

LA BUENA FE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL VENEZOLANO

Diego Thomás Castagnino

Abogado, Universidad Católica Andrés Bello. Máster en Derecho de la Empresa, Universidad de Alcalá. Máster en Negocio Bancario y Agente Financiero, Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Mercantil, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Derecho Mercantil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Profesor de Teoría General de las Obligaciones y de Fuentes de las Obligaciones, Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. Profesor de Profundizado I y Arbitraje Comercial (Especialización en Derecho Mercantil), Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Miembro Fundador y Secretario General de la Sociedad Venezolana de Derecho Mercantil (SOVEDEM). Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Email: diego.castagnino@gmail.com.

Resumen:

El arbitraje es un medio alternativo para la resolución de controversias que en Venezuela cuenta con reconocimiento constitucional y su reiterado uso se debe a múltiples factores, entre ellos la confianza que genera a sus usuarios. Por tratarse de un medio convencional, exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, la Buena Fe aparece como estándar de actuación para la interpretación del acuerdo arbitral y para modelar el actuar de las partes, el centro de arbitraje y los árbitros.

Palabras claves: Arbitraje, Buena Fe, carácter exclusivo, excluyente, convencional.

GOOD FAITH IN VENEZUELAN COMMERCIAL ARBITRATION

Abstract:

Arbitration is an alternative dispute resolution method that in Venezuela has constitutional recognition and its repeated use is due to multiple factors, including the trust it generates for its users. Being a conventional method, exclusive and excluding of ordinary jurisdiction, the Good Faith appears as a standard of action for the interpretation of the arbitration agreement and for modeling the actions of the parties, the arbitration center and the arbitrators.

Keywords: Arbitration, Good Faith, exclusive, excluding and conventional character.

INTRODUCCIÓN

Con frecuencia vemos como en instrumentos normativos, jurisprudencia y doctrina se hace referencia a la Buena Fe, pero muy pocas veces encontramos una aproximación a su definición.

Para Jesús González¹ la Buena Fe es el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes con el prójimo, y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos; mientras que para Marcel Planiol y Georges Ripert² la Buena Fe no apunta solo a la justicia sino que considera la protección del interés de ambas partes, las que con su acatamiento se benefician; y para Eduardo Couture³ es un estado psicológico colectivo, una forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias.

Son múltiples las definiciones que de la Buena Fe podemos conseguir en la doctrina, pero como señala el profesor Fernando Guerrero: “*la Buena Fe es un concepto indefinible por polisémico, ubicuo y metamórfico; a lo sumo se puede describir sus efectos*”⁴. 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.

Díez-Picazo es de la idea de que la Buena Fe se caracteriza como un “*patrón de conducta socialmente aceptable, que se traduce en un deber de cooperación y lealtad que se deben las partes del contrato para asegurar el logro de las expectativas esperadas por ambas al haber celebrado un contrato particular*”⁵.

¹ Jesús González, *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo* (Madrid: Civitas, 2009), 18 y 40.

² Marcel Planiol y Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français, Tomo VI* (París: Broché, 1926), 379.

³ Eduardo Couture, *Estudios de derecho procesal civil, Tomo II* (Buenos Aires: Ediar, 1978), 31.

⁴ Fernando Guerrero, “*Algunas consideraciones en torno a la Buena Fe en el Derecho Mercantil venezolano*”, en *Libro Homenaje al Profesor Alfredo Morles Hernández. Temas Generales de Derecho Mercantil. Volumen I*. (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, Universidad de Los Andes, Universidad Monteávila, Universidad Central de Venezuela, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012), 124.

⁵ Luis Díez-Picazo, prólogo a *El principio general de la Buena fe*, de Franz Wieacker (Madrid: Civitas, 1986), 13-14.

Sin pretender entrar en el debate en torno a su definición y origen, la Buena Fe va más allá de los negocios jurídicos, está presente en cualquier tipo de relación jurídica existente entre dos o más sujetos de derecho.

Afirma Baudrit que la Buena Fe “*es uno de los elementos que califica positivamente el correcto ejercicio de los derechos –y la correcta ejecución de las obligaciones- de manera que, si la conducta es de mala fe, el ejercicio de los derechos sería abusivo y la ejecución de las obligaciones sería incorrecta*”⁶.

De tal manera que, si la Buena Fe se presenta como un principio universalmente reconocido e incorporado en todas las ramas del derecho, ¿tendrá aplicación en el arbitraje?, pregunta que pretendemos responder con el presente trabajo.

Punto de partida: Identificar las funciones de la Buena Fe en el arbitraje

El principio de la Buena Fe es tan importante en el derecho que es considerado por la doctrina como un “*principio supremo y absoluto*”⁷, con tal transcendencia que codificaciones de vanguardia como el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetz Buch*) lo han colocado “*en la cúspide del derecho de obligaciones*”⁸.

