posterior, concretamente con el acta de misión o acta de términos de referencia, e incluso hasta pueden presentarse nuevos reclamos y defensas posteriormente, con autorización del tribunal arbitral. La incorporación al arbitraje de partes adicionales no es posible después de designado el tribunal arbitral, ya que todos los integrantes de las partes tienen derecho a participar en el nombramiento de los árbitros, como aspecto esencial de la justicia arbitral.

Palabras claves: Traba de la litis | Reforma de la solicitud o demanda arbitral | Nuevas pretensiones | Incorporación de partes adicionales.

Abstract: The interlock of the dispute in the arbitral procedure is different from the judicial procedure, is more flexible and less rigid, usually with no restrictions for amendment of the arbitration request, the controversy is not usually closed with allegations of the parties in the complaint and the answer to the complaint, but in a later moment, with the terms of reference, and new claims and defenses may be made even later with the authorization of the arbitral tribunal. Joinder of additional parties is not possible after the designation of the arbitral tribunal. All parties have the right to participate in the designation of the arbitrators, as an essential feature of arbitral justice.

Keywords: Interlock of a suit | Amendment of the request for arbitration | New petitions | Joinder of additional parties.

* Abogado Universidad Católica Andrés Bello 1982, Master en Jurisprudencia Comparada, New York University, 1983, miembro del Consejo Consultivo y profesor del Programa de Estudios Avanzados de Arbitraje PREAA de la Universidad Monteávila, Caracas, Vicepresidente de Asuntos Nacionales de la Asociación Venezolana de Arbitraje AVA (2021-2023), 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.

Procedimiento arbitral y traba de la litis

Sumario

I. Introducción | II. La traba de la litis en el procedimiento civil | III. La traba de la litis en el procedimiento arbitral | 1. Los reglamentos de arbitraje venezolanos y nuestra doctrina nacional | 2. Los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales | IV. La jurisprudencia nacional | V. Conclusiones.

I. Introducción

La traba o cierre de la litis es un tema que es tratado de manera diferente en el procedimiento civil y en el procedimiento arbitral. Las regulaciones del primero no son trasladables al segundo, pues cada uno de los procedimientos tiene al respecto sus reglas específicas, ya que la traba de la litis no es un principio o noción procesal universal única aplicable a todo procedimiento.

Puede darse que algunos litigantes, acostumbrados al manejo del procedimiento civil, se sientan tentados a aplicar sus reglas al procedimiento arbitral y en consecuencia les cueste comprender que el diseño del procedimiento arbitral en esta materia difiere de manera importante, básicamente porque en el procedimiento civil la litis se traba con la demanda y la contestación, y la demanda no puede ser reformada más de una vez después de la citación del demandado, dándose a este nuevo plazo para contestar, mientras que en el procedimiento arbitral el asunto no está regulado de esa forma sino en otra que suele ser más flexible y abierta a modificaciones y reformas de las pretensiones y defensas de las partes, de manera que cada parte pueda exponer y refinar más cabalmente su caso, sin por supuesto incurrir en tácticas dilatorias y de mala fe que atenten contra la celeridad y eficacia del arbitraje.

Es por ello que en el presente trabajo nos proponemos contribuir a explicar lo referente a la traba de la litis y la reforma de la demanda en el arbitraje, y contradecir la errónea idea de que en el procedimiento arbitral venezolano la demanda o solicitud de arbitraje y la respectiva contestación traban la litis de forma definitiva para las partes.

II. La traba de la litis en el procedimiento civil

La litis, vocablo proveniente del latín, es entendida como litigio, pleito o controversia interpartes. Carnelutti llama litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión del titular de uno de los intereses en conflicto al que se opone la

resistencia del titular del otro¹. En nuestro Código de Procedimiento Civil (CPC) está contemplado un mecanismo procesal según el cual la litis se traba con la contestación de la demanda, a partir de la cual no podrá admitirse la alegación de nuevos hechos, ni tampoco la reforma de la demanda, que sólo es posible hacerla una sola vez después de citado el demandado.

En efecto, según lo dispone el artículo 343 del CPC, el demandante podrá reformar la demanda por una sola vez antes que el demandado haya dado la contestación a la demanda, pero en este caso se concederán al demandado otros veinte días para la contestación, sin necesidad de nueva citación. La doctrina asienta que cuando se habla de reforma de la demanda se quiere significar la reforma de la pretensión que se hace valer en ella, y distingue entre reforma y cambio de la demanda, porque la reforma supone la modificación de alguno o algunos de los elementos del objeto dejando inalterados los demás, mientras que el cambio implica sustitución del objeto por otro distinto. También se habla de reforma parcial de la demanda, cuando se modifica o suprime alguno de los términos del libelo primitivo, el cual queda subsistente en todo cuanto no haya sido objeto de innovación, y reforma integral, que sustituye el libelo originario por otro nuevo libelo, tan diferente como a bien lo tenga el demandante.

Por su parte, el artículo 364 del CPC establece que terminada la contestación o precluido el plazo para realizarla, no podrá ya admitirse la alegación de nuevos hechos, ni la contestación de la demanda ni la reconvencción, ni las citas de terceros a la causa. El efecto propio y específico de la contestación es el de delimitar el objeto del proceso, en el sentido de que planteado éste por el actor con su pretensión, la resistencia a ésta mediante la contestación fija los límites de su examen, con fuerza vinculante para el juez, puesto que los fija el demandado en ejercicio de su derecho de defensa, y el juez queda obligado a decidir la controversia con arreglo a lo alegado y probado por las partes, en virtud de la congruencia que debe darse entre la sentencia del juez y la pretensión del demandante así determinada².

III. La traba de la litis en el procedimiento arbitral

En cambio, en el procedimiento arbitral previsto en los reglamentos de arbitraje tanto de los centros de arbitraje venezolanos como de las principales instituciones arbitrales internacionales, el mecanismo es distinto, mucho más flexible, pues no suele haber restricciones para la reforma de la demanda y la litis no suele trabarse con lo alegado por las partes en su demanda y en su contestación sino en un momento posterior, concretamente con el acta de misión o acta de términos de

¹ Francisco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I (Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1943), 44-45.

² Aristides Rengel Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Tomo III (Caracas: Ediciones Paredes, 2013), 46 y 131.

referencia, e incluso hasta pueden presentarse nuevos reclamos y defensas posteriormente, con autorización del tribunal arbitral.

Una de las características del procedimiento arbitral es la distinta y menos rígida aplicación, respecto al procedimiento civil ordinario, de un principio procesal típico, el principio de preclusión, que como lo enseña Eduardo Couture, consiste en que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso a etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados, donde la preclusión se define generalmente como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal³.

1. Los reglamentos de arbitraje venezolanos y nuestra doctrina nacional

Veamos primeramente las disposiciones de los reglamentos de arbitraje de los centros de arbitraje venezolanos. El Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (RGCACC) en su artículo 60 sobre imposibilidad de formulación de nuevas peticiones, dispone que una vez que el Acta de Misión haya sido firmada por los árbitros y las partes, ninguna de estas podrá formular nuevas peticiones sobre el mismo asunto, salvo que el tribunal arbitral así lo autorice, tomando en cuenta las circunstancias que sean pertinentes.

Por su parte el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje CEDCA (RCACEDCA) dispone en su artículo 35 que una vez que hayan sido aprobados los términos de referencia, que es el equivalente al acta de misión en el RGCACC, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas principales o reconventionales, a menos que la parte interesada haya sido autorizada a ese efecto por el Tribunal Arbitral, el cual, al decidir al respecto deberá tomar en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el procedimiento arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes.

Nuestra doctrina nacional se ha pronunciado clara y unánimemente sobre el punto. Ricardo Henríquez La Roche sostiene que el RGCACC no posibilita la formulación de nuevas peticiones sobre el mismo asunto luego de quedar firme el acta de misión, de donde se deduce que, al igual que ocurre en el RCACEDCA, es posible introducir nuevas peticiones en la elaboración del acta de misión, cuya firma supone la traba de la litis⁴.

³ Eduardo Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Tercera edición (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981), 194-196.

⁴ Ricardo Henríquez La Roche, La Tramitación del Procedimiento Arbitral, en *El Arbitraje en Venezuela, Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Impresión Sabias Palabras, 2013), 289.

En el mismo sentido Luis Alfredo Araque apunta que los reglamentos que contemplan la necesidad del acta de misión, la fecha cierta de la misma suele poner fin a la etapa de planteamiento de la controversia o trabazón de la litis, y a partir de tal fecha las partes se ven impedidas de formular nuevas peticiones⁵.

