

Venezuela, España y Arbitraje: un breve estudio a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Español

Wilfredo José Monsalve García*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-323-361

Resumen: Recientemente el foro arbitral europeo y latinoamericano ha centrado su atención en la reciente, para la fecha de realización de este artículo, sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 15 de febrero de 2021. Sobre ella se han realizado ya múltiples eventos y debates acerca de los favorables pronósticos que representa la decisión, extendiendo sus efectos inclusive más allá de Europa para permear, por su importancia, en la comunidad arbitral de América Latina. En un intento de comparar tendencias, analizaremos las nociones básicas del arbitraje, sus principios, su legislación, tratamiento venezolano y generalidades del referido fallo para, finalmente, hacer una breve referencia a la sentencia sobre avocamiento de febrero de 2020 y la estrecha relación empresario-arbitraje.

Palabras claves: Arbitraje, España, Venezuela.

Venezuela, Spain and Arbitration: a brief study on the ruling of the Spanish Constitutional Court

Abstract: *Recently, the European and Latin American arbitration forum has focused its attention on the recent decision, as of the date of this article, of the Spanish Constitutional Court dated February 15, 2021. Multiple events and debates have already been held on the favorable prognosis of the decision, extending its effects even beyond Europe to permeate, due to its importance, the Latin American arbitration community. In an attempt to compare trends, we will analyze the basic notions of arbitration, its principles, its legislation, Venezuelan treatment and generalities of the referred decision, and finally, we will make a brief reference to the February 2020 ruling on “Avocamiento” and the close business-arbitration relationship.*

Keywords: Arbitration, Spain, Venezuela.

* Universidad Central de Venezuela, Estudiante de Derecho en la Universidad Central de Venezuela; Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, Venezuela; Asistente de investigación en Badell & Grau Law Firm, Caracas, Venezuela.. wilfredomonsalveg@gmail.com

Venezuela, España y Arbitraje: un breve estudio a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Español

Wilfredo José Monsalve García*

RVDM, Nro. 6, 2021. pp-323-361

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN 1. *Reseña histórica del arbitraje venezolano* 2. *De la naturaleza del arbitraje* 3. *Arbitraje en Venezuela* 4. *El fallo del Tribunal Constitucional Español* 4.1 *Consideraciones previas* 4.2 *El fallo* 4.3 *Puntos de interés en la decisión* 4.3.1 *Equivalentes jurisdiccionales* 4.3.2 *La prohibición de judicializar el asunto* 4.3.3 *El orden público* 4.3.4 *De la importancia del fallo* 5. *Algunos principios subyacentes al arbitraje como institución jurídica* 5.1 *Autonomía de la voluntad nociones básicas e importancia* 5.2 *Principio de la libertad contractual* 5.3 *Principio de buena fe* 6. *Ataques al arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias* 6.1 *La regresiva sentencia interlocutoria de avocamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia* 6.2 *La reciente sentencia que declara sin lugar la solicitud de avocamiento* 7. *Empresario y arbitraje*. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La sentencia del 15 de febrero de 2021 emanada del Tribunal Constitucional Español ha sido motivo de debates, múltiples eventos, artículos y comentarios en razón de la importancia que reviste para el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos, no solo en España, sino también en el resto del mundo.

Particularmente nos referimos a Latinoamérica, que ha reportado grandes avances en la materia en los últimos años, países como Perú, Panamá, México y Colombia, son tan solo algunos de los que han impulsado el arbitraje a través de diferentes plataformas digitales, creando así una cultura de buenas prácticas alrededor de este medio alternativo.

* Universidad Central de Venezuela, Estudiante de Derecho en la Universidad Central de Venezuela; Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje, Caracas, Venezuela; Asistente de investigación en Badell & Grau Law Firm, Caracas, Venezuela.. wilfredomonsalveg@gmail.com

Nos parece especialmente ilustrativa la comparación que puede hacerse entre las tendencias del foro arbitral en Europa —y demás países que están a la vanguardia— con las que imperan en Venezuela, donde también se ha producido un desarrollo progresivo en la materia.

Desarrollo que se ha promovido, no solo por la jurisprudencia que ha sido cónsona —con sus tropiezos claro está— sino también por la constitución, leyes, asociaciones y centros de arbitraje.

Además, ante un poder judicial activista y parcial, el arbitraje ha crecido exponencialmente como herramienta de solución de controversias por los indubitables beneficios que reporta a las partes, entre los que destacan certeza y celeridad.

Para este estudio, realizaremos una breve reseña histórica del tratamiento que se ha dado al arbitraje en el país, su naturaleza jurídica y veremos algunos puntos de interés del fallo del Tribunal Constitucional de España.

Posteriormente, con ocasión del fallo mencionado, recordaremos algunos de los principios más importantes que subyacen al arbitraje como institución jurídica y, de seguidas aludiremos, a título comparativo, a la solicitud de avocamiento conocida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Todo el recorrido de nuestra investigación desembocará en una alusión a la indisoluble relación que une al arbitraje y, uno de los sujetos esenciales del mundo comercial, el empresario.

1. Reseña histórica del arbitraje en Venezuela

En nuestra historia constitucional, encontramos por primera vez el arbitraje en la constitución de 1830¹ en su artículo 190 que rezaba:

Los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros, aunque estén iniciados los pleitos, mudar de domicilio, ausentarse del Estado, llevando consigo sus bienes, y volver a él, con tal que se observen las formalidades legales y de hacer todo lo que no está prohibido por la ley.

Así quedó trazado el punto de inicio de lo que vendría después, el desarrollo legislativo de este artículo quedaría plasmado en el Código de Procedimiento Civil de 1836.²

¹ Álvaro Badell Madrid, «Pasado, presente y futuro del arbitraje en Venezuela», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*. N°2, (2020): 28. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/articulo/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_28-31.pdf

² Idem.

Aquel código, sancionado en fecha 19 de mayo de 1836,³ es conocido como el código arandino pues su elaboración sería encomendada al doctor Francisco Aranda, quien asumió dicha labor de manera exclusiva.⁴

El Código de Procedimiento Judicial de aquel año, reconocía la institución arbitral al establecer en su Ley IX “de los arbitramentos”:

Artículo 1. En cualquier estado de la causa en que las partes manifiesten haberse sometido a juicio de árbitros se suspenderá el curso de aquella y se pasará en el acto a los árbitros nombrados entregándose a las mismas partes al intento.⁵

Y aunque para aquella época se establecían varias formalidades para que se instalara el tribunal arbitral válidamente, el arbitraje estaba plenamente reconocido. Incluso eran reconocidas las dos modalidades fundamentales del arbitraje, a saber, arbitraje de derecho y arbitraje de equidad.

En este código, no se utilizaba propiamente la expresión arbitraje de equidad, pero su presencia queda clara por lo establecido en su artículo 7, de la misma ley:

“Cuando las partes no hayan determinado si los árbitros son de derecho o arbitadores, los mismos árbitros les exigirán, antes de decidir sobre el pleito, que expresen el carácter con que han sido nombrados.”⁶

Tal determinación era fundamental pues, en los arbitrajes de derecho, los árbitros debían sujetarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico positivo vigente con relación a la sustanciación de los trámites del procedimiento, a menos que las partes los liberasen de tal obligación:

“Artículo 3. Los árbitros de derecho deberán observar en la sustanciación los trámites establecidos en esta ley para el procedimiento, si las partes no les dispensaren de este deber; y en la sentencia deberán sujetarse a las leyes.”⁷

Se podía recurrir el laudo dictado por los árbitros de derecho ante la jurisdicción ordinaria, como se entiende del siguiente artículo:

³ Tomás Enrique Carrillo Batalla, ed., *Leyes y decretos de Venezuela 1830-1840*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1982), 310 y ss. <https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-01-1830-1840.pdf>

⁴ Ángel Francisco Brice, «El código de procedimiento judicial de 1836 y su repercusión en el procedimiento vigente», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 1-2, (1936): 60 http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1936/BolACPS_1936_1_1_2_60-66.pdf

⁵ Tomás Enrique Carrillo Batalla, ed., *Leyes...*, 335.

⁶ *Ídem*.

⁷ *Ídem*.

Artículo 4. La apelación contra la sentencia de los árbitros de derecho, en caso de dirigirse a los tribunales de justicia se llevará precisamente a la corte superior del distrito en que esté domiciliado el demandado, y deberá interponerse dentro de los cinco días de haberse hecho saber la sentencia al apelante. Los árbitros no podrán demorar los autos en su poder en este caso, y los pasarán al juez competente de primera instancia, para que dejando copia de la sentencia, los dirija dentro del término señalado en el artículo 5º de la ley única del título tercero a la corte superior.- Desde entónces la causa seguirá los trámites del juicio ordinario.⁸

En cambio, en los “arbitramentos” no procedía recurso alguno en contra del laudo, disponía el código en su artículo 6 que: “Contra la sentencia de los arbitradores no se concederá ningún recurso, y las partes no podrán reservarse la facultad de apelar a los tribunales.”⁹

Sin embargo, no sería el arbitraje una institución de uso muy frecuente en aquel momento histórico.

Y es que, incluso a principios del siglo XX, salvo las controversias que pudieran derivarse en materia petrolera, no hubo mayor incidencia del arbitraje¹⁰ en la vida comercial de la época.

En la relación poder judicial-arbitraje predominó el primero durante la parte inicial del siglo XX en los códigos de procedimiento civil de 1904, 1916 y 1986, así lo explica Badell Madrid A.:

En estos 70 años de vigencia de dichos Códigos Procesales, fueron de evidente exclusividad y prelación del poder judicial ante la institución del arbitraje. Se regulaba el arbitramento de manera profusa en dichos textos legislativos, con algunas formalidades -hoy superadas- como por ejemplo la necesidad de que el compromiso arbitral constara en documento auténtico (502 CPC 1916) o la posibilidad de discusión —en juicio— sobre la existencia del compromiso arbitral.¹¹

Durante el período democrático o, como le denominó Brewer-Carías el período de la democratización del estado y de la sociedad o del estado democrático centralizado de partidos¹² las cosas cambiaron para el arbitraje comercial.

⁸ *Idem.*

⁹ *Ídem.*

¹⁰ Badell Madrid, A. «Pasado...», 28.