A los fines de analizar la aplicabilidad de la Buena Fe en el arbitraje, aplicaremos la tesis del profesor Fernando Guerrero, quien señala que las expresiones Buena Fe subjetiva y Buena Fe objetiva representan “*una manera de estudiar con más precisión sus efectos, los cuales siempre mostrarán circularmente, interrelacionados y generándose los unos a los otros*”⁹.

También considera el profesor Guerrero¹⁰ que la cualidad objetiva-subjetiva, guarda paralelismo con la idea de moral y ética, siendo lo subjetivo lo moral, es decir, un sentido de juicio que permite a la persona distinguir entre los valores y adoptar preferencias, mientras que lo objetivo sería lo ético, ya que prescribe las reglas de comportamiento frente a los demás.

⁶ Diego Baudrit, *Derecho civil IV. Teoría general del contrato. Volumen I* (San José: Juricentro, 1990), 68.

⁷ José Luis De Los Mozos, *El Principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español* (Barcelona: Bosch, 1965), 7.

⁸ Dieter Medicus, *Tratado de las relaciones obligacionales. Volumen I.* (Barcelona: Bosch, 1993), 74.

⁹ Guerrero, “*Algunas...*”, 124-125.

¹⁰ Guerrero, “*Algunas...*”, 125.

Ciertamente, la Buena Fe subjetiva y la Buena Fe objetiva no representan clases de Buena Fe, pero son orientadoras en cuanto a sus efectos, y haciendo uso de ellas, hemos identificado tres (3) funciones básicas generales que tiene la Buena Fe en el arbitraje:

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.

A continuación, se procederá con el análisis de cada una de dichas funciones.

I. GARANTÍA DE LA PALABRA OTORGADA.

Una vez que las partes eligen utilizar el arbitraje para dirimir sus conflictos, ellas obtienen la garantía de que tendrán acceso a un proceso con determinadas características que la diferencian de la jurisdicción ordinaria.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido lo siguiente: “... *el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo (...) y se erige como una garantía de éstos a someterse a un proceso (arbitral) accesible, imparcial, idóneo, transparente, autónomo, independiente, responsable, equitativo, y sin dilaciones indebidas*”¹¹.

Debido a su naturaleza contractual, de conformidad con el artículo 1160 del Código Civil¹², el acuerdo arbitral deberá ejecutarse de Buena Fe.

La Buena Fe impone normas de conducta tanto desde el punto de vista positivo como negativo. Según Gustavo Ordoqui¹³, desde el punto de vista negativo, la Buena

¹¹ TSJ-SC. 17-10-2008 (1.541) Caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución.

¹² Gaceta Oficial N° 2.990, Extraordinaria del 26 de Julio de 1982, Código Civil. Artículo 1160: “Los contratos deben ejecutarse de Buena Fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley.”

¹³ Gustavo Ordoqui, *La Buena Fe Contractual. Legales Institutos* (Lima: Legales, 2015), 78.

Fe exige vetar toda conducta deshonesta que implique algún posible daño, exigiendo no actuar perjudicialmente, mientras que, desde el punto de vista positivo, se exige un deber de diligencia, de colaboración, de cooperación, de solidaridad.

Por otro lado, el arbitraje se presenta como un derecho. Una vez que las partes han manifestado su voluntad de dirimir sus controversias en arbitraje, cada una de ellas tiene el derecho a que sus conflictos sean resueltos mediante arbitraje en vez de la jurisdicción ordinaria.

Al suscribir un acuerdo arbitral las partes manifiestan su voluntad con plena lealtad, convencidos de que el arbitraje será el medio idóneo para dirimir sus conflictos.

El arbitraje como derecho es un ejemplo de Buena Fe subjetiva ya que las partes al suscribir el acuerdo arbitral lo hacen bajo la convicción de que están “*actuando correctamente*”¹⁴, pero también es un ejemplo de Buena Fe objetiva, ya que cada parte tiene la confianza legítima de que la otra cumplirá con el acuerdo arbitral, entendiendo a la confianza como “*una apuesta, hipótesis o concepción acerca de la predictibilidad del futuro, eliminando o disminuyendo incertidumbre*”¹⁵.

En caso de que una de las partes incumpla con el acuerdo arbitral y presente una demanda ante la jurisdicción ordinaria para pretender dirimir un conflicto determinado, el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, establece la posibilidad a la parte demandada de promover la cuestión previa por falta de jurisdicción del Juez, y que de ser declarada con lugar el proceso se extingue¹⁶.

El mandato constitucional contenido en el artículo 258, párrafo único, según el cual se promueven los medios alternativos de solución de conflictos, está dirigido también al Poder Judicial.

Al respecto, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia afirmó que:

“(...) los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que, si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá

¹⁴ Guerrero, “*Algunas...*”, 124.

¹⁵ Guerrero, “*Algunas...*”, 124.