También James Otis Rodner ha sostenido que de acuerdo con la Ley de Arbitraje Comercial, en la primera audiencia debe leerse el documento que contenga el acuerdo de arbitraje y las cuestiones sometidas a la decisión arbitral expresando las pretensiones de las partes, y en sentido similar, bajo el RGCACC, una vez que el acta de misión ha sido firmada, ninguna de las partes podrá formular nuevas pretensiones sobre el mismo asunto, lo que significa que, en principio, es la última oportunidad donde las partes pueden expresar sus pretensiones o peticiones⁶.

Por su parte Francisco Hung también coincide sosteniendo que, bajo el RGCACC, con la firma del Acta de Misión queda vedado a las partes formular nuevas peticiones o alegatos sobre el asunto controvertido⁷.

Puede decirse entonces que en el arbitraje la regla es que la litis no queda trabada con la demanda y la contestación, como ocurre en el procedimiento civil ordinario regido por el CPC. Tampoco en el RGCACC ni en el RCACEDCA existen limitaciones como la contemplada en el CPC, de que el demandante podrá reformar la demanda por una sola vez antes que el demandado haya dado contestación a la demanda.

Carecería de fundamento sostener que una reforma de la demanda arbitral no es posible bajo el RGCAC o el RCACEDCA, ya que estos permiten formular nuevas demandas, pretensiones y peticiones hasta la firma del acta de misión o acta de términos de referencia, e incluso después, si lo autoriza el Tribunal Arbitral, lo que significa que es posible una reforma o modificación, sea parcial o total de la demanda original, y no se contempla restricción o limitación alguna al respecto.

En cuanto a la previsión del citado artículo 60 del RGCACC, de que tales nuevas peticiones deban ser sobre el mismo asunto, se entiende que la norma se refiere al asunto controvertido, al conflicto intersubjetivo de intereses, que podría abarcar no sólo las pretensiones y peticiones concretas sino la controversia amplia e integralmente considerada.

⁵ Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del Arbitraje Comercial* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 110.

⁶ James Otis Rodner, Introducción al Arbitraje Institucional, en *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999), 341.

⁷ Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001), 260.

Estas previsiones del RGCACC y del RCACEDCA no están en conflicto con sus disposiciones acerca de lo que debe incluir la solicitud de arbitraje y la contestación a dicha solicitud de arbitraje. El RGCACC en sus artículos 28 y 33 establece que la solicitud de arbitraje debe contener la identificación de la materia que se demanda, y que la contestación señalará los argumentos en los que fundamenta su defensa y petición.

Por su parte el RCACEDCA establece en sus artículos 20 y 21 que la solicitud de arbitraje deberá contener una exposición sumaria de la naturaleza y circunstancias de la controversia y su fundamento legal y una indicación de las pretensiones y montos reclamados.

De estos requisitos de la demanda arbitral y la contestación no se evidencia que el propósito sea el de trabar la litis. Más bien son los requisitos del acta de misión y del acta de términos de referencia, contemplados en los artículos 59 y 60 del RGCACC y 31.5 y 31.7 del RCACEDCA, los que evidencian que esa es la oportunidad de incluir todas las demandas, pretensiones, peticiones y defensas de las partes, de delimitar claramente el *thema decidendum* y trabar así la litis.

2. Los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales

Este mecanismo de los reglamentos de arbitraje venezolanos no es distinto al contemplado en reglamentos de arbitraje internacional, en los cuales por cierto se inspiran. En efecto, si vemos las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que son las más escogidas por las partes en el arbitraje comercial internacional, en su artículo 23 dispone que, después de que los términos de referencia han sido firmados o aprobados por la Corte, ninguna de las partes podrá hacer nuevas demandas fuera de los límites de los términos de referencia.

Como lo expresan los autores Ives Derains y Eric Schwartz, la idea es que todas las demandas (*claims*) de las partes se planteen antes del establecimiento de los términos de referencia, que es el momento de corte normal para la introducción de pretensiones, con la ventaja de que las partes se ven forzadas a enfocar su atención en posibles nuevos reclamos antes de ese momento, ayudando a asegurar que el procedimiento arbitral no será subsecuentemente interrumpido por la necesidad de considerar nuevos asuntos⁸.

⁸ Ives Derains, Eric Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Second Edition (The Netherlands: Kluwer Law International, 2005), 267-268. En el mismo sentido, Jacob Grierson, Annet Van Hooff, *Arbitration under the 2012 ICC Rules* (The Netherlands: Wolters Kluwer, 2012), 148, 151. También en el mismo sentido, W. Lawrence Craig, William W. Park, Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration, Third Edition* (New York: Oxford University Press, 2000), 277-278.

Cabe destacar que bajo el arriba citado artículo 23 de las Reglas de Arbitraje CCI es discrecional del Tribunal Arbitral permitir o excluir nuevas demandas o reclamos incluso si no han sido incluidas en el acta de misión⁹. Nótese que también lo contemplan así el RGCACC y el RCACEDCA, como vimos más arriba, que permiten que el Tribunal Arbitral autorice nuevas peticiones de acuerdo con las circunstancias del caso.

Un ejemplo que cabe comentar es el mecanismo que contempla el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹⁰ (Reglamento UNCITRAL por sus siglas en inglés). En su artículo 22 dispone que en el transcurso de las actuaciones arbitrales, una parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, inclusive formular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación o ese complemento, en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, no podrán modificarse o complementarse de manera tal que queden excluidas en el ámbito de competencia del tribunal arbitral.

Otro ejemplo es el mecanismo previsto en las Reglas de Arbitraje del Singapur International Arbitration Center (SIAC) y del London Court of International Arbitration (LCIA), que junto con las Reglas de Arbitraje CCI están entre las cuatro más escogidas en el arbitraje internacional. Estas reglas contemplan un sistema de declaraciones (statements) que las partes presentan después que el tribunal arbitral ha sido constituido, si es que no lo hicieron en la solicitud de arbitraje y en la contestación, donde expresan los hechos relevantes, los fundamentos legales y los remedios o alivios (reliefs) reclamados, luego de las cuales no se admiten declaraciones posteriores, a menos que el tribunal arbitral las solicite.

Sostiene Gary Born que el Reglamento UNCITRAL otorga al tribunal arbitral amplia discreción para permitir enmiendas o complementos de los reclamos y defensas de las partes, y que tienen reglas con el mismo efecto otras importantes instituciones arbitrales como el Singapur International Arbitration Center (SIAC), Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), London Court of International Arbitration (LCIA) y China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)¹¹.

⁹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Third Edition (The Netherlands: Wolters Kluwer, 2021), 2414.

¹⁰ Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/21-07999_ebook_s.pdf.

¹¹ Para consultar recientes estadísticas sobre las reglas de arbitraje más escogidas en arbitraje internacional, ver “2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World LLP”, White &

Según este autor, la decisión discrecional del tribunal arbitral de permitir o no enmiendas de los reclamos y defensas de las partes estaría sujeta a anulación sólo en caso de que se le haya negado a la parte la oportunidad de ser oída. Tales enmiendas no deben ser indebidamente restringidas pues una de las aspiraciones y ventajas del arbitraje es su mayor informalidad y flexibilidad, lejos de formalidades procesales y rígidos plazos. Los Tribunales Arbitrales frecuentemente toman en cuenta si las enmiendas producen costos significativos, particularmente cuando la parte actúa irresponsablemente y de mala fe con enmiendas disruptivas y dilatorias de última hora que puedan comprometer la eficacia e integridad del proceso arbitral, pero en general son reacios a rechazar que las partes modifiquen sus reclamos y defensas y tienden a permitir a las partes desarrollar y refinar sus respectivos casos¹².

Las reglas de arbitraje típicamente establecen que el procedimiento arbitral contempla la solicitud o demanda de arbitraje formulada por la parte demandante, así como la contestación de la parte demandada a la solicitud de arbitraje, e igualmente la reconvenición que pueda formular la parte demandada y su respectiva contestación por la parte demandante reconvenida. Ello no significa que en la demanda y la contestación, o en la reconvenición y su contestación, se agote la posibilidad de las partes de hacer nuevas demandas, peticiones y argumentos o alegatos, que como hemos visto, pueden hacerse hasta la firma del acta de misión o términos de referencia. En el procedimiento arbitral este es el momento en que se traba la litis.