¹¹ Álvaro Badell Madrid, «Reacción o relación poder judicial y arbitraje», *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, N° 2, (2019): 18. <http://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/11/Alvaro-Badell.-Poder-Judicial-y-arbitraje.pdf>

¹² Allan Randolph Brewer-Carías, *Historia Constitucional de Venezuela* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana – Fundación de Derecho Público), 2013, 449 y ss. Entre 1945 y 1999, cuando se observó en el país una progresiva profundización democrática que tuvo también su influencia en el arbitraje. <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/03/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-I-9789803652296-txt.pdf>

El arbitraje se convirtió en una opción atractiva, cosa que permitió “atribuirle con mayor firmeza la legítima representación de los intereses del empresariado y la naturaleza de ser escenario natural para la participación en los asuntos públicos.”¹³

Fue en el año 1998, cuando se sancionó la Ley de Arbitraje Comercial (Gaceta Oficial Nº 36.430 de fecha 7 de abril de 1998)¹⁴ que se positivizó, atenuando el rigor de cuerpos normativos previos, el andamiaje sobre el cual este mecanismo obtendría un desarrollo posterior.

Es a partir de la promulgación de dicha ley cuando: “Surgen los dos centros de arbitraje que actualmente funcionan en el país y comienza la etapa de promoción masiva y sostenida del arbitraje.”¹⁵

No se trató de cualquier desarrollo, sino uno que implicó la incorporación de un mandato constitucional de promoción, que como veremos en líneas posteriores, marcó un antes y un después en la historia del arbitraje al darle una preeminencia nunca antes vista en nuestros ordenamientos.

Nos referimos a la regulación de la constitución de 1999 (Gaceta Oficial Nº 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999)¹⁶ que reconoce al arbitraje como parte integral del sistema de justicia, punto que analizaremos más detalladamente en una parte posterior de este trabajo.

Pero más allá de concebirlo como componente del sistema de justicia, establece un mandato de promoción, contenido en el artículo 258, que revisaremos más adelante con mayor detalle.

Este reconocimiento constitucional del arbitraje como parte del sistema de justicia y el mandato, también constitucional, de promoción establecieron una perspectiva distinta en la relación entre poder judicial y arbitraje.

Perspectiva que se observaría en importante jurisprudencia que sirvió para develar la nueva tendencia de no considerar al arbitraje como una institución antagónica, sino más bien, deshacer la relación repulsiva y establecer una de colaboración, Badell Madrid A. señala en esta misma línea:

¹³ Leonardo Palacios Márquez, «Palabras de apertura a cargo del Dr. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 161: Homenaje al Doctor José Andrés Octavio, (2020): 193-194. <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf>

¹⁴ Véase en: Gaceta Oficial Nº 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

¹⁵ Álvaro Badell Madrid, «Reacción...», 18.

¹⁶ Véase en: Gaceta Oficial Nº 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999.

Es en esta etapa, la Sala Constitucional dicta decisiones limitando los recursos que proceden contra el laudo arbitral (caso: Van Raalte de Venezuela SC N° 1.773-30/11/2011) y se pronuncia dicha Sala por la tesis de la necesaria colaboración que debe existir entre el poder judicial y el arbitraje, como por ejemplo hizo en el caso: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas SC N° 702- 18/10/2018.¹⁷

De manera que, la constitución, las leyes y la jurisprudencia se habían alineado hacia un mismo norte, la estimulación del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos.

Aunque en 2020, una solicitud disonante con todo el avance que se había venido experimentando en los últimos tiempos amenazaría todo el progreso alcanzado.

Nos referimos a la solicitud de avocamiento que tuvo lugar el 10 de febrero de 2020 y que dio lugar a la sentencia de la Sala Constitucional diez días después ordenando a un centro de arbitraje la remisión del expediente de un caso.

En todo caso, la mencionada sentencia interlocutoria será analizada con mayor nivel de detalle en un punto más avanzado de este estudio.

2. De la naturaleza del arbitraje

El arbitraje es considerado, en general, un método alternativo de resolución de conflictos pero, desde el punto de vista dogmático procesal, habría que ser más detallado con su naturaleza, a tales efectos conveniente es citar a Francesco Carnelutti:

“La composición de la Litis puede obtenerse también por medios distintos del proceso civil; puesta como esté dicha composición, se entiende que, para denotar tales medios, puede servir el concepto de equivalente.”¹⁸

Esto es particularmente interesante pues, como veremos de seguidas en el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Español, uno de los asuntos discutidos es el de la equivalencia, a saber, si es realmente equivalente el arbitraje a un proceso llevado ante la jurisdicción ordinaria.

Pero, este autor va más allá de solo establecer que se trata de un equivalente, distingue los supuestos en los que las partes, por sí mismas, resuelven la controversia y aquellos supuestos en los que es resuelta por un tercero.

Nos interesa por lógicas razones, la segunda categoría, a saber:

¹⁷ Álvaro Badell Madrid, «Reacción...», 18.

¹⁸ Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil*, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.), 1959, 108.

“En el segundo caso la colaboración de las partes con un tercero, determina un método de trabajo que reclama el proceso, pero el defecto del tercero en la potestad judicial según el ordenamiento jurídico interno no permite que en ello se contemple proceso verdadero y propio.¹⁹”

Para cerrar la idea prosigue de la siguiente forma:

... “la verdad es que aquí, por razones de conveniencia y en cuanto concurren tales requisitos que garanticen su justicia, se utiliza para la composición un órgano extraprocesal, que puede ser o un particular, desprovisto de potestad judicial (árbitro), o un juez según un ordenamiento jurídico distinto.²⁰”

De manera que en estos casos, en los cuales para la resolución de la controversia entra a conocer un particular desprovisto de las facultades que les son propias a los jueces quienes están investidos de poder jurisdiccional, entra el supuesto del arbitraje.

Medio al que Cernelutti califica severamente al señalar que no se trata de un “proceso verdadero y propio” y lo enmarca en la categoría de “cuasi proceso”.²¹

También da luces acerca de la naturaleza del arbitraje la exposición que hace Véscovi en su obra *Teoría General del Proceso*, en la que parte desde el punto de la controversia humana para establecer que hay diferentes mecanismos a través de los que puede resolverse:

Por simple lógica, es fácil llegar a la conclusión de que la forma primigenia de resolución de conflictos humanos fue el uso de la fuerza, a lo que el autor denomina autodefensa.²²

A pesar de que la autodefensa ya no está presente en los ordenamientos jurídicos con la fuerza de otras épocas, mantiene algunas reminiscencias como la legítima defensa y la *exceptio non adimpleti contractus*.

Más allá de lo ilustrativo del párrafo anterior, lo que propiamente nos conviene analizar es la definición de lo que Véscovi denomina medios heterocompositivos. Éstos los caracteriza como aquellos que suponen la solución de un conflicto por un tercero.²³

Dentro de estos medios de heterocomposición incluye al arbitraje, y dice en ese sentido:

¹⁹ *Ibid.* p. 109

²⁰ *Ibid.* p. 109-110.

²¹ *Idem.*

²² Enrique Véscovi. *Teoría General del Proceso*, (Bogotá: Editorial Temis), 1984, 4.

²³ *Ibid.* p. 5

“Primitivamente se conoció la figura del árbitro – a veces antes que la del juez –, que es un tercero que las propias partes nombran como imparcial para someterle su conflicto y con el propósito, de antemano, de aceptar su decisión.”²⁴

El arbitraje implica entonces, para Vécovi, la resolución del conflicto por parte de un tercero que lo resuelve por su voluntad y obedeciendo a un procedimiento predefinido.²⁵ Entrando así el arbitraje en la categoría de medios de heterocomposición.

3. Arbitraje en Venezuela

El arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias ha tenido un gran desarrollo en varios países, tanto en Europa, Asia, América del norte y Suramérica, el caso venezolano, no ha sido la excepción.

Romero-Muci deja claramente definida esta idea cuando señala: “...el arbitraje desarrolló en Venezuela una comunidad de expertos que se han empeñado en modernizar la institucionalidad del arbitraje a niveles que nada tiene que envidiar al de otros países.”²⁶

Si bien es cierto que Venezuela requiere de innovaciones en materia arbitral que permitan que el progreso continúe para que la institución siga los pasos de la escena internacional, también es cierto que cuenta con una regulación favorable y con árbitros sumamente preparados.

Nivel de preparación que, conjugado con la gran capacidad de innovación de las cámaras de comercio y de los centros de arbitraje, han permitido el mantenimiento de un servicio de alta calidad, aún en tiempos de pandemia, interesa lo reseñado por Aarons P.:

En algunos países únicamente se ha dado atención a los asuntos considerados urgentes, mientras que en otros se ha tratado de dar continuidad a los servicios de justicia mediante atención remota o virtual. Tal circunstancia ha proporcionado una oportunidad única para el uso de los medios alternativos de solución de controversias como una vía flexible de atención para asuntos civiles y mercantiles...²⁷

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Humberto Romero-Muci, «Palabras de bienvenida a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 161: Homenaje al Doctor José Andrés Octavio (2020): 187. <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf>

²⁷ Fred Aarons P., «La digitalización en el arbitraje y las cortes en la búsqueda de justicia en tiempos de pandemia», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*. N°3, (2020). http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/3/Principia_2020_3_15-36.pdf

Naturalmente, en países con instituciones sólidas, separación de poderes y respeto de las relaciones jurídicas subjetivas se recurre con frecuencia al arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias.

En un país con una arraigada cultura de desconfianza hacia los órganos del poder público como es Venezuela el arbitraje se ha convertido en una alternativa, más que viable, idónea para la resolución de conflictos.

La desconfianza hacia la jurisdicción ordinaria por su falta de imparcialidad, activismo judicial y, en líneas gruesas, falta de predictibilidad que deja en un limbo de incertidumbre jurídica a los asuntos que conocen, impulsa a las partes, con muchas más razones, a comprometerse en árbitros.

Con relación a esos vicios de los que adolece la jurisdicción ordinaria se ha escrito mucho, sobre todo ha sido criticado duramente por constitucionalistas y administrativistas autorizados en diferentes publicaciones.