¹⁶ Gaceta Oficial N° 4.209, Extraordinaria del 18 de septiembre de 1990, Código de Procedimiento Civil. Artículo 353.

derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumple, además, con las condiciones de procedencia de esos medios alternos (...)” y que “el imperativo constitucional de que la Ley promoverá el arbitraje (artículo 258) y la existencia de un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, lo que lleva a la Sala a la interpretación de la norma legal conforme al principio pro actione que, si se traduce al ámbito de los medios alternativos de resolución de conflictos, se concreta en el principio pro arbitraje (...)”¹⁷.

Conforme a la doctrina de la Sala Constitucional, el Juez debe adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de los medios alternativos.

Lo anterior significa que la ley busca proteger la intención original de las partes, y, por otro lado, procura hacer que la parte que ha vulnerado su pacto inicial respete el derecho al arbitraje que tiene la otra, recordándole que debe actuar de Buena Fe.

•Carácter exclusivo y excluyente del arbitraje.

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial¹⁸ establece que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, ya que las partes en virtud de dicho acuerdo se obligan a someter sus controversias a la decisión de terceros llamados árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces.

Para José Luis Bonnemaïson¹⁹, el carácter exclusivo y excluyente del arbitraje, de alguna manera recoge el principio *Ubi Pars Sunt Concordes Nihil Abjudicem*, que libremente traducido puede leerse así: donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de Juez; lo cual precisamente es lo que ocurre en el arbitraje, donde las partes están de acuerdo en pasar sus disputas a la solución arbitral.

A pesar de ese carácter exclusivo y excluyente del arbitraje frente a los órganos jurisdiccionales, en Venezuela la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁰ ha sido clara al reconocer que tanto el arbitraje como los tribunales del Poder Judicial, forman parte integrante del sistema de justicia, que tienen

¹⁷ TSJ- SC. 17-10-2008 (1.541). Caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución.

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

¹⁹ José Luis Bonnemaïson, “Sobre la naturaleza y el objeto del arbitraje” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nro. 57. (Valencia: Universidad de Carabobo, 1999). Extraído de: <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/57/57-20.pdf> (19/06/2019).

²⁰ TSJ- SC. 3-11-2010 (1.067). Caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.

un objetivo final común que es la consecución de una sociedad justa, y que debe existir una necesaria colaboración entre ambos medios de resolución de conflictos.

Así, la Buena Fe aparece para modelar el actuar de las partes, generando confianza, seguridad, honorabilidad de la palabra dada, y fidelidad, ya que una de las partes se entrega confiada a la conducta leal de la otra en el comportamiento de sus obligaciones fiándose de que ésta no lo engañará²¹.

Autores como Matti Kurkela y Santtu Turunen²² consideran que las partes en el arbitraje tienen un grado de lealtad mayor que el exigido para la jurisdicción ordinaria.

Lo anterior encuentra su justificación en el hecho de que el arbitraje es esencialmente un medio de resolución alternativo de conflictos absolutamente voluntario, nadie está obligado a su sometimiento (salvo en los casos de arbitraje legal cuyo sometimiento es obligatorio).

En este sentido, si las partes acuerdan por escrito el uso del arbitraje, están manifestando su voluntad de manera libre, de dirimir sus conflictos mediante una vía que es excluyente a la tradicional; por lo tanto, tendrán que asumir una conducta de respeto a la palabra otorgada, ya que, de no hacerlo, se estaría actuando de mala fe, y no se estaría contribuyendo con la consecución de una sociedad justa.

• ***En cuanto al carácter convencional del arbitraje.***

Existen discusiones en la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje, encontrándose las tesis contractual, jurisdiccional y mixta. Sin embargo, todas reconocen que el origen del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad.

La mayor parte de la doctrina venezolana coincide con que el arbitraje legalmente tiene una naturaleza contractual, ya que el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial dispone que el acuerdo de arbitraje es un pacto entre dos o más partes, que tiene por

²¹ Jesús González, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo* (Madrid: Thomson, 1983), 18 y 40.

²² Matti Kurkela y Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2010), 68-69.

finalidad someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual²³.

Debido a la naturaleza legal contractual del arbitraje resulta indudable la vigencia y aplicación del principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, así como del principio de la intangibilidad del contrato, consagrados en el artículo 1159 del Código Civil²⁴.

Lo cierto es que, el mayor acto de Buena Fe en el arbitraje lo encontramos cuando las partes, en ejercicio de su libre autonomía de la voluntad, confían en que terceras personas llamadas árbitros, que no son jueces de profesión y que actúan fuera de la tutela del Estado, resolverán sus conflictos impartiendo justicia. Señala José Melich-Orsini que lo acordado por las partes “*debe reputarse tan sagrado como la propia ley, y aún más sagrado para las propias partes que si se lo estipulara el legislador*”²⁵.