Sin embargo, las reglas arbitrales no suelen contemplar expresamente una oportunidad procesal concreta para que las partes puedan replicar y contra replicar nuevas demandas, peticiones y argumentos de la otra. Normalmente las reglas de arbitraje contemplan que después de la firma del acta de misión o términos de referencia, sigue la fase de instrucción de la causa, el lapso probatorio, de acuerdo con el calendario procesal establecido por las partes y el tribunal arbitral en el acta de misión o términos de referencia.

En el arbitraje internacional comúnmente las partes presentan solicitudes de arbitraje, reconveniciones y contestaciones y además suelen presentar escritos adicionales elaborando y sustentando sus escritos iniciales. Tales escritos (written submissions) pueden denominarse declaraciones (statements), memoriales (memorials), pero no es relevante el nombre sino el contenido. Puede resultar controversial la secuencia u orden de los escritos, si se harán simultáneos o

Case, acceso el 8 de febrero de 2023, <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>.

¹² Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2426-2428.

secuenciales, si habrá una o varias rondas, la parte que tendrá la última palabra, la extensión o límite de páginas de los escritos¹³.

Como nos enseñan los autores Craig, Park y Paulsson, bajo las reglas de arbitraje de la CCI, la solicitud de arbitraje y la contestación deben contener una descripción de la naturaleza y circunstancias de la disputa que da lugar a los reclamos y a los remedios perseguidos. Después de la firma de los términos de referencia, los árbitros suelen acordar posteriores intercambios de escritos (written submissions) entre las partes, un memorial inicial de la parte demandante y un memorial de defensa, y de contrademanda, de ser el caso (counter-memorial), de la parte demandada, con subsiguiente intercambio de réplica y contraréplica o dúplica, donde pueden desarrollarse los reclamos de las partes.

Los tribunales arbitrales deben estar alerta ante posibles tácticas dilatorias. Una decisión a veces difícil que un árbitro debe tomar es determinar cuando los intercambios y rondas de escritos son suficientes (enough is enough). A menudo los tribunales arbitrales CCI son indulgentes en aceptar escritos fuera de lapso siempre que la otra parte tenga el chance de replicar, procurando dejar a cada parte con la sensación de que ha tenido plena oportunidad para presentar su caso, sin permitir que el procedimiento se les salga de las manos¹⁴.

En todo caso el tribunal arbitral siempre debe garantizar el derecho de la parte a responder, replicar y contradecir las nuevas demandas, peticiones y pretensiones que formule la otra antes o en la propia acta de misión, e incluso después de esta, so pena de incurrir en violación al debido proceso, al derecho a la defensa, a ser oído y a hacer valer sus derechos, lo cual viciaría irremediabilmente de nulidad el laudo que se produzca. El tribunal arbitral debe garantizar en todo momento el derecho de defensa y la igualdad de las partes en el procedimiento arbitral.

Debe tenerse en cuenta que el procedimiento arbitral normalmente se rige por el Reglamento escogido por las partes, por las normas que determinen las partes, o en su defecto el tribunal arbitral. Así lo establece el Reglamento de Arbitraje de la CCI en su artículo 19. En el mismo sentido lo establece el RCACEDCA en su artículo 32: el procedimiento arbitral se regirá por las normas que las partes acuerden, supletoriamente por las normas contenidas en el Reglamento y en caso de silencio, por las que el tribunal arbitral determine. El RGCACC aunque no contiene una norma especial sobre el procedimiento aplicable, establece que el acta de misión debe contener precisiones relativas a las reglas aplicables al procedimiento y los plazos

¹³ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2418-2419.

¹⁴ Craig, Park, Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 427-428.

correspondientes, con lo cual es claro que el procedimiento arbitral se rige por lo que dispongan las partes en el acta de misión firmada por las partes y por los árbitros.

En tal sentido, ante la formulación de nuevas demandas o peticiones de una parte el tribunal arbitral puede acordar a la otra parte un plazo para responder o replicar lo que considere conveniente, y por supuesto debe hacerlo cuando así lo solicite la parte, garantizando así su derecho a ser oída. La flexibilidad del procedimiento arbitral implica que, en lugar de estar regido por normas rígidas e inflexibles, en gran medida su diseño está en manos de las partes y del tribunal arbitral, ya que las reglas de arbitraje no contemplan todos los supuestos procesales que pueden darse.

Como lo expone Gary Born, una de las características del arbitraje como mecanismo de resolución de disputas es que las reglas de arbitraje presentan un marco para el procedimiento arbitral pero rara vez fijan procedimientos detallados para la conducción del arbitraje. Queda en manos de las partes, o en su defecto, del tribunal arbitral, llenar las brechas en las reglas de arbitraje de las instituciones arbitrales, lo cual es uno de los elementos fundamentales del procedimiento arbitral¹⁵.

Es bueno tener esto en cuenta para no caer en el error de considerar que un procedimiento no contemplado expresamente en el reglamento o ley de arbitraje aplicable implica una infracción de éstos y no puede acordarse por las partes o por el tribunal arbitral.

En el acta de misión o términos de referencia las partes y el tribunal arbitral diseñan y elaboran las reglas de procedimiento específicas para la apropiada conducción del proceso arbitral, incluyendo el calendario procesal y los plazos que consideren razonables. Es buena oportunidad para acordar la presentación de escritos o memoriales en respuesta a nuevas peticiones o argumentos. Sin perjuicio de que pueda ser acordado por el tribunal arbitral en orden de procedimiento separada.

IV. La jurisprudencia nacional

Sólo conocemos un reciente caso en el que se aborda este punto de la reforma de la demanda. Se trata de un amparo constitucional decidido por el Tribunal Superior Octavo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 8-8-2022, caso Marco Antonio Sosa Castillejo y otros contra actuaciones de un Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Afortunadamente esta sentencia fue conocida en apelación y revocada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión de fecha 15-12-2022.

¹⁵ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2309.

El fundamento de la acción de amparo fue una alegada violación de los derechos y garantías previstas en los artículos 26 y 49 de la Constitución, relativas a la tutela judicial efectiva, debido proceso y derecho a la defensa, al crearse un procedimiento previo al acta de misión no previsto en el RGCACC y sin fundamento legal o contractual y permitir una reforma a la solicitud de arbitraje después de la constitución del tribunal arbitral, que incorpora a personas que no son parte y fijar un lapso para la contestación de la reforma de la solicitud de arbitraje sin haber un pronunciamiento sobre su admisión, lo cual, según los accionantes en amparo, ha subvertido el procedimiento previsto en el RGCACC.

La sentencia del Tribunal Superior señaló que el 27 de junio de 2022 se había llevado a cabo la audiencia de constitución del tribunal arbitral conforme a lo previsto en el artículo 61 del RGCACC, donde se acordó otorgarle a las partes un lapso para que expusieran sus alegatos respecto a una reforma de la demanda anunciada por la parte demandante, siendo que dicho artículo del Reglamento se encuentra destinado únicamente para la constitución o conformación del que sería el tribunal arbitral, pudiendo las partes en dicha audiencia o posterior a ella, en el lapso previsto en el artículo 62 eiusdem, consignar lo que sería el proyecto de acta de misión.

Concluyó la sentencia que el tribunal arbitral subvirtió el orden procesal regido por el RGCACC, ya que acordó un lapso para que las partes presenten alegatos respecto a la solicitud de la parte demandante para reformar la demanda de arbitraje, suspendiendo a la vez el lapso subsiguiente, de presentación del proyecto de acta de misión prevista en el Reglamento, hasta que no sea decidido lo conducente sobre la reforma de la solicitud de arbitraje.

Esto último, en criterio de la sentencia, más que preservar un equilibrio entre las partes y ordenar, generó un estado de indefensión y quebrantamiento de formas sustanciales con menoscabo del derecho de defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, ya que no sólo permitió la presentación de la reforma de la solicitud de arbitraje cuando ya se encontraba trabada la controversia, sino que además erróneamente suspendió la presentación del proyecto de acta de misión hasta tanto decidiera lo conducente a la reforma, sin indicar siquiera el modo, lugar y tiempo en que realizaría tal acto procesal, lo cual confirma la violación constitucional denunciada.

En definitiva la sentencia declaró procedente la acción de amparo constitucional, aunque se limitó a anular exclusivamente los párrafos 3 y 4 del acta de constitución del tribunal arbitral referidos al plazo otorgado para presentar alegatos sobre la reforma de la demanda arbitral y a la suspensión del plazo de presentación del proyecto de acta de misión, ordenando la continuación del procedimiento arbitral y la fijación del lapso para que las partes presenten sus respectivos proyectos de acta de misión.