Allan Brewer-Carías en una de sus obras, tiene un punto cuyo solo título demuestra esta parcialidad del poder judicial: “La ausencia de autonomía e independencia del Poder Judicial por el germen constitucional de concentración del poder, en contradicción con la pentadivisión del poder público.”²⁸

El delicado equilibrio que deriva del principio de separación de poderes se ha desdibujado en la práctica, de manera que ya es casi un hecho notorio a apoderamiento progresivo de la rama judicial por parte del partido de turno.

Pero también es una situación que afecta al derecho privado y en general a la sociedad, incluso desde una perspectiva iusfilosófica se ha condenado la actividad judicial de los últimos años.

El profesor Francisco Delgado hizo una meticulosa y diáfana síntesis de lo que ha ocurrido en Venezuela durante los últimos 21 años, explicando que los jueces venezolanos están en una constante tensión entre la sujeción y el activismo.

Mediante una argumentación organizada y afinada apunta cuales son las evidencias que corroboran la falta de independencia de la rama judicial del poder público, por ejemplo, refiriéndose al período de tiempo comprendido entre 2005-2013:

La Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia nunca condenó al Presidente de la República por haber violado un derecho constitucional (nunca declaró con lugar ningún amparo constitucional ejercido contra el Presidente). Ningún acto de gobierno fue anulado en ese período; la SC no declaró la inconsti-

²⁸ Brewer-Carías, *Historia constitucional...*, 748.

tucionalidad de ninguno de los decretos leyes del Presidente, y tampoco dictó una sentencia que anulara, en una materia declarada estratégica, leyes sancionadas por la Asamblea Nacional.²⁹

Así podríamos continuar —durante muchas líneas— exponiendo hechos y actos que demuestran la situación de los jueces, declaraciones de políticos y magistrados del alto tribunal. Nos limitaremos a señalar que una gran cantidad de jueces son considerados funcionarios de libre nombramiento y remoción, agravando el asunto.

Esa concepción del juez como funcionario de libre nombramiento y remoción, es analizada por el profesor Delgado: “...imaginemos qué ocurre con aquellos jueces (la inmensa mayoría) que pueden ser destituidos sin ningún tipo de procedimiento ni motivación por carecen de estabilidad en su cargos...”³⁰

Por exceder el objeto de análisis de nuestro estudio, no nos extenderemos en este punto, lo que nos interesa es que quede claro que, el arbitraje se ha vuelto una opción más atractiva ante la actual coyuntura política.

Pero, no solo es el único factor que hace al arbitraje un mecanismo ideal para la resolución de controversias, también hay elementos que influyen que no son exclusivamente nacionales sino que también están presentes en otros países. Señala Hung Vaillant:

Resulta ya un tópico en las publicaciones jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, y aún en los medios de comunicación y en las conversaciones privadas, hacer mención a la crisis de la actividad jurisdiccional del Estado y consecuentemente a la crisis de la Justicia.³¹

Se trata de la saturación de la jurisdicción ordinaria, pero no solo de esto, es una crisis universal de la rama judicial de los estados, el retardo procesal, la ineficacia y leyes desactualizadas que no se ajustan a las nuevas exigencias de la sociedad.

El arbitraje en ese sentido, significa no tanto una salida, sino una nueva puerta que se abre con todas las comodidades propias de un proceso personalizado y efectivo. Cita Hung a Romberg, que hace una interesantísima referencia a procesalista uruguayo Eduardo Couture:

El juicio por el cual nos regimos todavía en Hispanoamérica —ha dicho Couture— es el juicio del recelo y de la desconfianza en el juez; es el juicio de las recusa-

²⁹ Francisco Delgado, *Chavismo y derecho* (Caracas: Editorial Galipán, 2017) 88.

³⁰ *Ibíd.*, 89.

³¹ Francisco Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001) 33.

ciones que todavía se pueden hacer hasta sin causa; de los recursos; de la queja; de los impedimento; es el juicio colmado de actos tendentes a controlar hasta el más insignificante desvío del juez de las formas impuestas por el procedimiento.³²

La intromisión del estado venezolano en las distintas actividades ha hecho mermar la calidad de nuestras instituciones, dice Hung Vaillant “pareciera indicar que en Venezuela el Estado ha sido víctima del viejo dicho de “quien mucho abarca, poco aprieta.”³³

Ciertamente en Venezuela el arbitraje es reconocido como parte integral del sistema de justicia al establecerse en el artículo 253 constitucional:

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 y ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados y abogadas autorizados y autorizadas para el ejercicio.³⁴

Y no conforme con lo anterior, el constituyente de 1999 establece en el artículo 258 en parte *in fe*: “...la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.”

Tal es la relevancia del arbitraje en el ordenamiento venezolano que ha sido considerado por un sector de la doctrina como un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 26, que establece:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

Debemos entender a la tutela efectiva como un género que abarca dos especies diferentes: la tutela judicial efectiva y la tutela jurisdiccional, ambas reconocidas como partes integrales del sistema de justicia por disposición constitucional.³⁵

También se encuentra vigente en nuestro ordenamiento jurídico la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, que está basada en la Ley Modelo Uncitral de 1985, un referente en materia de arbitraje para los países que forman parte de la Organización de las Naciones Unidas.

³² *Ibíd.*, 34

³³ *Ibíd.*, 35

³⁴ Resaltado nuestro.

³⁵ Eugenio Hernández-Bretón, *Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental. Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Ed. Por Irene Varela (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005) 31-32.

En cuanto a la ejecución de laudos en países distintos a aquellos en que haya sido dictado rige, además de la ya mencionada Ley de Arbitraje Comercial, o su equivalente en el resto de estados, la Convención de Nueva York de 1958.

Es conocido que el arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos (MARC) reputa notables ventajas a las partes por su enfoque personalizado, seguridad jurídica y respeto a la autonomía de la voluntad.

Incluso reputa provechos logísticos, como la reducción del tiempo de decisión por parte de los árbitros en comparación con la jurisdicción ordinaria y la disminución de costos.

El arbitraje ha dejado de ser la excepción para convertirse en la regla y más que un descongestionante de la jurisdicción ordinaria ha mutado, en razón de sus avances y progresiva promoción jurisprudencial, en un instrumento eficiente para garantizar la tutela efectiva.³⁶

4. El fallo del Tribunal Constitucional Español³⁷

4.1. Consideraciones previas

El fallo del 15 de febrero de 2021, que tanto auge ha supuesto en el foro arbitral internacional, es digno de analizar a título comparativo en contraste con varias de las decisiones de los tribunales nacionales.

En este sentido, sería una empresa extremadamente atrevida aseverar que se determinarán en este breve trabajo todos los puntos relevantes del fallo y una comparación magistral del mismo con respecto a la jurisprudencia nacional.

Trataremos más bien, de mencionar y desarrollar algunas de las generalidades y puntos de interés. Así como de hacer un paralelismo con una decisión nacional concreta con la finalidad de incentivar estudios más enjundiosos en el tema.

4.2. El fallo

Esta decisión del Tribunal Constitucional de España, resuelve un recurso de amparo en el que la parte recurrente argumenta que se está violando su derecho a la tutela judicial efectiva.

³⁶ Claudia Madrid Martínez, « Más de 20 años de la ley de arbitraje comercial. Algunas reflexiones », *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*, N°2 (2020), 20. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_18-20.pdf

³⁷ En el texto de la STCE, número 3956-2018, de 15 de febrero de 2021.

Concretamente, considera que la tutela judicial efectiva está siendo vulnerada en su modalidad de derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho, no incura en irrazonabilidad ni error patente.

Es menester señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra recogido en el artículo 24.1 de la constitución española de 1978³⁸ (Boletín Oficial del Estado número 311, de 29 de diciembre de 1978) en los siguientes términos:

“Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

La vulneración de este derecho inicia cuando el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declara la nulidad de un laudo arbitral producto de un procedimiento de arbitraje societario.

Debemos decir también, que en los estatutos de la sociedad en la que se generó la controversia interna, estaba contemplada la posibilidad de acudir al arbitraje, a saber, podían ser resueltas a través de este medio alternativo:

“...las cuestiones que pudieran suscitarse entre los accionistas y la sociedad, o entre aquellos directamente, por su condición de tales.”³⁹

En virtud de esa disposición estatutaria se acudió al arbitraje pues, la parte agraviada en el procedimiento de amparo, consideraba que existía un: “continuo e insoponible abuso de derecho”⁴⁰ por parte del demandado, derivado de su posición de control en la sociedad familiar.

En virtud de lo contenido en los estatutos y su procedencia conforme a derecho, las partes sometieron el conocimiento de la controversia a los árbitros, quienes favorecieron en el laudo a la parte afectada por el abuso de derecho ya descrito.

La consecuencia del laudo fue, principalmente, la orden de disolución de la sociedad en cuestión y la consiguiente liquidación y repartición de los bienes de la misma.

³⁸ Véase en: Boletín Oficial del Estado número 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29.313 a 29.424.

³⁹ *Idem*, p.2

⁴⁰ *Idem*.

Ante esta circunstancia, el socio afectado por la decisión del tribunal arbitral decidió impugnarlo ante el Tribunal Superior de Madrid, bajo el argumento de que el laudo vulneraba el orden público al decidir la disolución de la sociedad sin basarse en una cláusula estatutaria preestablecida.⁴¹

No habría revestido el caso mayor importancia si este tribunal hubiese actuado conforme a derecho y decidiendo en armonía con la jurisprudencia sostenida hasta el momento por los tribunales de más alta jerarquía, pero esto no ocurrió.

El tribunal *a quo*, tomó una decisión que se separaba del criterio que el Tribunal Constitucional había venido estableciendo, como antecedente inmediato puede considerarse el fallo de 15 de junio de 2020.⁴²

El tribunal de alzada sentenció a favor de la parte impugnante, fundamentalmente, por considerar que el laudo no se encontraba suficientemente motivado, que se omitió la valoración de algunas pruebas y que no se tomaron en cuenta los resultados de procesos judiciales anteriores.

Por tales razones, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dio la razón al impugnante pues, a su criterio, no podía considerarse válido el laudo arbitral por adolecer de los vicios a los que aludimos en el parágrafo anterior.⁴³ En consecuencia, el laudo quedó anulado.

La parte perdedora en el proceso ante Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que es la que interpone el recurso de amparo, consideró que la decisión que anulaba el laudo arbitral vulneraba, como dijimos, su derecho a la tutela judicial efectiva.