El Máximo Tribunal de la República ha señalado que la incidencia en el arbitraje del principio de la libre autonomía de la voluntad se concreta en “... *la necesidad de una manifestación libre, inequívoca y expresa de voluntad que evidencie el sometimiento de las partes al arbitraje, las cuales varían en sus formalidades de acuerdo a la naturaleza o características propias de cada arbitraje*”.²⁶

Las partes deben cumplir las obligaciones convenidas en los términos en que las mismas fueron pactadas, sobre la base del principio *Pacta Sunt Servanda* que impone la más estricta fidelidad a la palabra dada, lo cual está íntimamente relacionado con el principio de la Buena Fe en términos de la ejecución de la obligación contractual convenida.

²³ Luis Araque; Carlos Acedo, Gilberto Guerrero y Pedro Planchart, “*El acuerdo de Arbitraje*” en *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas: CEDCA, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, 2013), 156. Para José Román Duque Sánchez es indudable que el compromiso es de naturaleza contractual. José Duque, *Derecho Procesal Civil II. Recurso de Casación. Invalidación de los Juicios. Juicios Breves. Arbitramento. Manuales de Derecho* (Caracas: UCAB, 1967), 115.

²⁴ Gaceta Oficial N° 2.990, Extraordinaria del 26 de Julio..., Artículo 1159: Los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la Ley.

²⁵ José Melich-Orsini, *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 1993), 365-366.

²⁶ TSJ- SC. 17-10-2008 (1.541). Caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución.

El acuerdo arbitral recaerá sobre una controversia presente o futura, en materias que hayan surgido o que puedan surgir respecto de una determina relación jurídica, sea contractual o extracontractual. Si bien se celebrará libremente, siempre encontrará sus límites en el orden público y las leyes.

Según Gustavo Ordoqui *“la Buena Fe incorpora como valor ético la tutela de la confianza y comporta una regla de conducta normal, recta y honesta, o sea, la conducta debida del hombre medio”*²⁷.

Así, la Buena Fe brinda confianza y esperanza en el futuro del arbitraje, ya que aparece como un imperativo de solidaridad y colaboración, que le impone deberes a las partes de respeto al pacto acordado.

Cuando alguna de las partes decide abandonar el campo de la Buena Fe, ingresa inmediatamente al terreno de la ilicitud, y si con dicho comportamiento le genera un daño a la otra parte, nace la responsabilidad civil de indemnizarlo.

Señala Baudrit que *“el ejercicio de los derechos propios tiene un límite cierto: la buena fe. Si se ejercita ese derecho con el propósito de lesionar a otro sujeto, ese ejercicio está viciado, no puede tener amparo del sistema jurídico”*²⁸, de allí la necesidad de cumplir con el acuerdo arbitral.

II. INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL.

Si partimos del hecho de que el acuerdo arbitral tiene una naturaleza contractual, y que el arbitraje es convencional, exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, el acuerdo arbitral debe interpretarse bajo los parámetros de la Buena Fe.

Philippe Fouchard y Emmanuel Gaillard, consideran que en la interpretación de Buena Fe *“... debe tenerse en cuenta la intención común de las partes, en lugar de limitarse a examinar la literalidad de los términos usados”*²⁹.

²⁷ Gustavo Ordoqui, *La Buena...*, 52.

²⁸ Diego Baudrit, *Derecho civil...*, 68.

²⁹ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration* (The Netherlands: Kluwer Law International, 1999), 257.

En la misma línea opina James Otis Rodner, al considerar que *“la Buena Fe se usa para los efectos de interpretar la voluntad de las partes reflejadas en el contrato y para medir el cumplimiento de las obligaciones de las mismas”*³⁰.

De tal manera que, en caso de dudas respecto al alcance del acuerdo arbitral, el operador jurídico deberá determinar y respetar en cada caso la voluntad común de las partes de someterse a arbitraje.

Lamentablemente la Ley de Arbitraje Comercial venezolana no hace mención alguna a la Buena Fe, ni siquiera, en cuanto a la forma en la cual debe interpretarse la propia ley, como si lo hace la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 2.A.1: *“En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”*³¹.

III. ESTÁNDAR DE CONDUCTA PARA LAS PARTES, ÁRBITROS Y CENTRO DE ARBITRAJE.

La materialización de los beneficios del arbitraje depende de todos: de las partes, del árbitro (o árbitros) y del centro de arbitraje (si se trata de un arbitraje institucional), quienes siempre tendrán que enmarcar sus actuaciones conforme a la Buena Fe.

Si bien es cierto que en Venezuela no encontramos en la Ley de Arbitraje Comercial, ni en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas³² ni en el del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje³³, mención expresa respecto a la obligación que tienen los intervinientes en el arbitraje de actuar conforme a la Buena Fe, no cabe dudas de que se trata de un comportamiento mundialmente aceptado.