De lo analizado en los capítulos precedentes no es difícil concluir que la sentencia aquí comentada incurre en varios errores importantes. En primer lugar yerra al considerar que el tribunal permitió la presentación de una reforma de la solicitud arbitral cuando ya se encontraba trabada la litis, lo cual no es cierto, pues como ya vimos, según lo establecido en el RGCACC, en el procedimiento arbitral la litis se traba con el acta de misión, que en el presente caso aún no se había firmado y se había suspendido el lapso para la presentación de los proyectos.

Así las cosas, la sentencia, de manera infundada, desconoce lo dispuesto en el artículo 60 del RGCACC, esto es, que con la firma del acta de misión es que se traba la litis. Nuestra doctrina es pacífica y unánime al respecto.

Otro yerro en que incurre la sentencia es el de considerar que el tribunal arbitral erróneamente suspendió el lapso reglamentario para la presentación de los proyectos de acta de misión, subvirtiendo indebidamente el orden procesal. En primer lugar, la suspensión temporal del lapso para el acta de misión es una decisión de procedimiento que perfectamente puede ser adoptada por el tribunal arbitral en atención a las circunstancias concretas del caso, esto es, para que las partes expusieran sus alegatos respecto a la reforma de la demanda arbitral, lo cual más bien está en consonancia con la salvaguarda del debido proceso y el derecho a la defensa de la parte demandada, al permitirle presentar sus respectivos alegatos y defensas ante la reforma en cuestión.

De manera que no se observa en este caso que el tribunal arbitral haya generado un estado de indefensión, quebrantamiento de formas sustanciales y subversión del orden procesal, con menoscabo del derecho de defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, como lo afirma errónea e infundadamente la sentencia. Por el contrario, no sólo la reforma de la demanda arbitral es permitida bajo el RGCACC antes de la firma del acta de misión, sino que el tribunal arbitral, lejos de causar indefensión y menoscabar el derecho a la defensa, otorgó a la parte demandada un plazo para exponer sus argumentos y defensas contra la reforma de la demanda.

Afortunadamente la sentencia en comento fue revocada por la Sala Constitucional en sentencia en fecha 15-12-2022. Por un lado hay que destacar que en esta sentencia la Sala ratifica lo que ya ha venido sosteniendo en relación con el amparo en el arbitraje: que los tribunales arbitrales despliegan una auténtica función jurisdiccional, encargada de la resolución de las disputas surgidas entre particulares que han decidido, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad el optar por el que sus posibles diferencias sean tratadas a través de los medios alternos de resolución de conflictos, y por consiguiente existe la posibilidad de la acción de amparo en contra de laudos arbitrales, sin que ello pueda considerarse como una intervención del Poder Judicial sobre el reconocido derecho constitucional de acceso a los medios alternos de resolución de controversias, pues no se limita este derecho sino que se examina su

resultado para evitar una posible afectación a los derechos y garantías de índole constitucional.

La Sala a la vez ratifica lo que ha venido sosteniendo en varios otros amparos, y que ha hecho que muy pocos prosperen. La Sala no consideró válida la admisión del amparo ante las circunstancias fácticas y las connotaciones particulares en que se suscitó el proceso instruido en sede arbitral, pues en todo caso habría que esperar la decisión definitiva del laudo para ejercer el respectivo recurso de nulidad como vía ordinaria. Para la Sala, los hechos indicados en la solicitud de amparo encuadran en la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo contenido ha sido desarrollado a través de los criterios pacíficos y reiterados de la Sala, por lo que el amparo constitucional, como acción destinada al restablecimiento de un derecho o una garantía constitucional que ha sido lesionada, sólo puede admitirse en caso de inexistencia de medios ordinarios.

Por otra parte la Sala en su sentencia establece que en este caso no hubo subversión del orden procesal por parte del árbitro, como lo pretendía la accionante en amparo, asentando que, entre otras cosas, conforme al reglamento de arbitraje aplicable, es posible reformar la demanda hasta la firma del acta de misión, por lo cual la sentencia apelada y revocada incurrió en una distorsión del arbitraje como medio de resolución de conflictos, al aplicar normas adjetivas propias del proceso civil ordinario, es decir, las limitaciones del Código de Procedimiento Civil a la reforma de la demanda, que no aplican en el arbitraje.

Para nosotros no hay duda de que los alegatos sobre improcedencia de la reforma de la solicitud de arbitraje y sobre subversiones del orden procesal y menoscabo del debido proceso y del derecho a la defensa pueden ser objeto de recurso de nulidad contra el laudo, pues se enmarcan dentro de la causal prevista en la letra b) del artículo 44, esto es, cuando una parte por cualquier razón no ha podido hacer valer sus derechos. No es posible para una parte hacer valer sus derechos sino bajo el debido proceso.

Hay otro punto importante respecto a este caso que conviene aclarar. Según la sentencia del Tribunal Superior posteriormente revocada, la reforma de la demanda contenía la pretensión de incorporar a una parte no signataria del acuerdo arbitral. El tema de la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias está ampliamente

estudiado por la doctrina comparada, y no es objeto del presente trabajo analizar si en este caso resulta o no procedente¹⁶.

Lo que parece estar claro es que la incorporación al arbitraje de partes adicionales, sean signatarias o no del acuerdo arbitral, no es posible después de haberse designado los árbitros, pues es esencial al arbitraje que todas las partes estén involucradas en la conformación del tribunal arbitral. En efecto, en el arbitraje no hay una corte o tribunal prestablecido al cual se somete la disputa, sino que una de sus características principales es la selección de los árbitros por las partes. El derecho de las partes a elegir sus propios jueces es de la esencia de la justicia arbitral¹⁷. Aunque no es materia de este trabajo analizar las dificultades que esto plantea, sobre todo en casos con múltiples partes demandantes o demandadas¹⁸.

Basta comentar que el reglamento de Arbitraje de la CCI artículo 7.5 establece que toda solicitud de incorporación efectuada tras la confirmación o nombramiento de cualquier árbitro estará sujeta a que la parte adicional acepte la constitución del tribunal arbitral y preste su conformidad al Acta de Misión, cuando corresponda. También el RCACEDCA contiene normas sobre la incorporación de partes adicionales. En su artículo 14.4 dispone que la solicitud de incorporación deberá ser presentada antes del nombramiento del Tribunal Arbitral, salvo que todas las partes acuerden lo contrario o el Tribunal Arbitral indique algo diferente.

Por su parte el RGCACC en su artículo 48.3 dispone que si hay varias partes demandantes y demandadas y la controversia debe resolverse por 3 o más árbitros, los demandantes conjuntamente y los demandados conjuntamente propondrán un (1) árbitro por separado, y a falta de designación conjunta los nombrará el Comité Ejecutivo del Centro. Aunque nada dice sobre la incorporación de partes adicionales, como la designación debe hacerse en conjunto por todos los integrantes de cada parte, ello obviamente incluye a todos los que les resulte aplicable el acuerdo arbitral, signatarios o no, que necesariamente deben participar en la designación de los árbitros.

Si bien la incorporación al arbitraje de una parte adicional no sería posible cuando el tribunal arbitral esté ya constituido, es de hacer notar que en este caso que estamos comentando el accionante en amparo no era el tercero que se pretendía incorporar al arbitraje sino los demandados originales, que no fueron afectados en su

¹⁶ Para un estudio del tema, ver Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Volumen 2, 2760 y sig. Ver también: Alfredo Bullard González, “Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana”, en *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* (2012).

¹⁷ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Volume 2, 1764-1765.

¹⁸ Al respecto, ver Gary Born, *International Commercial Arbitration*, Volumen 2, 2810-2812.

derecho a participar en la designación de los árbitros, otra muestra de lo infundado del amparo en cuestión.