Uno de los argumentos más sólidos de la parte que interpone el recurso de amparo es establecer, a nuestro juicio de manera acertada, que el arbitraje no tiene asidero en la tutela judicial efectiva.

Cuestión, la anterior, que sigue la misma línea de las bases teóricas planteadas previamente en este trabajo, que siguiendo el interesante planteamiento de Hernández-Bretón nos hace concurrir en sus razones para adoptar el criterio de que:

Debe considerarse la tutela efectiva como un género del que escinden dos especies claramente diferenciables, a saber: la tutela judicial efectiva y la tutela jurisdiccional.⁴⁴

⁴¹ También aludió a la violación del orden público económico y la vulneración del principio de autonomía de la voluntad por considerar que el laudo extranscendía el convenio arbitral.

⁴² Véase: STCE, número 3130/2017, en sala primera de 15 de junio 2020.

⁴³ Esto a pesar de que se trataba de un arbitraje de equidad.

⁴⁴ Hernández-Bretón, *Arbitraje...*, 32.

De manera que, el Tribunal Constitucional declara con lugar el recurso de amparo, principalmente porque estaban siendo aplicados cánones judiciales al laudo y, además, estaba el juez conociendo el fondo del asunto,⁴⁵ cuestión que le está vedada al órgano judicial.

Consecuencia inmediata de la decisión fueron la anulación de la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y el restablecimiento del derecho vulnerado por la misma.

4.3. Puntos de interés en la decisión

4.3.1. Equivalentes jurisdiccionales

En la jurisprudencia española se ha señalado de manera consistente que los órganos del poder judicial y el arbitraje son equivalentes jurisdiccionales.

Afirmación, la anterior, de la que pueden desprenderse interpretaciones diversas, pero en el fallo *in comento* se especifica, acertadamente, que son equivalentes jurisdiccionales en tanto ambos están facultados para tomar decisiones con autoridad de cosa juzgada.

Una interpretación errónea del asunto podría llevarnos a pensar que, al ser equivalentes jurisdiccionales, son absolutamente iguales tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción arbitral. Y esa fue, precisamente, la interpretación del Tribunal Superior de Madrid.

Es importante la especificación anterior dado que, en este caso, una de las partes argumentó que era válido el control ejercido por el Tribunal Superior de Madrid con respecto a una supuesta inmotivación del laudo que vulneraba el orden público.

Efectivamente, que el laudo sea contrario al orden público es una de las causales de anulación del mismo contenida en la disposición del artículo 41.1, concretamente el literal f de la Ley de Arbitraje de España (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje):⁴⁶

En el título VII: de la anulación y revisión del laudo:

Artículo 41. Motivos.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido.

⁴⁵ Algo más que evidente, el juez había cuestionado la forma de evacuación de las pruebas por parte de los árbitros.

⁴⁶ Véase: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Última modificación del 6 de octubre de 2015.

- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
- d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
- e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
- f) Que el laudo es contrario al orden público.⁴⁷**

En este sentido el Tribunal Constitucional es claro en señalar que si bien, tanto los laudos como las sentencias judiciales deben ser motivadas por el árbitro o juez, respectivamente, no se aplican a dichas motivaciones los mismos cánones de control bajo la excusa de equivalencia.⁴⁸

Acá entonces, una importante conclusión:

Los órganos judiciales no pueden exigir que la motivación sea exhaustiva o conforme a su criterio particular, simplemente debe limitarse el juez a verificar en un análisis externo, de forma, la existencia de la motivación y la no irrazonabilidad de la misma.

De verificarse tal irrazonabilidad si sería procedente la causal de anulación por violación del orden público. Con respecto a la falta de motivación se discute, incluso, si en virtud de la libertad característica del arbitraje podrían las partes convenir en excluir la motivación.⁴⁹

El espíritu del arbitraje implica que las partes sustraen la controversia del conocimiento de los jueces en virtud del principio de libertad que rige a los particulares.

En consecuencia, les está vedado a los jueces entrar a conocer del derecho material, su actividad debe limitarse exclusivamente a la constatación de errores *in procedendo* pues, de exceder ese límite, la función del árbitro pierde sentido y se desnaturaliza al arbitraje mismo.

⁴⁷ Resaltado nuestro.

⁴⁸ Como ya establecía Carnelutti, son equivalentes en tanto son medios o mecanismos alternativos para solucionar la controversia por lo que, toda interpretación del concepto de equivalencia que vaya más allá será, por lo menos, dudosa.

⁴⁹ Así se discutía en el Little Open de Arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje en el que participaron importantes referentes en materia de arbitraje en España como Javier Íscar de Hoyos, Bernardo Cremades Sanz-Pastor y Carlos de los Santos. Disponible [aquí](#).

Actualmente se plantea el asunto de si el laudo debe ser motivado obligatoriamente o si esto es una exigencia única de las sentencias judiciales. En muchos países, mayoritariamente de *civil law* se considera que la motivación está en una relación inseparable con el orden público.

Mientras que en otros, mayormente de *common law*, no es la motivación un imperativo legal, ni siquiera en las decisiones de órganos judiciales. En el caso venezolano, un sector de la doctrina ha optado por considerar:

“...la motivación del laudo arbitral en paralelo con la exigencia de motivación de las sentencias judiciales.”⁵⁰ Así lo señala Pedro Rengel, que afirma también que en nuestro país no se ha verificado un laudo inmotivado por acuerdo entre las partes.

Pero también hay quienes sostienen que es posible prescindir de la motivación del laudo incluso en los arbitrajes de derecho, no obstante, recordemos que en el caso del fallo del TCE si existía motivación, solo que el juez la consideró “insuficiente”.

4.3.2. La prohibición de judicializar el asunto

El juez que conoce de un recurso que pretende la nulidad de un laudo arbitral no puede, ni de cerca, fundar su decisión en una diferencia de pareceres con respecto a la aplicación del derecho por parte del árbitro.

En este fallo, la decisión tomada por el tribunal de alzada se fundamenta, en gran medida, en la consideración del juez de que no se admitieron algunos medios de prueba y que otras no se valoraron correctamente.

Error, el anterior, que se hace patente una vez que el tribunal trata de observar el arbitraje bajo lente judicial incurriendo, nuevamente, en una falsa apreciación del verdadero significado de equivalencia jurisdiccional.

La relación entre lo judicial y lo arbitral es tema delicado y sumamente frágil, el respeto y conocimiento del derecho es la piedra angular que mantiene el equilibrio de esta endeble comunicación.

Por ello, es imprescindible el respeto de las limitaciones establecidas por la ley y su *sindéresis* por parte de los operadores del sistema de justicia, estamos de acuerdo con la idea de que:

⁵⁰ Pedro Rengel Núñez, «La motivación del laudo arbitral», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº1 (2018) http://www.ulpiano.org/ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/1/RVDM_2018_1_03.pdf El mismo autor explica los argumentos de partidarios de esta corriente, autores como Domínguez Guillen y Baumeister.

“El juez no es ni puede ser un revisor en segunda instancia de los árbitros, el procedimiento arbitral no es un seudo procedimiento judicial privatizado.”⁵¹

4.3.3. *El orden público*

El orden público es uno de los límites de la autonomía de la voluntad de las partes, pero su simple mención en los textos legislativos lleva necesariamente a la búsqueda del establecimiento de una definición que nos permita saber exactamente en qué consiste este límite.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado que puede generar problemas de diversa naturaleza. Es necesario entender que, por esta misma indeterminación, esta categoría a la que tanto se alude en los ordenamientos jurídicos puede convertirse en un concepto cajón de sastre.

Así fue utilizado por la parte impugnante del laudo, al ser una de las causales de anulación del mismo que éste sea contrario al orden público. No podemos aceptar jamás que la noción de orden público se convierta en un continente que admite cualquier contenido.

... la anulación del laudo por insuficiencia de motivación se produce porque el órgano judicial ha impuesto a los laudos arbitrales el canon de control de motivación que es aplicable a las resoluciones judiciales, sosteniendo **erróneamente** que es contrario al orden público un laudo que no supere dicho canon.⁵²

El orden público, como causal de anulación del laudo se encuentra regulado en el 41.f de la Ley de Arbitraje en España, pero también en nuestra legislación lo encontramos en el artículo 44.f:

Artículo 44. La nulidad del laudo dictado por el tribunal arbitral se podrá declarar:

f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al **orden público**.⁵³

Se trata entonces, de un concepto peligroso, cualquier intento de definirlo es transitar caminos inciertos, de ello advierte Cremades que le considera “especialmente sensible” y explica el debate que suscitó en España:

⁵¹ Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor, «El proceso arbitral en los negocios internacionales», *Themis Revista de Derecho*, N° 11, (1988) 13. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10735/11224>

⁵² Sentencia citada *ut supra*. Resaltado nuestro.

⁵³ Ley de Arbitraje Comercial de 1998 en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998.

En la redacción del precepto, similar al de la derogada Ley de Arbitraje de 1988, el tema fue ya objeto de un vivo debate. Se quería mantener las facultades de control judicial del laudo arbitral pero no se deseaba dejar una puerta abierta para que por la acción de nulidad se pudiera entrar en el fondo del asunto modificando discrecionalmente el juez de control lo decidido por los árbitros.⁵⁴

Se buscaba evitar, precisamente, que el orden público se convirtiera en una categoría que permitiera que los órganos judiciales se transformaran en instancias de apelación de los laudos, de allí la fragilidad del concepto.

Por esas razones es que la doctrina española ha sido consecuente en establecer que el orden público al que se alude en el 41.f no es más que un “orden público de carácter sustancial”.⁵⁵

4.3.4. De la importancia del fallo

El referido fallo del Tribunal Constitucional Español significa un gran aporte y un referente de como el respeto al arbitraje, entendido también como derecho fundamental, fomenta de manera concomitante el respeto de principios básicos que subyacen a esta institución.

Debe quedar claro que un laudo no es una sentencia, ni está cerca de parecersele. En arbitraje las partes someten, como decía Vécovi, el conocimiento de su controversia al arbitrio de un tercero aceptando, *ex ante*, la decisión de éste por considerarle imparcial.

Todo esto siempre tratándose de derechos disponibles, sobre los cuales las partes tienen pleno dominio y sobre los que no cabe aplicar criterios judiciales como los que recaen sobre los derechos no disponibles objeto de controversia.