³⁰ James Otis, *“El arbitraje complejo”* en *El Arbitraje en Venezuela. Estudios...*, 328.

³¹ Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Extraído de: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf (20/06/2019).

³² Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, vigente desde el 1° de febrero de 2013.

³³ Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, vigente desde el 15 de febrero de 2013.

Lo anterior se refleja especialmente en el arbitraje internacional y en las más modernas normas blandas (“*soft law*”), que no tienen carácter vinculante, excepto si las partes lo aceptan en el acuerdo arbitral o en el procedimiento arbitral.

Ejemplo de ello lo encontramos en el reciente Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje³⁴, en donde se señala en la norma V.27.6, que todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme a los principios de confidencialidad y Buena Fe.

• ***La actuación de las partes y sus representantes.***

Las partes deben actuar de Buena Fe en todo momento durante el procedimiento arbitral, pero tiene especial relevancia en la fase probatoria.

Muestra de ello se evidencia cuando en el preámbulo de Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional³⁵ se señala expresamente que la práctica de prueba se realizará bajo los principios de que cada parte debe actuar de Buena Fe y tiene derecho a conocer, con una antelación suficiente a cualquier audiencia probatoria o a la determinación de los hechos o fundamentos, aquellas pruebas en que las demás partes sustentan sus pretensiones.

Así mismo, el artículo 9.7 *ejusdem* dispone que, si el Tribunal Arbitral determina que una parte no se ha conducido de Buena Fe en la práctica de la prueba, el Tribunal Arbitral podrá, adicionalmente a cualquiera otra medida que estuviera a su disposición bajo dichas Reglas, tomar en cuenta ese incumplimiento al tiempo de distribuir los costos del arbitraje, incluyendo los costos resultantes o relacionados con la práctica de prueba.

El artículo 26 de las Reglas de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional³⁶ establece que si el Tribunal Arbitral después de haber

³⁴ Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje. 2019. Extraído de: <https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/cbbpp-cea.pdf> (22/06/2019).

³⁵ Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional Aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. Extraído de: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (10/06/2019).

³⁶ Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional. Aprobadas el 25 de mayo de 2013 por resolución del Consejo de la IBA. Extraído de: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (10/06/2019).

notificado y otorgado un tiempo razonable a las partes para ser oídas, encuentra que un representante de parte ha incurrido en una conducta indebida, el Tribunal Arbitral, según el caso, podrá: (a) amonestar al representante de parte; (b) hacer inferencias apropiadas al evaluar las pruebas utilizadas por el representante de parte o los argumentos legales expuestos por el representante de parte; (c) considerar la conducta indebida del representante de parte al momento de distribuir los costos del arbitraje, indicando, en caso de ser apropiado, cómo y en qué medida la conducta indebida del representante de parte lleva al Tribunal a determinar una distribución de costos diferente; (d) tomar cualquier otra medida que sea necesaria a efectos de preservar la justicia e integridad del procedimiento.

Por otro lado, el artículo 27 *ejusdem* señala que al analizar cuestiones relacionadas con conducta indebida, el Tribunal Arbitral debe tomar en consideración: (a) la necesidad de preservar la integridad y justicia del procedimiento arbitral y la ejecutabilidad del laudo; (b) el posible impacto, en los derechos de las partes, de una decisión sobre conducta indebida; (c) la naturaleza y gravedad de la conducta indebida, incluyendo el grado en que la conducta indebida afecta el desarrollo del procedimiento; (d) la Buena Fe del Representante de Parte; (e) consideraciones relevantes de confidencialidad y de secreto profesional; y (f) la medida en que, la parte representada por el representante de parte, sabía de, dispensó, dirigió o participó en la conducta indebida.

Un ejemplo de las consecuencias que genera un comportamiento contrario a la Buena Fe en la fase probatoria lo encontramos en un laudo arbitral emitido por un Tribunal Arbitral en noviembre de 2013³⁷, en donde se acordó la imposición de costas al demandado por haber actuado de mala fe al retrasar e incumplir con su obligación de exhibir ciertos documentos, ocasionando costes adicionales en el procedimiento arbitral.

Si bien es evidente la importancia de la actuación de Buena Fe de las partes y sus representantes en la fase probatoria, también tendrán que hacerlo durante el ejercicio de distintas obligaciones consecuenciales al acuerdo arbitral, tales como: pagar las tarifas correspondientes, cumplir con el reglamento del centro, elegir a los árbitros, no ejercer

³⁷ *Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules.* (ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 1, 2016), 125.

prácticas dilatorias, asistir a las audiencias, dar cumplimiento al laudo arbitral, entre otras.

Los autores Julie Bédard, Timothy Nelson y Raymond Kalantiskt, consideran que: *“la obligación de someter las controversias a arbitraje de Buena Fe implica no solamente la obligación de acudir al arbitraje cuando así se haya acordado entre las partes, sino también, la obligación de desplegar una conducta de Buena Fe a lo largo del trámite arbitral”*³⁸.