V. Conclusiones

Luego de haber analizado los reglamentos de arbitraje nacionales y extranjeros, y la doctrina nacional y comparada, así como la jurisprudencia citada, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. En el procedimiento arbitral bajo los reglamentos de arbitraje venezolanos y los extranjeros más usados en el arbitraje internacional, y conforme a la doctrina nacional y comparada, resulta claro que la litis no se traba con la solicitud o demanda de arbitraje y su contestación como en el procedimiento civil, sino en un momento posterior, con la firma del acta de misión o acta de términos de referencia.
2. El RGCAC y el RCACEDCA no contienen limitaciones como la contemplada en el CPC, de que el demandante podrá reformar la demanda por una sola vez antes que el demandado haya dado contestación a la demanda, sino más bien permiten formular nuevas demandas, pretensiones y peticiones hasta la firma del acta de misión o acta de términos de referencia, lo que significa que es posible una reforma o modificación, sea parcial o total de la demanda original.
3. Incluso después del acta de misión o acta de términos de referencia, es posible presentar nuevas peticiones y defensas, con autorización del tribunal arbitral, atendiendo a las circunstancias del caso.
4. Los Tribunales Arbitrales deben tomar en cuenta si las reformas o nuevas peticiones producen costos significativos, particularmente cuando la parte actúa irresponsablemente y de mala fe con enmiendas disruptivas y dilatorias de última hora que puedan comprometer la eficacia e integridad del proceso arbitral, pero en general permitiendo a las partes modificar sus reclamos y defensas y desarrollar y refinar sus respectivos casos.
5. Los tribunales arbitrales siempre deberán garantizar el derecho de la parte a responder y contradecir las nuevas demandas, peticiones y pretensiones que formule la otra antes o en la propia acta de misión, e incluso después de esta, so pena de incurrir en violación al debido proceso, al derecho a la defensa, a ser oído y a hacer valer sus derechos, lo cual viciaría irremediablemente de nulidad el laudo que se produzca. Debe garantizarse en todo momento el derecho de defensa y la igualdad de las partes en el procedimiento arbitral.
6. La incorporación al arbitraje de partes adicionales, ya sea mediante reforma de la solicitud de arbitraje o de otra forma, no es posible después de designado el tribunal arbitral, ya que todos los integrantes de las partes, originales o adicionales, signatarios o no del acuerdo arbitral, tienen

derecho a participar en el nombramiento de los árbitros, aspecto esencial de la justicia arbitral.

Consideraciones sobre la mediación y el arbitraje en los procedimientos de liquidación de la comunidad conyugal en Venezuela^{NA}

José Nicolás Rinascente Vargas *

pp. 141-155
Recibido: 09 Nov 2022
Aceptado: 12 Dic 2022

Resumen: En este artículo se analizan algunos aspectos sobre la posibilidad de resolver disputas relativas a la liquidación de la comunidad conyugal en Venezuela a través de la mediación y el arbitraje. Se concluye mediante el análisis legal y jurisprudencial, que es posible hacerlo, principalmente por el carácter patrimonial de la controversia y la tendencia reciente de fomentar mecanismos como la mediación y el arbitraje para resolver conflictos.

Palabras claves: Comunidad conyugal | Matrimonio | Liquidación | Partición | Arbitrabilidad.

Abstract: This article analyzes some aspects of the possibility of resolving disputes related to the liquidation of the marital community in Venezuela through mediation and arbitration. It is concluded through legal and jurisprudential analysis, that it is possible to do so, mainly due to the patrimonial nature of the controversy and the recent trend to promote mechanisms such as mediation and arbitration to resolve conflicts.

Keywords: Marital community | Marriage | Liquidation | Partition | Arbitrability.

^{NA} Este artículo fue presentado como evaluación durante el 1er trimestre en el Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) en julio de 2021. El 26 de noviembre de 2021 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia publicó la sentencia 652 donde modificó el régimen de capitulaciones matrimoniales previsto en el Código Civil. Esa modificación guarda estrecha relación con lo tratado en este artículo, por lo que se sugiere su lectura. El autor de este artículo publicará próximamente una versión actualizada del mismo.

* Abogado, mención Magna Cum Laude, egresado de la Universidad Fermín Toro, 2007. Egresado del Programa de Empresas Familiares IESA, 2017. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila, 2022. Directivo de la Cámara de Industriales del estado Lara período 2021-2023. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

Consideraciones sobre la mediación y el arbitraje en los procedimientos de liquidación de la comunidad conyugal en Venezuela

Sumario

I. Introducción | II. Medios alternos de resolución de conflictos | 1. Especialización | 2. Celeridad | 3. Confidencialidad | III. El acuerdo arbitral | IV. Arbitrabilidad objetiva | V. Conclusiones.

I. Introducción

El matrimonio es una de las instituciones humanas más antiguas, que consiste en la unión de un hombre y una mujer¹ con la finalidad de vivir juntos, tener hijos y compartir un proyecto de vida común. En cada país los efectos del matrimonio pueden tener ciertas diferencias, sin embargo uno de los efectos que está presente en casi todas las legislaciones está relacionado con el tratamiento que se dará al patrimonio de los cónyuges durante el matrimonio, en el que varios de los bienes serán comunes mientras que otros serán exclusivos de cada uno de ellos.

Venezuela no es ajena a este hecho, pues el principal efecto patrimonial del matrimonio, salvo pacto en contrario, es la constitución de una sociedad entre los cónyuges, la sociedad o comunidad conyugal, regulada en el Código Civil desde el artículo 141 al 183.

El artículo 141 del Código Civil establece “El matrimonio, en lo que se relaciona con los bienes, se rige por las convenciones de las partes y por la Ley”. Y el artículo 148 eiusdem establece que: “Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio”.

Conforme a estos artículos son los futuros cónyuges mediante un contrato denominado capitulaciones matrimoniales quienes deciden cómo será el régimen patrimonial que regirá en el matrimonio, en ejercicio de la plena autonomía de la voluntad. Este es un contrato con características muy especiales, pues requiere de ciertas formalidades establecidas en el propio Código Civil para que surta efectos, siendo la principal de ellas que debe celebrarse y registrarse antes del matrimonio. Sólo

¹ Desde hace varios años distintos países han permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo.

en el caso que los futuros cónyuges no decidan establecer el régimen patrimonial propio, entonces se aplicará supletoriamente la comunidad de gananciales prevista en el Código Civil.

Es importante distinguir entre tres conceptos: la disolución, la liquidación y la partición de la comunidad conyugal. La disolución se refiere al fin o extinción de ese régimen patrimonial. Conforme al artículo 173 del Código Civil la comunidad conyugal existirá hasta que ocurra la disolución del matrimonio por muerte o por divorcio. También puede disolverse la comunidad conyugal mediante el procedimiento judicial de separación de cuerpos y bienes (artículo 190 del Código Civil). Y por último, existen otras causas de disolución de la comunidad conyugal, pero menos frecuentes en la práctica, como son la quiebra de uno de los cónyuges, la ausencia declarada y la declaratoria de nulidad del matrimonio.

Por otra parte, sobre la liquidación de la comunidad y la partición o división de la misma, señala la doctrina nacional:

Por liquidación de la extinguida comunidad de gananciales debemos entender el conjunto de operaciones necesarias para determinar primero, y luego satisfacer, los derechos y obligaciones de los respectivos cónyuges o ex-cónyuges (o sus herederos), resultantes de dicha comunidad. La liquidación culmina con la partición o división de los bienes comunes, que no es sino la atribución en propiedad exclusiva, a cada una de las partes, de ciertos y determinados bienes comunes que representan el equivalente de su correspondiente mitad sobre la masa total².

Es en los casos de divorcios donde con más frecuencia pueden surgir controversias al momento de la liquidación, precisamente por la complejidad que en ocasiones puede representar la valoración de los bienes de la comunidad, determinar si son propios o comunes, determinar si hubo plusvalía o si se realizaron mejoras a los bienes, etc. En muchas ocasiones los involucrados, antes cónyuges, no logran ponerse de acuerdo en estos aspectos, teniendo que recurrir a un juicio de partición.

Con el avance de los medios de resolución de controversias se abre una nueva posibilidad para que las personas puedan lograr acuerdos relativos a la liquidación de la comunidad conyugal, sin acudir a un tribunal ordinario.

² Raúl Sojo y Milagros Hernández, *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones* (Caracas: Ediciones Paredes, 2015), 190.

II. Medios alternos de resolución de conflictos³

En 1999 se le otorgó rango constitucional a los medios alternos de resolución de conflictos considerándolos integrantes del sistema de justicia y se establece la obligación del Estado de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos⁴.

A pesar de una resistencia en los primeros años de la década del 2000, en los últimos 12 años ha avanzado el apoyo a los medios alternativos de resolución de conflictos vía jurisprudencial, por ejemplo en la sentencia N° 1.773 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 30 de noviembre de 2011, caso Van Raalte de Venezuela, C.A., se reconoce que la ampliación del abanico de materias que pueden ser sometidas al arbitraje y otros medios de resolución de conflictos:

Así, se ha reconocido el carácter constitucional del arbitraje y que “el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje” -Vid. Sentencia de esta Sala N° 192/08-.