Se ponen de manifiesto principios como el de autonomía de la voluntad, la libertad contractual de las partes y el derecho a la tutela efectiva en su modalidad de tutela jurisdiccional diferente de la tutela judicial garantizable a través de los órganos de justicia.

Además de los efectos relativos a principios, este tipo de fallos que elevan y fortalecen el arbitraje como fórmula alternativa de resolución de controversias son el caldo de cultivo para el desarrollo de una cultura de buenas prácticas y respeto de los derechos disponibles.

⁵⁴ Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor, *El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica*, (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Ingeniería), 2018. 60. <https://www.cremades.com/pics/contenido/EL%20ARBITRAJE%20INTERNACIONAL%20EN%20LA%20ENCRUCIJADA%20DE%20LA%20CRITICA%20logo.pdf>

⁵⁵ *Idem*.

De allí, precisamente, la importancia de este fallo, una decisión que la comunidad arbitral española llevaba tiempo esperando y que, viniendo de un tribunal constitucional, realza la autonomía e independencia características de este medio alternativo.

La sentencia es, por lo demás, didáctica en el sentido de que nos ilustra, con buen nivel de detalle, como debe ser la relación entre el arbitraje y la actividad judicial. “El arbitraje no es un juicio privado y los árbitros no son jueces.”⁵⁶

Ésta, lejos de ser una relación signada por el antagonismo y la obstaculización de las funciones de cada uno, debe sustentarse en la colaboración, presupuesto esencial para el buen funcionamiento del arbitraje comercial.

Araque Benzo se refiere a la finalidad del arbitraje explicando que: “La finalidad del arbitraje no es la de sustituir a la jurisdicción ordinaria, sino la de establecer los límites de los derechos controvertidos por encargo de las propias partes.”⁵⁷

5. Algunos principios subyacentes al arbitraje como institución jurídica

5.1. Autonomía de la voluntad: nociones básicas e importancia

En otras latitudes, como vimos, los tribunales fallan en pro al arbitraje porque entienden la importancia de este mecanismo, no como un simple ventilador de controversias de la jurisdicción ordinaria que hace las veces de descongestionante sino como una alternativa realmente valiosa.

Lo entienden y asumen como un medio que refleja la autonomía de la voluntad de las partes, principio que debe gozar de protección y promoción especial en razón de su innegable relevancia en un moderno estado de derecho.

Los sujetos de derecho privado se rigen por el principio de libertad, a diferencia de los sujetos de derecho público que se rigen por el principio de competencia, de este principio de libertad nace la autonomía de la voluntad.

Necesario es, pues, recordar en que consiste este esencial principio de autonomía de la voluntad, de tan marcada presencia en arbitraje cuya cardinal importancia deviene de notas fundamentales de la misma naturaleza humana, como lo es la voluntad.

⁵⁶ Luis Alfredo Araque Benzo, *El ABC del arbitraje comercial*, (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas), 2010, 6. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf>

⁵⁷ *Idem*.

Autonomía deriva de la unión *autos* y *nomos* lo que tiene como significado: aquel que se da a sí mismo la propia ley.⁵⁸ Nos ilustra la profesora Edilia de Freitas diciendo:

“El principio de la autonomía de la voluntad tiene como concepción o regla fundamental la libertad de los particulares de autorregularse, manejar sus intereses a su conveniencia.”⁵⁹

Es decir, que los particulares pueden regir sus propias actuaciones, conduciendo sus intereses de la manera que más les convenga o que les resulte más favorable. Suscribir un contrato, negociar las cláusulas que lo componen y comprometer en árbitros son algunas manifestaciones de este principio.

Por lo que queda claro entonces, que si no hay prohibición expresa en la ley o una norma imperativa que lo impida, los particulares pueden realizar todo aquello que no les esté vedado.

Conviene en este punto hacer una referencia al principio de plenitud hermética, concebido por algunas corrientes positivistas y desarrollado por la filosofía del derecho que establece que no existen:

“...vacíos o lagunas en un sistema jurídico, ya que todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido y no hay más conducta obligatoria que aquella que está expresamente ordenada.”⁶⁰

Principio que, referido a la cuestión de los casos no previstos por el legislador, sirve también para ilustrar el sentido de los ordenamientos jurídicos modernos que, por interpretación al contrario: Suscriben la idea de que todo aquello que no está prohibido puede hacerse.

El principio jurídico de autonomía de la voluntad tiene su fundamentación en las ideas de Kant,⁶¹ de hecho, en su filosofía da una particular relevancia a este principio que él considera inherente a la naturaleza propia del ser humano.

Hay que destacar, bajo esta misma lógica, que primero nace el principio de autonomía de la voluntad como género en las ideas kantianas y más tarde es recogido por el precepto jurídico del mismo nombre.⁶²

⁵⁸ Edilia De Freitas, «La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N. 1 (2003), 5. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/1/rvlj_2013_1_37-181.pdf

⁵⁹ *Ibid.* p. 6

⁶⁰ María Luisa Tosta, «Ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos en la doctrina venezolana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, N° 56, (1975), 126-128. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/56/rucv_1975_55_101-165.pdf

⁶¹ Luis Corsi, «Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 7, (2001), 8.

⁶² *Idem.*

La importancia de la relación autonomía de la voluntad-arbitraje es irrefutable, es, en efecto, un principio de base de la institución arbitral, de allí que pueda afirmarse, como lo hace Sanquírigo Pittevil, que:

“Es en ejercicio de la autonomía de la voluntad, manifestada a través de la vinculación contractual de las personas, que el arbitraje cobra vida; siendo entonces este método de resolución de controversias una manifestación voluntarista...”⁶³

Y es que, el arbitraje no es más que una de las dimensiones en las que se manifiesta este principio, dice Domínguez Guillen:

“La libertad se manifiesta en el ámbito del derecho privado en múltiples circunstancias, pero básicamente se aprecia en forma clara en el ámbito de las negociaciones jurídicas que reflejan la plena autonomía del sujeto.”⁶⁴

También establece, en consonancia con nuestro criterio, Cárdenas Krenz:

“El respeto al principio de la autonomía de la voluntad es esencial, tanto para el ordenamiento jurídico, como para el desarrollo científico y el desarrollo humano, sustentado en el valor de la libertad, sin que ello signifique que sea absoluto.”⁶⁵

Claro que el principio de autonomía de la voluntad también tiene ciertas limitaciones, estas barreras son identificadas por el legislador al establecer en el artículo 6 de nuestro código civil (Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982):⁶⁶

“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”

Conceptos jurídicos indeterminados como lo son el orden público y las buenas costumbres constituyen el límite a la libertad de los particulares.

Pero, hay que destacar, que a pesar de ser conceptos jurídicos indeterminados, son determinables y quienes hacen esta determinación son los jueces, por lo tanto dependerá de éstos el alcance de estas barreras, que pueden llegar a utilizarse a conveniencia cuando las instituciones son secuestradas.

⁶³ Fernando Sanquírigo Pittevil, «Orden público adjetivo y arbitraje», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, N° 3, (2019), 329. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/3/RVDM_2019_3_327-347.pdf

⁶⁴ María Candelaria Domínguez Guillen: «Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 7, (2001), 189.

⁶⁵ Ronald Cárdenas Krenz. «Acerca de la importancia del principio de autonomía de la voluntad y sus límites en el ordenamiento jurídico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres: Vox Iuris*, N° 29, (2015), 109. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/88/78>

⁶⁶ Véase: Ley de Reforma Parcial del Código Civil en Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982.

El principio de autonomía de la voluntad es una máxima que, en un verdadero estado de derecho debe gozar de un inigualable estándar de respeto por parte del estado y los diversos órganos que le componen.

Ello implica también el respeto hacia las instituciones en las cuales está vertida la autonomía de la voluntad como principio de base, como ocurre con el arbitraje, un medio en el que se acentúa la presencia de este principio, por lógicas razones.

5.2. Principio de la libertad contractual

Otro de los principios cardinales subyacentes a la institución del arbitraje es el principio de la libertad contractual, que es una especie que escinde del mismo principio de autonomía de la voluntad.

Fueron los juristas franceses del siglo XVII y XVIII, entre los que destacan Domat y Pothier los que influyeron directamente en la redacción del *Code* francés, insertando de esta manera el principio kantiano de autonomía de la voluntad en el ordenamiento jurídico positivo.⁶⁷

Como manifestación del principio de la autonomía de la voluntad nuestro código civil lo recoge, aunque no expresamente, en el artículo 1.159 que establece:

“Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.”

Este principio se manifiesta en la capacidad de contratar libremente,⁶⁸ de la forma que se considere más provechosa o conveniente para las partes. Es la encarnación de la autonomía de la voluntad en una de las fuentes principales de las obligaciones, el contrato.

Tiene especial incidencia en materia arbitral, pues es la clave que da inicio al compromiso de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral y acatar la decisión de los árbitros en las controversias que puedan suscitarse con ocasión del contrato suscrito.

5.3. Principio de buena fe

Este principio, de especial connotación en materia contractual, surge en la codificación moderna como una manera de flexibilizar el rigor del contenido literal de las convenciones, Eyzaguirre Baeza y Rodríguez Diez explican:

⁶⁷ Luis Corsi, *Contribución al estudio...*, 8.

⁶⁸ María Candelaria Domínguez Guillen, *Curso de Derecho Civil III: Obligaciones*, Caracas: Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017, 20.

El origen de su regulación en los códigos modernos se encuentra en la paulatina supresión de la diferencia entre contratos *stricti iuris* y *bonae fidei* en el *ius commune*, entendiéndose que todo contrato debía ejecutarse según la buena fe y no sólo atendiendo a lo literalmente estipulado.⁶⁹

Se trata pues, de un concepto jurídico indeterminado, una noción nebulosa difícil de explicar, pero fácilmente perceptible por los sentidos, algo que pareciera ser una categoría ética más que jurídica.⁷⁰

Pero, no debe sorprendernos esta estrecha vinculación entre buena fe, ética y derecho. En este sentido, debe recalcarse la idea de que el derecho es “una realidad íntimamente relacionada con la ética.”⁷¹

Es por ello que, al igual que el orden público, debe ser empleada y rigurosamente aplicada en los casos concretos toda vez que, como concepto jurídico indeterminado, podría servir a múltiples finalidades, tanto beneficiosas como perjudiciales.