Es por ello que durante el proceso arbitral se espera una conducta recta y honesta, en donde las partes defenderán sus puntos de vista, pero bajo un ambiente de respeto y sinceridad, sometiéndose en todo momento al principio de la Buena Fe.

• ***La actuación de los árbitros.***

El arbitraje parte de la confianza que las partes pueden tener en la institución como medio idóneo para resolver sus controversias, pero también, en la confianza que estos tienen en los árbitros como individuos capaces para decidir sobre sus casos.

Para Eloy Anzola *“el adecuado accionar de los árbitros constituye el pilar de la justicia alternativa. Para cumplir su misión de solucionar conflictos de manera pacífica, la justicia arbitral requiere que quienes la pronuncien tengan las aptitudes humanas y profesionales apropiadas”*³⁹.

Cuando las partes designan un árbitro esperan que este lleve a cabo su labor de manera ética, y que se imparta justicia en su caso de manera objetiva, imparcial y transparente, razón por la cual algunos centros de arbitrajes cuentan con un Código de Ética que los árbitros se comprometen a cumplir⁴⁰.

³⁸ Julie Bédard, Timothy Nelson, Raymond Kalantiskt. *“Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process”* en *Les Cahiers de l'arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, N° 3. (París: LGDJ, 2010), 738.

³⁹ Eloy Anzola, *“Independencia e imparcialidad de los árbitros”* en *Memoria Arbitral I* (Caracas: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, 2013), 59.

⁴⁰ El Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) cuenta con un Código de Ética, el cual se encuentra disponible en: <http://www.cedca.org.ve/wp-content/uploads/2017/01/C%C3%B3digo-de-%C3%A9tica-CEDCA.pdf>

Vale la pena destacar que una actuación ética por parte del árbitro repercute directamente en su prestigio, lo cual le permitirá ser considerado para futuras designaciones como árbitro.

Indica José Luis Bonnemaison, que *“para algunos autores, el primer deber que corresponde a la función de los árbitros es la de actuar en todo momento con la “debida diligencia” para evitar una justicia tardía que se traduzca en delegación de justicia. Se ha expresado que la actuación diligente de los árbitros (y de los jueces) es una “obligación moral” reconocida expresamente por todas las legislaciones”*⁴¹.

Otro ejemplo de que los árbitros deben comportarse bajo los parámetros de la Buena Fe lo encontramos en la obligación que tienen de actuar conforme al principio de imparcialidad e independencia, según el cual deben poner en conocimiento a las partes sobre cualquier situación que podría ser considerada como un conflicto de interés durante el proceso arbitral.

Se trata de una práctica internacionalmente reconocida. Ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 18 del Reglamento de Arbitraje Comercial y Mediación de la American Arbitration Association el cual señala: *“Remoción del Árbitro, 1 (a) Cualquier árbitro debe ser imparcial e independiente y debe ejecutar sus deberes de manera diligente y de buena fe y estará sujeto a remoción por: ... negativa de ejecutar sus deberes de manera diligente o de buena fe”*⁴².

Así mismo, las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros, en su artículo 11.1, señala que *“... La buena fe y el deber de transparencia exigen que los candidatos revelen todas las circunstancias que potencialmente, desde el punto de vista de las partes, pudieran generar dudas sobre su independencia e imparcialidad”*⁴³.

⁴¹ José Luis Bonnemaison, *Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial en Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos N° 16* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006), 63.

⁴² Reglamento de arbitraje comercial y mediación de la American Arbitration Association. Vigente desde el 1° de octubre de 2013.

⁴³ Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros. Vigente a partir del 23 de octubre de 2008. Extraído de: https://www.clubarbitraje.com/wp-content/uploads/2019/06/recomendaciones_0.pdf (20/06/2019).

Según Ivor Mogollón “(...) *el árbitro siendo un auxiliar de justicia y parte no-orgánica del poder judicial, lleva consigo ciertas cargas morales o deontológicas, tales como la privacidad, la discreción y la imparcialidad. Así como el debido respeto y consideración a los demás miembros del panel, los funcionarios de la institución arbitral, las partes del proceso y demás personas que intervengan dentro de este. Los mencionados deberes son, en sí mismos, obligaciones deontológicas que el árbitro como persona posee*”⁴⁴.

La obligación de actuar de Buena Fe está presente inclusive para aquellas jurisdicciones en donde se permiten árbitros no neutrales⁴⁵.

También los árbitros deben actuar conforme a la Buena Fe en otros momentos durante el proceso arbitral, en cumplimiento de sus obligaciones, tales como: no aceptar una controversia inexistente o de las exceptuadas en la Ley, fijación de los honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, determinar el lugar del arbitraje y el idioma en caso de ser necesario, elegir al tercer árbitro, asistir a las audiencias pautadas, no sostener comunicación por separado con una de las partes sin informar previamente a la otra, dictar el laudo arbitral en el tiempo establecido, decidir conforme a la modalidad elegida por las partes (de derecho o de equidad), respetar los extremos formales previamente establecidos para el laudo arbitral, realizar las aclaratorias, corrección o complemento del laudo, realizar la presentación previa del laudo.

