

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 concubinaria 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.