Dicen Eyzaguirre Baeza y Rodríguez Díez: “Ante un concepto jurídico con un potencial creativo tan vasto, la primera pregunta que surge es, ¿qué se entiende por buena fe?, lo que nos conduce a un lugar común en el tratamiento de este principio: su intrínseca indefinición.”⁷²

Domínguez Guillen reconoce la dificultad del concepto, pero nos acerca a su comprensión expresando que es “un deber de cooperación, lealtad, honestidad o transparencia que se traduce en un criterio de conducta o compromiso que pretende satisfacer legítimamente las expectativas de la otra parte contratante.”⁷³

Afinadamente prosigue la profesora explicando que “la buena fe se integra en un ideal de comportamiento en la vida social que queda incorporada al ordenamiento jurídico desde el derecho romano constituyendo un principio universalmente reconocido y aceptado, de muy rica y variada transcendencia.”⁷⁴

También reconoce la dificultad en la definición del concepto el profesor Diego Castagnino al establecer:

⁶⁹ Cristóbal Eyzaguirre Baeza y Javier Rodríguez Díez, «Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, (2013): 141. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n21/art05.pdf>

⁷⁰ Juan Guillermo Durán, «Reflexiones sobre la buena fe en el derecho», *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, N°2, (1988): 58. ISSN 0120-8942.

⁷¹ *Idem.*

⁷² Cristóbal Eyzaguirre Baeza y Javier Rodríguez Díez, «Expansión...», 140.

⁷³ María Candelaria Domínguez Guillen, «Buena fe y relación obligatoria», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 11, (2018): 20. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-17-80.pdf>

⁷⁴ *Idem.*

“Si bien es cierto que el concepto de buena fe es uno de los más difíciles de precisar en el derecho, constituye uno de los principios de mayor importancia en el mundo jurídico.”⁷⁵

En el arbitraje, la buena fe también halla aplicación, a saber: “Se aprecia a propósito de múltiples instituciones, tales como la posesión de buena fe, el matrimonio contraído de buena fe, el adquirente de buena fe, protección al consumidor, arbitraje, etc.”⁷⁶

Y aunque no se establezca expresamente el principio de buena fe en la Ley de Arbitraje Comercial,⁷⁷ es un estándar de conducta natural que las partes esperan una de la otra.

De allí que los centros de arbitraje incluyan en sus reglamentos normas relativas a directrices éticas de los árbitros, pues ante la falta de positivización del principio en la materia, de alguna manera se debe llenar el vacío y ofrecer garantía.

Se trata de un principio general del derecho, y por tener ese carácter, permea directamente en las instituciones, el arbitraje no escapa de ello, ya el profesor Diego Castagnino explicaba en su trabajo las funciones del principio en la materia:

1. Es garantía de la palabra otorgada, fundamentándose en el carácter exclusivo y excluyente del arbitraje, así como en su naturaleza convencional.
2. Sirve para interpretar el acuerdo arbitral, tomando en cuenta la intención común de las partes.
3. Modela la conducta de las partes, árbitros y centro de arbitraje, con la finalidad de que se comporten de manera normal, recta y honesta.⁷⁸

Escovar León hace un desarrollo sumamente interesante de la buena fe en la interpretación del acuerdo arbitral, llegando a explicar en uno de sus trabajos que:

“...los operadores jurídicos deben analizar los acuerdos de arbitraje en congruencia con las reglas específicas de interpretación según la buena fe, siempre y cuando se cumpla con la finalidad de “promocionar del arbitraje”.⁷⁹

⁷⁵ Diego Tomás Castagnino, «La buena fe en el arbitraje comercial venezolano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Nº 73, (2018-2019): 290. ISSN: 0255-5328.

⁷⁶ María Candelaria Domínguez Guillen, «Buena fe...», 26.

⁷⁷ Diego Tomás Castagnino, «La buena fe...», 298.

⁷⁸ *Ibid.*, 292. Sobre este punto véase el interesante desarrollo que da el autor a las funciones del principio de buena fe referidas a su aplicación en el arbitraje.

⁷⁹ Ramón Escovar León, «Interpretación del acuerdo de arbitraje», *Revista Comité de Arbitraje*, Nº 1, (2010-2011): 9. https://cedca.org.ve/wp-content/docs/revista_arbitraje1.pdf

Explica que, el fundamento normativo que posibilita la aplicación de la buena fe en cuanto a la interpretación del acuerdo arbitral, se encuentra establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil (Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990):⁸⁰

Artículo 12. Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la **buena fe**.⁸¹

A pesar de que se trata de un código adjetivo, esto no debe ser una limitante para la aplicación del principio de buena fe en la interpretación de los acuerdos arbitrales. De manera que:

...basándonos en una interpretación teleológica de la norma, consideramos que la finalidad que buscó plasmar nuestro legislador se encuentra en desarrollar una regla de hermenéutica jurídica que estableciera un método para el desarrollo práctico del criterio interpretativo según la buena fe.⁸²

Establecida la innegable presencia y rol del principio de buena fe en el arbitraje, podemos entonces entenderlo, más que como principio, como exigencia de los procedimientos arbitrales que debe materializarse, indudablemente, para profundizar las fortalezas del medio alternativo.

Bajo esta lógica, debemos suscribir sin reservas en esta investigación el criterio del profesor Castagnino de incluir de *lege ferenda* el establecimiento expreso del principio de buena fe en materia de arbitraje:

...se recomienda incluir en una eventual reforma de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana, la indicación expresa de que las partes, los árbitros y los centros de arbitraje deben enmarcar sus actuaciones dentro del principio de la Buena Fe, y que el acuerdo arbitral debe interpretarse sobre la base de la Buena Fe de las partes.⁸³

⁸⁰ Véase en: Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de fecha 18 de septiembre de 1990. Reimpresión por error material.

⁸¹ Resaltado nuestro.

⁸² *Ibid.*, 10.

⁸³ Diego Tomás Castagnino, «La buena fe...», 308.

6. Ataques al arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias

6.1. La regresiva sentencia interlocutoria de avocamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

En Venezuela la constitución eleva el arbitraje consagrándolo como parte integral del sistema de justicia e incluso va más allá, al establecer, como vimos, en su artículo 258 el principio pro arbitraje, un mandato constitucional de impulso de este medio alternativo de resolución de conflictos.

Las disposiciones constitucionales afectan positivamente al arbitraje por tales consideraciones, de manera que uno pensaría tras la lectura del texto fundamental que el arbitraje es promovido y respetado.

Y es que, sí apuntaba la jurisprudencia al reconocimiento del arbitraje y respeto de su autonomía e independencia características. Pero, contrariamente a lo que venía estableciéndose, tuvo lugar recientemente, al menos en el momento de elaboración de este estudio, un gran retroceso.

Nos referimos a la sentencia interlocutoria de la Sala Constitucional de 20 de febrero de 2020⁸⁴ que pretendía la remisión del expediente de una causa que cursaba por ante un tribunal arbitral.

Y no solo es el mandato de remisión lo que estableció la sentencia sino que, al mismo tiempo, suspendió el procedimiento hasta que: "...se realice un examen con el objeto de determinar una supuesta vulneración del orden público."⁸⁵

En relación a ello se ha pronunciado la doctrina al señalar:

La Sala Constitucional, que hasta el momento había venido avanzando— en términos generales — sobre la institución del arbitraje en el marco jurídico venezolano, incluso resolviendo algunos de los problemas más comunes en el derecho comparado, ha dado un paso en falso al iniciar el trámite de un avocamiento mediante la sentencia número 42 del 20 de febrero de 2020.⁸⁶

Y es que, como lo analizamos en el punto relativo al fallo del Tribunal Constitucional de España, el orden público puede llegar a convertirse, si se le utiliza a con-

⁸⁴ SCTSJ, Exp. n°20-0106, de 20 de febrero de 2020.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Diana Droulers y José Gregorio Torrealba, «Arbitraje y Constitución en Venezuela», *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Volumen I*, (2020): 394. <https://arbitrajecc.org/wp-content/uploads/2021/02/Volumen-1-2020-Arbitraje-y-Constitucion.pdf>

veniencia, en un concepto cajón de sastre, a saber, un continente que admite cualquier contenido.

Extracto del fallo *ut supra* identificado:

...para que se avoque en forma excepcional para el conocimiento del asunto, en virtud de estar en presencia de posibles violaciones de **orden público** constitucional acá delatados en cuanto algunos “excesos” que habrían llevado a la “desnaturalización” de la función del Tribunal arbitral...⁸⁷

La parte que solicita el avocamiento al TSJ lo hace bajo la premisa de que se violentan gravemente principios constitucionales como el debido proceso y, además, señala el valor estratégico nacional de su actividad económica relacionada con la soberanía alimentaria:

En sintonía con lo anteriormente expuesto, “otro de los elementos a tomar en cuenta en este caso de especial trascendencia constitucional, lo constituye la circunstancia alrededor de la **clave actividad económica** que desempeña nuestra representada en el estratégico una así llamada soberanía alimentaria.”⁸⁸

En este sentido, la única reacción posible ante tal pretensión debe ser el rechazo, pues recordemos que disponemos de un andamiaje normativo constitucional que establece el principio pro arbitraje.

En consecuencia, jamás podría avalarse, y en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional Español es particularmente didáctica, que un órgano del poder judicial entre a conocer el fondo del asunto.

Mucho menos a través de la figura del avocamiento que es una facultad de las salas del Tribunal Supremo de Justicia y constituye un medio extraordinario ejercitable solo dentro de la rama judicial no extensible a procedimientos arbitrales.

Así lo contempla la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010)⁸⁹ en su capítulo III, artículo 108 al señalar en lo relativo al procedimiento de avocamiento: “... la Sala oficiará al tribunal de instancia...”

Queda claro que solo podrán avocarse las salas al conocimiento de causas que cursen ante tribunales de instancia pertenecientes a esa rama del poder público y no a las que cursan en tribunales arbitrales.

⁸⁷ Resaltado nuestro

⁸⁸ SCTSJ, Exp. n°20-0106, de 20 de febrero de 2020. 3. Resaltado nuestro.

⁸⁹ Véase en: Gaceta Oficial N° 39.522 de fecha 1 de octubre de 2010.

El avocamiento es entonces, improcedente *ex lege*, pero además lo es por gozar la jurisdicción arbitral de un elevado estándar de independencia respecto de la jurisdicción ordinaria.