- *Respecto a los centros de arbitraje.*

En el caso de los arbitrajes institucionales los centros de arbitraje juegan un rol fundamental y el principio de la Buena Fe debe materializarse en dos sentidos: por un lado, mediante su reconocimiento expreso en el reglamento y código de ética del centro; y por el otro, en su actuación como administrador del caso.

En cuanto al reconocimiento de la Buena Fe en el reglamento y código de ética de los centros de arbitraje, se debe resaltar que se trata de una tendencia actual seguida

⁴⁴ Ivor Mogollón, *El Arbitraje Comercial Venezolano* (Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2004), 20-21,39.

⁴⁵ Código de ética para Árbitros en Disputas Comerciales. American Arbitration Association. Vigente desde el 1° de marzo de 2004. Extraído de: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf (10/06/2019).

por las principales instituciones arbitrales del mundo, ejemplo de ello lo encontramos en:

- **Reglamento del Centro Iberoamericano de Arbitraje**⁴⁶: Artículo 35.6.: *“Todos aquellos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme a los principios de confidencialidad y buena fe”*.

- **Código de Ética del Centro Iberoamericano de Arbitraje**⁴⁷: *“PRINCIPIO DE BUENA FE: Los árbitros e intervinientes en el proceso arbitral deberán respetar y cumplir rigurosamente con el principio de buena fe, lo cual implica un comportamiento leal, recto y honesto de los mismos, en la recaudación y práctica de las pruebas, en el examen responsable de éstas y sobre los argumentos jurídicos que se esgrimen ante el tribunal arbitral, así como en los fundamentos del laudo. Todos deben guiar su accionar y conducta de acuerdo a los principios establecidos en este Código”*.

- **Estatuto de la Corte de Arbitraje de Madrid**⁴⁸: Artículo 20.5.: *“Todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral actuarán conforme al principio de buena fe y procurarán que el arbitraje se tramite de manera eficiente y sin dilaciones”*.

- **Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá**⁴⁹: Artículo 1.25: *“Obligaciones. Las personas sujetas al presente Reglamento deberán cumplir las siguientes obligaciones, según el cargo y funciones, sin perjuicio de las demás contenidas en otros reglamentos o en la ley: (...)9. Ceñirse en sus actuaciones al postulado de buena fe.”* Artículo 3.21: *“Conducción del procedimiento arbitral. (...)5. Las partes aceptan que en todo*

⁴⁶ Reglamento de arbitraje del Centro Iberoamericano de Arbitraje. Extraído de: http://centroiberoamericanodearbitraje.org/wp-content/uploads/2015/09/REGLAMENTO_DE_ARBITRAJE_CJAR_es.pdf (10/06/2019).

⁴⁷ Código de Ética del Centro Iberoamericano de Arbitraje. Extraído de: <http://centroiberoamericanodearbitraje.org/es/codigo-de-etica-de-ci-ar/> (10/06/2019).

⁴⁸ Estatuto de la Corte de Arbitraje de Madrid. Extraído de: http://www.arbitramadrid.com/documents/20181/22815/REG_ESP_MARZO2015.pdf.pdf/64f6c428-6eee-4601-9c57-f09c125410eb (10/06/2019).

⁴⁹ Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Extraído de: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Servicios/Arbitraje/Reglamento-y-normatividad> (10/06/2019).

momento deberán actuar de buena fe y en favor de una conducción justa, eficiente y expedita del procedimiento arbitral.” Artículo 7.4: “Principios. El presente reglamento se rige por los siguientes principios: (...)6. Deber de colaboración y buena fe: Las partes se comprometen a actuar de manera activa, transparente, leal y colaborativa en el desarrollo de la amigable composición, con el fin de lograr la decisión del amigable componedor sea pronta y eficaz.”.

- Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima⁵⁰: Artículo 23: *“Organización y conducción de actuaciones: (...)5. Todos los partícipes en el arbitraje actúan de buena fe y contribuyen al desarrollo eficiente y eficaz del proceso a fin de evitar gastos y demoras innecesarias, teniendo en cuenta la complejidad y el monto de la controversia”.* Artículo 38: *“Buena fe. Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.”*

Sin embargo, no basta con reconocer la Buena Fe en los instrumentos normativos, es necesario que las actuaciones del centro de arbitraje como administrador del caso siempre estén enmarcadas dentro de dicho principio.