También con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, han entrado en vigencia un conjunto de normas que evidencian la aceptación y tendencia del ordenamiento jurídico patrio por incluir y desarrollar al arbitraje como un medio eficaz para la resolución de conflictos. Incluso, ha sido tan generosa la labor legislativa para el desarrollo del desideratum constitucional (ex artículo 258), que se le ha incluido en materias que, tradicionalmente, ni el propio legislador había aceptado la posibilidad de implementar cualquier mecanismo alternativo para la resolución de conflictos.

Acudir a los métodos alternos de resolución de controversias para ventilar la liquidación de una comunidad conyugal tiene ventajas sobre el método judicial

³ Hay una tendencia reciente de varios autores a no utilizar la palabra “alternos” o “alternativos” para referirse a los métodos de resolución de conflictos distintos a la vía judicial ordinaria. Para ellos todos los métodos, incluidos los juicios en tribunales ordinarios, son métodos de resolución de conflictos. Dependerá de la situación concreta para elegir alguno de ellos en específico.

⁴ Artículo 253. (...) El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio.

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

ordinario, e incluso sobre el método extrajudicial, aun cuando éste es de mutuo acuerdo. Se pueden destacar la especialización, la celeridad y la confidencialidad.

1. Especialización

Los conflictos que surjan entre excónyuges, donde los sentimientos involucrados son más intensos que en un conflicto entre otro tipo de personas, requieren dedicación y preparación para que pueda encontrarse una solución satisfactoria, más aún si se quiere que sean las partes quienes lleguen a un acuerdo a través de la mediación. El mediador no solamente debe contar con conocimientos legales, también tendría que contar con mucha inteligencia emocional para destrabar algunas situaciones. En este sentido señala Arturo Roizblatt, cuando describe las fases de la separación, refiriéndose a la denominada “Fase de Divorcio Económico”:

En esta etapa es muy beneficioso encontrar un mediador, un tercero imparcial y objetivo, que puede ser un amigo(a) en común, un sacerdote, un familiar, un psicoterapeuta o alguien en quien ambos confíen. La persona elegida debe ser especialmente criteriosa, porque en este complicado proceso se suelen dar situaciones que para muchos resultan incomprensibles. A veces se entra a dividir objetos sin importancia económica pero de gran valor afectivo, y es común ver cómo ciertas parejas se reparten fortunas en forma aparentemente tranquila hasta que llegan a un pequeño objeto, de valor comercial intrascendente pero que, por los recuerdos que evoca, hace detener todo el proceso⁵.

2. Celeridad

Un procedimiento arbitral ofrece a las partes celeridad en la resolución de la controversia, que no es posible en tribunales ordinarios, por la excesiva cantidad de casos que éstos llevan, falta de personal, falta de equipos y material, etc.

3. Confidencialidad

Cuando los matrimonios con un patrimonio común considerable, tienen que acudir a un procedimiento judicial para liquidar la comunidad conyugal, se ven en la obligación de exponer todo ese patrimonio ante el tribunal, si quieren que sean objeto de la liquidación, por lo que quedaría expuesto al público en general en virtud del principio de publicidad de los procedimientos judiciales⁶. De igual forma la sentencia que ordene la liquidación de la comunidad conyugal o el acuerdo extrajudicial al que se

⁵ Arturo Roizblatt, *Divorcio y familia: antes, durante y después* (Santiago de Chile: RiL Editores, 2014), 24

⁶ Incluso en procedimientos judiciales regidos por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015), los expedientes son públicos y no pueden ser objeto de reserva, de conformidad con el artículo 450, salvo excepciones específicas como el caso de adopciones. En todo caso las identidades de los niños, niñas y adolescentes pueden ser reservadas en la publicación de sentencias en los medios digitales, pero la enumeración de activos y pasivos en una liquidación de comunidad conyugal no sería objeto de reserva en ningún caso.

llegue y se haga ante un funcionario público (Notaría Pública o Registro) incluirá una relación de todos los bienes con datos que permitirán su identificación plena.

Esto puede resultar problemático desde el punto de vista de la seguridad personal, al exponerse a ser objeto de secuestros y extorsión o por razones fiscales si las personas tenían algún tipo de planificación patrimonial. Es aquí donde la mediación o el arbitraje a través de un centro especializado adquieren relevancia, ya que todo el procedimiento y la decisión final⁷ pueden tener carácter confidencial y el patrimonio no será del conocimiento público.

Es posible también que si las partes así lo acuerdan, soliciten al tribunal arbitral que emita laudos específicos de acuerdo al régimen registral al que estén sometidos los bienes que eran parte de la comunidad conyugal, de forma tal que al inscribir el laudo en un Registro Público no queden allí reflejados bienes que no están sometidos a ese régimen de publicidad registral⁸. Por esta razón la mediación o arbitraje tiene ventaja sobre la liquidación de mutuo acuerdo extrajudicial, ya que esta última generalmente se recoge en un documento que queda inscrito en una oficina de registro público o notaría, siendo del conocimiento público.

III. El acuerdo arbitral

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial establece con relación al acuerdo arbitral:

Artículo 5. El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

Existe la posibilidad que los cónyuges pacten en las capitulaciones matrimoniales, que como se indicó anteriormente es el contrato específico para reglamentar el régimen patrimonial del matrimonio, su voluntad de someter las disputas relativas a la comunidad conyugal incluyendo su liquidación, a la mediación o arbitraje. A pesar de que lo más común es que en las capitulaciones matrimoniales se establezca un régimen de separación total de los patrimonios de los cónyuges, excluyendo por completo la formación de la comunidad conyugal, siempre pueden

⁷ En una mediación las partes pueden acordar que el acuerdo al que se llegue se le otorgue carácter de laudo y en un arbitraje la decisión final será un laudo.

⁸ Si una pareja tiene una casa en Caracas, una casa en Maracaibo, una finca en Barinas y seis camionetas, al realizar la liquidación mediante un procedimiento judicial, la información de todos esos bienes quedará inscrita en los Registros Inmobiliarios del Distrito Capital, Zulia y Barinas, incluyendo la información de las camionetas que no están sometidas al régimen de publicidad registral, porque la sentencia debe ser una sola y listará todos los bienes que pertenecían a la comunidad conyugal. De allí que la confidencialidad que otorga un laudo puede ser útil, especialmente si hay bienes en el extranjero.

darse casos de bienes adquiridos a nombre de ambos cónyuges, o cualquier interpretación de las capitulaciones matrimoniales, quedaría sometida entonces a la mediación o al arbitraje de conformidad por la cláusula que así lo establezca.

En el caso que en unas capitulaciones matrimoniales se hubiese previsto un régimen de separación total de los patrimonios y no se cumple alguna de las formalidades establecidas en el Código Civil, las capitulaciones serían nulas y por tanto la comunidad conyugal se formaría bajo el régimen legal supletorio, esto es la comunidad de gananciales. Ahora bien, si en el documento contentivo de las capitulaciones matrimoniales nulas, se había establecido una cláusula arbitral ¿sería válida? Señala el artículo 7 de la Ley de Arbitraje Comercial:

Artículo 7. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

El acuerdo de arbitraje goza de autonomía o separabilidad del acuerdo principal, es decir, aunque se exprese mediante una cláusula dentro de un contrato que celebran las partes, en este caso las capitulaciones matrimoniales, el acuerdo de arbitraje es por sí mismo un acuerdo separado por lo que la nulidad del acuerdo principal no necesariamente afecta la validez de la decisión de las partes de someter sus controversias a arbitraje. Es por ello que siendo nulas las capitulaciones matrimoniales por no cumplir las formalidades de ley, no surten el efecto de impedir la formación de la comunidad conyugal, pero si los cónyuges habían expresado su intención de someter cualquier controversia relativa al régimen patrimonial del matrimonio a arbitraje, y existiendo un matrimonio y por tanto la comunidad conyugal, entonces el acuerdo arbitral bien podría ser válido.

Si los cónyuges no celebraron capitulaciones matrimoniales, la opción para ir a la mediación o arbitraje sería mediante un acuerdo independiente. Esto podría ocurrir en cualquier momento del matrimonio, pero no sería tan frecuente que suceda, o cuando ya hay una inminente separación que conduzca al divorcio o incluso después de decretado el divorcio por un tribunal.