Además, es conocido en el foro, y así lo establece la Ley de Arbitraje Comercial en su artículo 43, que contra el laudo solo procede el recurso de nulidad que faculta al tribunal superior para la realización de un análisis externo de carácter meramente procedimental.

De manera que, y así lo reconoce la doctrina: “No existe ningún vínculo jurídico entre la figura del avocamiento y la jurisdicción arbitral.”⁹⁰

Este avocamiento fue rechazado enérgicamente por el foro arbitral venezolano:

Las leyes de arbitraje comercial en todo el mundo autorizan la intervención del Poder Judicial solamente en casos muy puntuales. En ningún caso se autoriza la injerencia de un tribunal ordinario ni la de una sala del Tribunal Supremo de Justicia en la solución del fondo de la cuestión debatida ni a interrumpir su trámite.

Esa precisamente es la característica fundamental del arbitraje, en donde las partes *ab initio*, renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.⁹¹

Este deseo de avocarse la sala al conocimiento de la causa no es más que la prueba, que también analizamos en el asunto de la sentencia del TCE, de que existe una tendencia que debe ser erradicada: judicializar arbitrajes.

El recurso debió ser declarado inadmisibile *in limine litis* por la Sala Constitucional,⁹² porque además de ser improcedente por su propia naturaleza, es conocido que la misma sala había sostenido pacíficamente una tendencia favorable al arbitraje.

Además, es importante destacar que dicha sentencia no recaía sobre un laudo propiamente, sino sobre un proyecto de laudo⁹³ lo que pone de manifiesto nuevamente la irrefutable improcedencia de esta solicitud regresiva, que debió ser rechazada *ab initio* por la sala.

⁹⁰ «Pronunciamiento sobre la tramitación del Avocamiento que cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un arbitraje comercial». *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*, Nº 3. (2020), 144-148. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/3/Principia_2020_3_144-145.pdf

⁹¹ Asociación Venezolana de Arbitraje. «Pronunciamiento de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre la tramitación de una solicitud de avocamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en un arbitraje comercial institucional nacional». <https://derysoc.com/pronunciamiento-de-la-asociacion-venezolana-de-arbitraje-sobre-la-tramitacion-de-una-solicitud-de-avocamiento-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia-en-un-arbitraje-comercial-insti/>

⁹² Droulers y Torrealba, *Arbitraje y Constitución...*, 396.

⁹³ *Ibid.* 397.

6.2. La reciente sentencia que declara sin lugar la solicitud de avocamiento

Luego de la solicitud de avocamiento se verificó la entrega del expediente por parte del centro de arbitraje y procedió la sala al análisis de su contenido. Ante este despropósito jurídico se consignó un escrito de oposición al avocamiento.

Tal escrito de oposición se fundamentó en principios fundamentales del arbitraje —algunos desarrollados brevemente en puntos anteriores— entre ellos: principio de autonomía de la voluntad, *kompetenz-kompetenz*, la obligación de confidencialidad, y, a nuestro juicio, el colofón: principio de buena fe procesal.

En armonía con la jurisprudencia que ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo de Justicia, la solicitud de avocamiento que significaba una gran amenaza para el arbitraje fue declarada sin lugar.

La Sala Constitucional señaló, acertadamente, que: “*No se dan los supuestos para avocar o asumir el conocimiento del avocamiento*”,⁹⁴ dejando sin efecto la medida cautelar que había decretado previamente.

Además, ordenó la sala “*el desglose e inmediata remisión del expediente*”⁹⁵ al centro de arbitraje. De esta manera, se reafirma la improcedencia del avocamiento contra un proyecto de laudo, cuestión que no tenía sentido alguno.

Todo esto fundamentado en argumentos que hemos expuesto ya en el punto inmediatamente anterior, en consonancia con los pronunciamientos de la Asociación Venezolana de Arbitraje y centros de arbitraje.

Esta sentencia, que desecha la solicitud de avocamiento de febrero de 2020 debe cerrar definitivamente la posibilidad de que una figura intrajudicial como el avocamiento proceda contra la causas de la jurisdicción arbitral.

La jurisdicción arbitral no está subordinada —como indica la sentencia *in commento*— a la jurisdicción ordinaria, la relación que entre ellas existe es de colaboración, asimismo, reconoce la sala que contra el laudo solo procede recurso de nulidad, amparo constitucional y recurso de revisión constitucional.

Incluso, en la doctrina foránea, ya son objeto de enquistadas discusiones la procedencia de amparos y recursos de revisión contra laudos arbitrales, pero ese es un tema que requiere de otro estudio que se comprometa con los argumentos de fondo de quienes sostienen tales tesis.

⁹⁴ SCTSJ, n° 0151, Exp. n°20-0106 de 30 de abril de 2021.

⁹⁵ *Ídem.*

7. Empresario y arbitraje

Entre empresario y arbitraje existe una indisoluble relación, el mundo de los negocios se caracteriza por tener un alto tráfico jurídico en el que inimaginables cantidades de contratos mercantiles son suscritos a cada segundo y son el motor de la actividad económica de las naciones.

El arbitraje es al empresario, lo que los cinceles al escultor, bien podría este dar forma a sus creaciones con otras herramientas o técnicas, pero ninguna dará la precisión de los acabados deseados como lo haría aquel instrumento.

Vaamonde A. lo ratifica de manera contundente al referirse al arbitraje diciendo:

Con origen natural en el ámbito comercial, fundamentado en nuestra Constitución Nacional, en reconocimiento de los principios de la voluntad de las partes y la libertad de contratación; y, desarrollado por la Ley de Arbitraje Comercial respecto a sus características y procedimiento, el Arbitraje en Venezuela ha conseguido ganarse un lugar preferido y preferente para la resolución de controversias de manera rápida, eficaz y especializada, tanto entre pequeños y grandes empresarios, como entre abogados y profesionales de distintas especialidades.⁹⁶

El ámbito empresarial se caracteriza por su pragmatismo y rápidas decisiones que permitan continuar de la mejor manera posible con el ejercicio de la actividad específica de la industria que se trate.

El arbitraje, como dice Cremades, es también una técnica,⁹⁷ disponible para resolver los conflictos de todo aquel que guste emplearla, pero es especialmente importante para el empresario en la disputa de naturaleza comercial.

Lo más importante para el empresario es hallar soluciones seguras, eficaces y templadas que permitan que su actividad comercial patológica sane lo más pronto posible. Para ello el arbitraje es una herramienta más que idónea, sobre todo en Venezuela.

Nos encontramos en una coyuntura política y económica que motiva ahora, más que nunca, al empresario a acudir al arbitraje. Los tribunales pueden tardar meses para resolver una cuestión previa y no están capacitados para dar soluciones adecuadas a las exigencias de la actividad comercial.

⁹⁶ Adriana Vaamonde, prólogo a *El ABC del arbitraje comercial*, de Luis Alfredo Araque Benzo (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2010), 3. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf>

⁹⁷ Bernardo M. Cremades Sanz-Pastor, «El proceso arbitral en los negocios internacionales», *Themis Revista de Derecho*, N° 11, 1988. 10.

En el arbitraje está presente con mucha fuerza, como vimos, el principio de autonomía de la voluntad, que permite moldear la solución de la controversia en la forma más beneficiosa y favorable para las partes.

De lo anterior se desprende también la libertad de forma que caracteriza al arbitraje, no así en la jurisdicción ordinaria en muchos casos desbordada de dilaciones indebidas, formalismos innecesarios y reposiciones inútiles, contrariamente a lo establecido en la constitución.

Así, el empresario, cuando se compromete en árbitros está consciente de que suscribe un riesgo, pero, ¿acaso no es ese el quehacer diario en los negocios?

Es por ello que, lejos de conformarse con la regulación vigente, muchas veces vetusta, prefiere hacer uso de la variedad de alternativas que ofrece la jurisdicción arbitral. Como bien dice Cremades, el arbitraje permite al empresario decidir:

¿Qué tipo de procedimiento arbitral quiere en caso de conflicto?, ¿Desea someter el eventual arbitraje a la fórmula artesanal de unas concretas y determinadas personas que le merecen su confianza o, por el contrario, pretende dar mayor estabilidad a la solución de los conflictos? En segundo lugar, las partes pueden establecer el lugar donde vaya a desarrollarse el procedimiento arbitral. Si así lo desean, pueden seleccionar también la lengua en la cual vaya a dilucidarse la contienda. Una cláusula muy recomendable en todo tipo de contratos comerciales internacionales es la relativa a la opción sobre la ley aplicable, con eficacia práctica a la hora de decidir el conflicto.⁹⁸

Pero para incorporar una visión internacional del asunto el mismo autor ofrece una ilustrativa estadística que nos permitiremos citar a continuación por el soporte que da a nuestra lógica argumentativa:

La anatomía y posteriormente la fisiología del proceso arbitral no puede olvidar su patología. Es decir, aquellos casos extraordinarios en los cuales los empresarios que aceptaron en su día someterse a arbitraje no cumplen con su compromiso. Y digo que se trata de casos excepcionales pues, gracias a Dios, las estadísticas de un conocido centro de arbitraje mundial como es el de la Cámara de Comercio Internacional, indican que sólo el 10% de las sentencias dictadas en su marco exigen de la intervención judicial para su ulterior ejecución. El 90% de las mismas son cumplidas de común acuerdo por las partes sin necesidad de intervención judicial; ello refleja algo muy importante en el mundo de los negocios como es el hecho de que los empresarios dan un alto valor a sus compromisos y, en concreto, al que supone someter sus actuales o eventuales conflictos a la solución de un tercero, cuya decisión acatan de antemano.⁹⁹

⁹⁸ *Ibid.* 11.

⁹⁹ *Ibid.* 13.

En el ámbito comercial internacional, el respeto de los compromisos por parte del sector empresarial se deja ver, con las autorizadas cifras de la Cámara de Comercio Internacional.

Venezuela cuenta con un potencial que debe ser explotado, grandes juristas y preparados empresarios que ya están llevando sus conflictos ante las cámaras de comercio y centros de arbitraje, y que también, se ven enormemente afectados por casos como los de la solicitud de avocamiento.

CONCLUSIONES

El arbitraje se proyecta en las sociedades más avanzadas como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que refleja el alto nivel de respeto de los derechos individuales, permitiendo a los particulares comprometer en árbitros aquellas controversias que versan sobre derechos disponibles.