Así, todas las actuaciones del centro deben ejecutarse según la Buena Fe, ejemplo de ello lo vemos en la obligación que tienen de: darle entrada a las solicitudes arbitrales que reciban sin mayor dilación, notificar a las partes y a los árbitros de las actuaciones, ofrecer una instalación apropiada y disponible para las audiencias, garantizar la confidencialidad, ofrecer una lista de árbitros, contar con un reglamento disponible, entre otras.

La actuación de Buena Fe por parte del centro de arbitraje repercutirá favorablemente en el prestigio de la institución, contribuyendo con la confianza en el

⁵⁰ Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Extraído de: <https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamento/reglamento%20y%20estatuto%20de%20arbitraje..pdf> (10/06/2019).

centro, en los árbitros y en el arbitraje como medio idóneo para la resolución de controversia.

CONCLUSIÓN

No cabe dudas respecto a la necesaria aplicación de la Buena Fe en el arbitraje. Desde la suscripción del acuerdo arbitral hasta el cumplimiento del laudo, las partes, los árbitros y el centro de arbitraje, deben ejecutar sus obligaciones bajo los estándares del principio de la Buena Fe, cuyo acatamiento los beneficiará y repercutirá en el fortalecimiento de la confianza que existe en torno al uso del arbitraje como medio idóneo para la resolución alternativa de conflictos.

Se recomienda al Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, que incluyan en sus Reglamentos un artículo en donde expresamente se señale que todos aquéllos que participen en el procedimiento arbitral deben actuar conforme al principio de la Buena Fe.

Así mismo, 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.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Anzola, Eloy. “*Independencia e imparcialidad de los árbitros*” en *Memoria Arbitral I*. Caracas: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, 2013.
- Araque, Luis, Carlos Acedo, Gilberto Guerrero y Pedro Planchart. “*El acuerdo de Arbitraje*” en *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: CEDCA, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, 2013.
- Baudrit, Diego. *Derecho civil IV. Teoría general del contrato. Volumen I*. San José: Juricentro, 1990.
- Bédard, Julie, Timothy Nelson y Raymond Kalantiskt. “*Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process*” en *Les Cahiers de l’arbitrage – The Paris Journal of International Arbitration*, N° 3. París: LGDJ, 2010.
- Bonnemaison, José Luis. “*Sobre la naturaleza y el objeto del arbitraje*” en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nro. 57. Valencia: Universidad de Carabobo, 1999.
- Bonnemaison, José Luis. *Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial en Tribunal Supremo de Justicia. Colección Estudios Jurídicos N° 16*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2006.
- Couture, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil, Tomo II*. Buenos Aires: Ediar, 1978.
- De Los Mozos, José Luis. *El Principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*. Barcelona: Bosch, 1965.

Diéz-Picazo, Luis. Prólogo a *El principio general de la Buena fe*, de Franz Wieacker. Madrid: Civitas, 1986.

Duque, José. *Derecho Procesal Civil II. Recurso de Casación. Invalidación de los Juicios. Juicios Breves. Arbitramento. Manuales de Derecho*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 1967.

Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules. ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 1, 2016.

Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

González, Jesús. *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2009.

González, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Thomson, 1983.

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

Kurkela, Matti y Santtu Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2010.

Medicus, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales. Volumen I*. Barcelona: Bosch, 1993.

Melich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. Caracas: Editorial Jurídica venezolana, 1993.

Mogollón, Ivor. *El Arbitraje Comercial Venezolano*. Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2004.

Ordoqui, Gustavo. *La Buena Fe Contractual. Legales Institutos*. Lima: Legales, 2015.

Otis, James. “*El arbitraje complejo*” en *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: CEDCA, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y el capítulo venezolano del Club Español del Arbitraje, 2013.

Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil francais, Tomo VI*. París: Broché, 1926.

Legislación, soft law y jurisprudencia:

Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje. 2019.

Código de ética para Árbitros en Disputas Comerciales. American Arbitration Association. Vigente desde el 1º de marzo de 2004.

Código de ética del Centro Iberoamericano de Arbitraje.

Estatuto de la Corte de Arbitraje de Madrid, vigente desde el 25 de julio de 2014.

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430. Fecha: 7 de abril de 1998.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 de julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Recomendaciones del Club Español del Arbitraje relativas a la Independencia e Imparcialidad de los árbitros. Vigente a partir del 23 de octubre de 2008.

Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas desde el Primero (1º) de febrero de 2013.

Reglamento del Centro Iberoamericano de Arbitraje.

Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en uso de sus atribuciones legales, y por el Ministerio de Justicia y del Derecho, aprobación comunicada a través del oficio OFI17-0012292-DMA-2100.

Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje Vigente desde el quince (15) de febrero de 2013.

Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, vigente desde el 1 de enero de 2017.

Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional Aprobadas el 29 de mayo de 2010.

Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional. Aprobadas el 25 de mayo de 2013.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Fecha: 17-10-2008 (1.541). Caso: Interpretación del artículo 258 de la Constitución.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional. Fecha: 3-11-2010 (1.067). Caso: Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.