El último aparte del artículo 173 del Código Civil señala que “Toda disolución y liquidación voluntaria es nula, salvo lo dispuesto en el artículo 190”. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, ha reiterado que todo convenio sobre la disolución y liquidación de la comunidad conyugal antes de que haya sido decretado el divorcio es nulo, así lo indicaba la Sala de Casación Civil en sentencia del

21 de julio de 1999 caso Lourdes Trinidad Mujica contra Adolfo José Marín Ordaz y Reparaciones Venezolanas de Calderas, S.R.L.⁹:

(...) Expone la recurrida que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 173 del Código Civil, todo pacto que se celebre sobre partición de la comunidad conyugal antes de ser declarado disuelto el vínculo matrimonial, es nulo, con la única excepción prevista en el artículo 190 eiusdem esto es, en el supuesto de la separación de cuerpos y de bienes. Por ello, concluye, dado que al presentarse la solicitud de declaratoria de divorcio con base en el artículo 185-A de ese mismo Código, no puede considerarse disuelto aún el matrimonio, el convenio que la misma contenga sobre partición, como es el caso del pacto cuya ejecución constituye el objeto del presente juicio, es nulo y carente de valor y efectos.

Por su parte, el formalizante sostiene que el pacto citado es válido si, como sucede en el caso, se sujeta a la condición de que surtirá sus efectos ‘una vez disuelto el vínculo conyugal’.

Ahora bien, considera la Sala que es correcta la apreciación de la recurrida, porque tratándose como se trata de cuestiones de estricto orden público, el que se lo someta a una condición, no quita al pacto en referencia su naturaleza de convenio sobre liquidación y partición de la comunidad conyugal de bienes, celebrado antes de la disolución del matrimonio, y nulo por consiguiente, por efecto de lo dispuesto en el artículo 173 mencionado (...).

Es por esta razón que forzosamente cualquier procedimiento de mediación o arbitraje sobre la liquidación de la comunidad conyugal debe realizarse una vez que la sentencia de divorcio sea firme.

Hay que destacar que el acuerdo por el cual los cónyuges deciden someter una eventual liquidación de la comunidad conyugal a los métodos alternos de resolución de conflictos, no contraviene lo establecido en el artículo 173, pues el objeto de este acuerdo no es ni la disolución ni la liquidación de la comunidad, simplemente las partes están eligiendo la forma en cómo se ventilarán y solucionarán los conflictos relacionados con la liquidación de la comunidad conyugal. Es una elección de carácter adjetivo, cómo se verá al tratar el tema de la arbitrabilidad objetiva.

IV. Arbitrabilidad objetiva

Como se indicó anteriormente una vez disuelto el matrimonio por divorcio sobrevive la comunidad, ya no como una comunidad conyugal sino como una comunidad ordinaria regida por los artículos 759 al 770 del Código Civil. Cabe

⁹ Otras sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que reiteran este criterio son: Sala de Casación Civil, caso: Albito Marino Castillo Useche contra María Cecilia Araque Moncada (22 de junio de 2001); Sala Constitucional, caso: Fernando Agustín Pérez Parra (16 de diciembre de 2002); Sala de Casación Civil, caso: Gerónimo José León Franco (15 de noviembre de 2017)

destacar que la comunidad está conformada por derechos y obligaciones de carácter patrimonial, pues las obligaciones de carácter no patrimonial derivadas del matrimonio se extinguen con respecto a los excónyuges al decretarse el divorcio y las obligaciones no patrimoniales de los excónyuges con respecto a sus descendientes (instituciones familiares) tienen un tratamiento especial en la ley.

Es precisamente por el contenido patrimonial que tiene la comunidad conyugal que su liquidación encuadra perfectamente en las materias que pueden ser objeto de arbitraje conforme al artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial, pues es una materia susceptible de transacción entre las partes, ya que pueden disponer de los derechos sobre la comunidad, en los términos del artículo 1714 del Código Civil¹⁰. En este sentido señala Luis Alfredo Araque:

por lo que sólo los derechos que las partes podrían disponer mediante un contrato de transacción pueden ser dispuestos mediante un acuerdo de arbitraje. En un caso la disposición se da en los términos que las propias partes señalan en la transacción, y en el otro, en los términos que señalen los árbitros en el laudo por delegación de las propias partes¹¹.

Sobre el carácter disponible de los derechos sobre la comunidad que tienen los excónyuges, afirman Sojo y Hernández “La liquidación y partición de la comunidad de gananciales, como toda división de bienes comunes, es un acto de disposición y por ello las partes deben tener plena capacidad”¹².

Así las cosas, puede afirmarse con certeza que se puede someter a mediación o arbitraje la liquidación de una comunidad conyugal. Sin embargo, surge la duda cuando existen niños, niñas o adolescentes, entre los excónyuges o bajo la responsabilidad de uno de ellos, ya que en la Reforma de Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007 se modificaron las competencias de los tribunales con competencia en esta materia, modificación que se reiteró en la última reforma de dicha ley en 2015. El artículo 177 de la LOPNA establece que:

Artículo 177. Competencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es competente en las siguientes materias:

Parágrafo Primero. Asuntos de familia de naturaleza contenciosa:

(...)

¹⁰ Artículo 1714. Para transigir se necesita tener capacidad para disponer de las cosas comprendidas en la transacción.

¹¹ Luis Araque, *Manual del Arbitraje Comercial* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 47.

¹² Sojo y Hernández, *Apuntes de Derecho de Familia*, 190.

l) Liquidación y partición de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes comunes o bajo Responsabilidad de Crianza y/o Patria Potestad de alguno o alguna de los solicitantes.

(...)

Parágrafo Segundo. Asuntos de familia de jurisdicción voluntaria:

(...)

h) Homologación de acuerdos de liquidación y partición de la comunidad conyugal o de uniones estables de hecho, cuando haya niños, niñas y adolescentes.

En principio podría pensarse que la competencia especial ejerce un fuero atrayente y no podría someterse a mediación o arbitraje la liquidación de una comunidad conyugal donde haya niños, niñas o adolescentes, pero es importante señalar criterios reiterados por el Tribunal Supremo de Justicia, que permiten concluir que sí sería posible.

En la famosa sentencia N° 1.541 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 17 de octubre de 2008, se estableció que:

En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o protector de la legislación especial en áreas "sensibles" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

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.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, (...) sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de

derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes.

Someter la liquidación de la comunidad conyugal a la mediación o al arbitraje es una elección de naturaleza adjetiva, como indica la Sala, siendo entonces posible aún en los casos donde haya niños, niñas y adolescentes elegir dicha opción. Como se ha visto la liquidación de la comunidad conyugal es un acto de disposición, de carácter patrimonial, es decir se trata de una pretensión pecuniaria en palabras de la Sala, por lo que elegir un medio distinto a los tribunales ordinarios no implica la inobservancia de las normas de orden público que rigen la materia¹³.

Entonces ¿quedarían excluidos por completo los tribunales de protección del niño, niña y adolescente para participar si la liquidación de la comunidad conyugal se realiza a través de la mediación o arbitraje? En este sentido cabe señalar las siguientes normas de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2015):

Artículo 8. Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes

El Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Parágrafo Primero. Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

- a) La opinión de los niños, niñas y adolescentes.
- b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes.
- c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente.
- e) La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

¹³ A modo de ejemplo, lo estipulado en el artículo 173 del Código Civil, referente a la imposibilidad de liquidar la comunidad conyugal antes de la disolución del vínculo matrimonial, se trata de una norma sustantiva de carácter imperativo, que debe ser aplicada también por los árbitros. Por lo tanto discutir en una mediación o arbitraje la liquidación de la comunidad conyugal, sin que ésta haya sido disuelta de conformidad con la ley, sería imposible.

Parágrafo Segundo. En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Por otra parte el artículo 40 de la Ley sobre procedimientos especiales en materia de protección familiar de niños, niñas y adolescentes (2010) establece que:

Opinión del niño, niña y adolescente en la fase de mediación

Artículo 40. El juez o jueza de mediación y sustanciación debe oír la opinión del niño, niña o adolescente un máximo de dos veces, salvo que se considere indispensable oírlo u oírlo nuevamente a fin de facilitar el acuerdo o que el propio niño, niña o adolescente solicite emitir su opinión nuevamente. A tal efecto, debe escoger la oportunidad más prudente dentro del desarrollo de la mediación familiar para oír su opinión, preferiblemente después de realizar las sesiones necesarias en las que las partes han expuesto sus problemas y conflictos principales.