Como analizamos, la importancia del principio de autonomía de la voluntad es cardinal por cuanto, es en virtud de ella, que los individuos se rigen a sí mismos, se autodeterminan, siempre respetando los límites que impone la ley.

Debemos entonces, ser promotores de una cultura de respeto hacia el arbitraje como se ha venido haciendo los últimos años y rechazar categóricamente injerencias indebidas de la jurisdicción ordinaria.

El poder judicial venezolano carece de independencia, se encuentra conducido por móviles políticos, se verifica dentro de él, un constante activismo judicial y es notorio que la separación de poderes dejó de existir materialmente, confinándose a las formas establecidas por la constitución y las leyes.

Esperamos que en un momento posterior de la historia venezolana se tomen las enriquecedoras experiencias foráneas como la española para delimitar el alcance que tienen las intervenciones de los tribunales ordinarios en las causas que cursan ante los centros de arbitraje.

Lo anterior en el sentido de que se consolide jurisprudencia pro arbitraje, que permita seguir manteniendo la confianza en este mecanismo y su autonomía. Que no sea el arbitraje objeto de ataques y puestas en peligro sino de promoción y fomento por parte del estado.

Abandonar definitivamente la tendencia de analizar laudos bajo la óptica judicial, no aplicando los mismos cánones de control sino, más bien, reconocer la naturaleza distinta de los análisis que recaen sobre laudos arbitrales, diferentes, claro está, de los exámenes de sentencias judiciales.

Véase la magnitud de los importantes avances que se verifican en otras latitudes. España por ejemplo, no goza de una constitucionalización del arbitraje como la que existe en nuestro ordenamiento.

Queda claro cuando afirman investigadores españoles en revistas internacionales cosas como que: “Infelizmente, la actual Constitución española de 1978, vigente hoy día, no hace mención explícita ni implícita al arbitraje.”¹⁰⁰

En lugar de destruir al arbitraje, debemos apostar a su consolidación definitiva, a que cada día sea un medio más conocido por los profesionales del derecho. Tenemos las bases constitucionales y legales para hacerlo y, con certeza, llegará un momento donde serán aprovechadas al máximo.

Deben crearse y solidificarse las condiciones necesarias para que los particulares se sigan animando a comprometer en árbitros con la certeza de que no serán objeto de desmanes como los que se cometen actualmente en la jurisdicción ordinaria.

Y también con la seguridad de que ninguna sala del Tribunal Supremo de Justicia se avocará al conocimiento de sus causas porque se entiende y queda más que claro que no es una figura procedente por ninguna vía legal.

Tengamos en cuenta igualmente, que toda vez que se atente contra el arbitraje se está atentando también contra la libertad, la actividad comercial y el empresario, la relación entre ellos es innegable y lo que afecte a uno indudablemente tendrá repercusiones en el otro.

El arbitraje ha llegado para quedarse, en él está el futuro, es uno de los reductos donde todavía podemos hallar justicia, congruencia y buen derecho. Por ello, debemos defenderlo a capa y espada cada vez que se arremeta en su contra.

BIBLIOGRAFÍA

Araque Benzo, Luis Alfredo, *El ABC del arbitraje comercial*, Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2010. Disponible en <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf>

Aarons P., Fred, «La digitalización en el arbitraje y las cortes en la búsqueda de justicia en tiempos de pandemia», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*. N°3, Caracas, (2020): 15-36. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/3/Principia_2020_3_15-36.pdf

¹⁰⁰ Elena Gutiérrez García de Cortázar, «Arbitraje y Constitución: España». *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje. Volumen I*, (2020), 211. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/02/Volumen-1-2020-Arbitraje-y-Constitucion.pdf>

- Asociación Venezolana de Arbitraje, «Pronunciamento de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre la tramitación de una solicitud de avocamiento de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en un arbitraje comercial institucional nacional». Pronunciamento, Caracas, 29 de marzo de 2020. <https://derysoc.com/pronunciamento-de-la-asociacion-venezolana-de-arbitraje-sobre-la-tramitacion-de-una-solicitud-de-avocamiento-de-la-sala-constitucional-del-tribunal-supremo-de-justicia-en-un-arbitraje-comercial-insti/>
- Badell, Álvaro. «Pasado, presente y futuro del arbitraje en Venezuela», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*. Nº2, Caracas, (2020): 28-31. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_28-31.pdf
- Badell Madrid, Álvaro «Reacción o relación poder judicial y arbitraje», *MARC Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, Nº 2, (2019): 18-19. Disponible en: <http://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2019/11/Alvaro-Badell.-Poder-Judicial-y-arbitraje.pdf>
- Brewer-Carías, Allan Randolph, *Historia Constitucional de Venezuela*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana – Fundación de Derecho Público, 2013. Disponible en <http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2014/03/BREWER-TRATADO-DE-DC-TOMO-I-9789803652296-txt.pdf>
- Brice, Ángel Francisco «El código de procedimiento judicial de 1836 y su repercusión en el procedimiento vigente», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 1-2, (1936): 60-64. Disponible en http://aciropol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1936/BolACPS_1936_1_1_2_60-66.pdf
- Cárdenas Krenz, Ronald. «Acerca de la importancia del principio de autonomía de la voluntad y sus límites en el ordenamiento jurídico», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres: Vox Juris*, Nº 29, (2015): 103-131. Disponible en <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/88/78>
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- Carrillo Batalla, Tomás Enrique ed., *Leyes y decretos de Venezuela 1830-1840*, (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1982), Disponible en <https://cidep.com.ve/files/recopilacion/tomo-01-1830-1840.pdf>
- Castagnino, Diego Tomás. «La buena fe en el arbitraje comercial venezolano», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Nº 73, (2018-2019): 289-312. ISSN: 0255-5328
- Corsi, Luis. «Contribución al estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad contractual», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, Nº 7, (2001): 3-48.
- Cremades Sanz-Pastor, Bernardo M., *El arbitraje internacional en la encrucijada de la crítica*, (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Real Academia de Ingeniería), 2018. Disponible en <https://www.cremades.com/pics/contenido/EL%20ARBITRAJE%20INTERNACIONAL%20EN%20LA%20ENCRUCIJADA%20DE%20LA%20CRITICA%20logo.pdf>
- Cremades Sanz-Pastor, Bernardo M., «El proceso arbitral en los negocios internacionales», *Themis Revista de Derecho*, Nº 11, (1988): 10-14. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10735/11224>

- De Freitas, Edilia. «La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 1, (2003): 37-119. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVLJ/1/rvlj_2013_1_37-181.pdf
- Delgado, Francisco. *Chavismo y derecho*, Caracas: Editorial Galipán, 2017.
- Domínguez Guillen, María Candelaria. «Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad», *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, N° 7, (2001): 49-312.
- Domínguez Guillen, María Candelaria. «Buena fe y relación obligatoria», *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 11, (2018): 20. <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2019/01/RVLJ-11-17-80.pdf>
- Domínguez Guillen, María Candelaria. *Curso de Derecho Civil III: Obligaciones*, Caracas: Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017.
- Droulers, Diana y Torrealba, José Gregorio. «Arbitraje y Constitución en Venezuela», *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen I, (2020): 374-393. Disponible en <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/02/Volumen-1-2020-Arbitraje-y-Constitucion.pdf>
- Durán, Juan Guillermo. «Reflexiones sobre la buena fe en el derecho», *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, N°2, (1988): 58-65. ISSN 0120-8942.
- Escovar León, Ramón. «Interpretación del acuerdo de arbitraje», *Revista Comité de Arbitraje*, N° 1, (2010-2011): 7-12. Disponible en https://cedca.org.ve/wp-content/docs/revista_arbitraje1.pdf
- Eyzaguirre Baeza, Cristóbal y Rodríguez Diez, Javier. «Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del “Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, (2013): 137-216. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n21/art05.pdf>
- Gutiérrez García de Cortázar, Elena. «Arbitraje y Constitución: España». *Revista de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Volumen I, (2020): 211-235. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2021/02/Volumen-1-2020-Arbitraje-y-Constitucion.pdf>
- Hernández-Bretón, Eugenio. *Arbitraje y constitución: el arbitraje como derecho fundamental. Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Ed. Por Irene Varela, Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Hung Vaillant, Francisco. *Reflexiones sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2001.
- Madrid Martínez, Claudia. «Más de 20 años de la ley de arbitraje comercial. Algunas reflexiones», *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*, N° 2, (2020): 18-20. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/2/Principia_2020_2_18-20.pdf
- Palacios Márquez, Leonardo. «Palabras de apertura a cargo del Dr. Leonardo Palacios Márquez, Presidente de la Cámara de Comercio de Caracas», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 161: Homenaje al Doctor José Andrés Octavio, Academia de Ciencias Políticas y Sociales (2020): 191-196. Disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf>

- «Pronunciamiento sobre la tramitación del Avocamiento que cursa ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ocasión de un arbitraje comercial». *Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias Principia*, Nº 3, (2020): 144-148. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/PRINCIPIA/3/Principia_2020_3_144-145.pdf
- Rengel Núñez, Pedro, «La motivación del laudo arbitral», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº1, (2018). Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/1/RVDM_2018_1_03.pdf
- Romero-Muci, Humberto. «Palabras de bienvenida a cargo del Dr. Humberto Romero-Muci, Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales», *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nº 161: Homenaje al Doctor José Andrés Octavio, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (2020): 185-189. Disponible en <https://www.acienpol.org.ve/wp-content/uploads/2021/03/BOLETIN-161-JUL-DIC-2020-1.pdf>
- Sanquírigo Pittevil, Fernando, «Orden público adjetivo y arbitraje», *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, Nº 3, (2019): 327-347. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RVDM/3/RVDM_2019_3_327-347.pdf
- María Luisa Tosta, «Ius-naturalismo, positivismo y formalismo jurídicos en la doctrina venezolana», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, Nº 56, (1975): 101-165. Disponible en http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/56/ruev_1975_55_101-165.pdf
- Vaamonde, Adriana. Prólogo a *El ABC del arbitraje comercial*, de Luis Alfredo Araque Benzo. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2010. Disponible en <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/El-abc-del-arbitraje-comercial.pdf>
- Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Bogotá: Editorial Temis, 1984.