En todos los casos el juez o jueza al momento de oír la opinión del niño, niña o adolescente debe garantizar el cumplimiento del Acuerdo de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, que establecen las “Orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 900 de fecha 30 de mayo de 2008 resaltó la importancia y obligatoriedad del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los procedimientos judiciales donde tengan interés, en tal sentido señaló la Sala:

La realización del referido acto es una obligación ineludible para cualquier órgano o autoridad que se encuentre conociendo de procesos o situaciones que de una u otra forma afecten o amenacen con afectar el bienestar de menores, de acuerdo con la edad y condiciones de salud mental en que estos se encuentren. La garantía de tal derecho está orientada a proporcionarles oportunidad para expresarse libremente en audiencia especial, para que su manera de percibir las circunstancias que fueren del caso y sus opiniones en general cuenten, como elemento principalísimo, en el conjunto de factores que debe ponderar quien le corresponda adoptar decisiones de cualquier naturaleza.

Por otra parte la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 13 de diciembre de 2017, caso: Socorro Robles contra Rafael Rojas, resolvió recurso de casación contra una sentencia que homologó un convenio de liquidación de comunidad concubinaría sin haberse oído la opinión del hijo adolescente de la pareja, estableciendo que:

En este contexto, también debe considerarse lo estatuido en la orientación segunda, numeral 5, de las Orientaciones de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en la que se contempla que “la opinión de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales no es vinculante para el Juez o Jueza, salvo que la ley establezca lo contrario de manera taxativa”, máxime cuando la misma versa sobre

derechos disponibles de sus progenitores en los que priva la autonomía de la voluntad de las partes, sin que se desprenda de la partición amigable efectuada, la vulneración de algún derecho del adolescente. Contrariamente, el acuerdo suscrito por ambos progenitores le garantiza al adolescente una vivienda digna y en lo que concierne a este aspecto, un nivel de vida adecuado, cuyo disfrute pleno deben garantizar los padres dentro de sus posibilidades y medios económicos, de conformidad con el artículo 30 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Se destaca que la Sala reconoce la liquidación de la comunidad conyugal como un derecho disponible de los progenitores, donde prevalece la autonomía de la voluntad. Pero analizó el acuerdo alcanzado por los excónyuges para verificar que se garantizara el nivel de vida adecuado al hijo, en los términos del artículo 30 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

De los artículos y los extractos de las sentencias transcritos, se desprende que el derecho a ser oído y el derecho a un nivel de vida adecuado son normas sustantivas de carácter imperativo que deben ser observados incluso por los árbitros. Las formas de garantizar estos derechos y evitar una eventual nulidad del laudo por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a la ley, tal como señala la Ley de Arbitraje Comercial (1998)¹⁴, podrían ser:

1. Que el tribunal arbitral oiga la opinión del niño, niña y adolescente y verifique que en la liquidación de la comunidad conyugal se le garantice una vivienda digna y en general un nivel de vida adecuado, en protección de su desarrollo integral, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.
2. Que el tribunal arbitral solicite la asistencia del tribunal de protección del niño, niña y adolescente para oír la opinión del niño, niña y/o adolescente.

Solicitar la asistencia del tribunal de protección del niño, niña y/o adolescente no implicaría renuncia al arbitraje ni mucho menos, simplemente se estaría aplicando el principio de cooperación entre jueces y árbitros, que ha venido expresando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, como hizo en la sentencia N° 1.067 de fecha 3 de noviembre de 2010, caso Astivenca:

Al margen de la delimitación orgánica contenida en la sentencia parcialmente transcrita, es de destacar como ya se señaló supra, que conforme a la jurisprudencia vinculante de esta Sala, el arbitraje postula el principio de cooperación y subsidiariedad de la actividad judicial, que comporta no sólo un parámetro interpretativo de las competencias o instituciones relacionadas con el sistema de justicia arbitral, sino desde el punto de vista material, el garantizar que los órganos del Poder Judicial deban intervenir asistiendo o

¹⁴ Artículo 44: La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar: (...)

c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley;

controlando el procedimiento arbitral o sus efectos, así como evitar que tales órganos interfieran en la actividad jurisdiccional conferida por el ordenamiento jurídico a los árbitros -Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 1.139/00 y 1.541/08

V. Conclusiones

1. La liquidación y partición de la comunidad conyugal o en general cualquier disputa sobre los bienes considerados comunes en un matrimonio, puede ser más conflictiva y requerir más atención, que el propio divorcio.
2. Los medios de resolución de conflictos distintos a la justicia ordinaria, como son la mediación y el arbitraje, son opciones válidas y eficientes para los casos de liquidación de comunidad conyugal entre otras razones por la especialización de quienes intervienen como mediadores o árbitros; la celeridad de los procedimientos y la confidencialidad.
3. Los cónyuges pueden pactar un acuerdo arbitral mediante cláusula en las capitulaciones matrimoniales o mediante un acuerdo separado, sin que constituya una violación del artículo 173 del Código Civil sobre la imposibilidad de pactar la disolución voluntaria y anticipada de la comunidad conyugal durante la vigencia del matrimonio, pues se está acordando es el dónde se decidirá en caso de disputas, pues el acuerdo de arbitraje es de naturaleza adjetiva y no sustantiva.
4. La liquidación de la comunidad conyugal es una disputa que puede ser sometida a arbitraje por tener carácter patrimonial, versa sobre materia que puede ser objeto de transacción al poder las partes disponer sobre sus derechos.
5. Cuando las partes que liquidarán la comunidad conyugal tienen niños, niñas o adolescentes en común o bajo su responsabilidad, el tribunal arbitral debe oír la opinión de éstos y velar porque sus derechos a un nivel de vida adecuado estén garantizados en el acuerdo al que se llegue. También puede el tribunal arbitral solicitar la asistencia del tribunal de protección del niño, niña y/o adolescente para realizar esto, en virtud de la cooperación que debe existir entre los tribunales del poder judicial y los tribunales arbitrales.

Normas Editoriales para la presentación de artículos académicos para Preámbulo

I. Sobre los artículos

1. Las colaboraciones que sean enviadas deben ser inéditas y cumplir con el Código de Ética de Preámbulo.
2. El manuscrito debe venir acompañado de un breve resumen en español e inglés de unas 10 líneas que sinteticen el contenido del artículo. En dicho resumen también deberá incluirse las palabras claves en español e inglés.
3. Deberá incluirse un resumen corto del currículum del autor en una nota al pie de página.
4. Deberá contar con: Resumen; Introducción; Desarrollo; Conclusiones.
5. El trabajo debe tener una extensión mínima de 5.000 palabras y máxima de 35.000.
6. Estará prohibido en el texto resaltar en negritas, cursiva, y/o subrayado. Solo estará permitido cuando una cita textual de otro texto así lo contenga.
7. Tipo y tamaño de letra:
 - a. Tipo de letra: Times New Roman tanto en el cuerpo del texto (título, párrafo, tablas y cuadros) como en las notas a pie de página.
 - b. Tamaño de la letra: 11 puntos en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y 9 puntos en las notas a pie de página.
8. El interlineado debe ser de 1,5 en el cuerpo del texto (títulos, párrafos, tablas y cuadros) y sencillo en los títulos de más de dos líneas, las citas largas –afuera del párrafo– y en las notas a pie de página.
9. Alineación del texto:
 - a. Los títulos de los capítulos deben estar centrados.
 - b. Los subtítulos deben estar alineados a la izquierda.
 - c. Los párrafos y las notas a pie de página o al final del texto deben ir justificados (alineados tanto a la izquierda como a la derecha). Excepto la primera línea de los párrafos que llevará una sangría de 5 espacios (1,25 cm).

10. Programas del texto: Los artículos deben entregarse en formato Microsoft Word para PC (versiones 2003, 2007, 2010 o 2013). El archivo de texto debe tener la extensión .doc o .docx (no se acepta .rtf ni .pdf para el archivo de texto).

II. Sobre las citas, pies de página y referencias

1. Citas:

- a. Tipo de cita: Estilo CHICAGO en una nota al pie de página. Se debe de mantener a lo largo de todo el texto.
 - b. El Estilo CHICAGO puede ser encontrado en:
https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html
 - c. Las citas textuales de menos de 40 palabras deben tener el mismo formato que el texto (no hay diferencia), y deben estar “entrecomilladas”
 - d. Las citas de más de 40 palabras deben ir en párrafo aparte con sangría continua de 5 espacios y con interlineado sencillo. Este tipo de cita no utiliza comillas.
2. Las notas a pie de página deben estar en letra Times New Roman 9.

