

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ARBITRAJE

Rosnell V. Carrasco Baptista

Abogado, egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), profesor de Derecho Constitucional y Administrativo (UCAB), y de Derecho Público Económico en la Universidad Metropolitana (Unimet). Investigador adscrito al Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila (UMA).

Resumen:

Este estudio aborda las relaciones entre el Poder Judicial y el arbitraje, con la finalidad de determinar si algunos mecanismos propios de la justicia constitucional, pueden constituir mecanismos válidos para la impugnación de laudos arbitrales.

Palabras clave: Laudo, Amparo Constitucional, Avocamiento, Poder Judicial, coordinación, control.

CONSTITUTIONAL JUSTICE AND ARBITRATION

Abstract:

This paper points out the relationship between the Judiciary and arbitration, in order to determine whether some of the mechanisms of constitutional justice are valid for challenging arbitration awards.

Keywords: Arbitration award, constitutional action, request of avocamiento, Judiciary, coordination, control.

INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre la justicia arbitral y el Poder Judicial, no han sido pacíficas. Por el contrario, han experimentado momentos de verdadera tensión, que en la mayoría de los casos han terminado por imponer un mayor control del Poder Judicial sobre el arbitraje.

En efecto, el desarrollo de las relaciones entre ambos órdenes competenciales ha estado marcado por los constantes vaivenes de la jurisprudencia, que en algunos casos han terminado reforzando la institución arbitral y en otros la han debilitado notablemente.

Resulta evidente que la justicia arbitral requiere en algunas oportunidades la colaboración del Poder Judicial, tal es el caso de la ejecución coactiva de las decisiones arbitrales. Si bien es cierto que los laudos deberían ser acatados de buena fe por los particulares, la realidad indica que la parte que se ve afectada por la decisión de los árbitros, en muchos casos pretenderá iniciar un largo camino para atacar el laudo arbitral, con la finalidad de evitar su cumplimiento voluntario.

De lo anterior podemos observar que una etapa importante en la relación entre Poder Judicial y justicia arbitral es la referida a la ejecución forzosa del laudo, lo cual es aplicable tanto al laudo definitivo, como a interlocutorios, verbigracia, los referidos a medidas cautelares, cuando por su propia naturaleza no resulte posible hacerlas cumplir por los mismos árbitros.

No obstante, mayores tensiones se presentan en aquellos casos en los que se pretende la nulidad o anulación del laudo. Nuestro sistema jurídico, inspirado en las convenciones internacionales que regulan la materia y en la Ley Modelo UNCITRAL, acoge con claridad el principio de la *recurribilidad excepcional del laudo arbitral*.

En efecto, de acuerdo a dicho principio, contra el laudo arbitral solo procede el recurso de nulidad por las causales taxativamente previstas en la Ley de Arbitraje Comercial, el cual deberá ser conocido por un Tribunal Superior competente del lugar en donde se hubiere dictado.

Esta regulación procesal es cónsona con la idea del arbitraje como un mecanismo autorregulado de solución de controversias, mediante el cual las partes se dan su propia solución al conflicto, disponiendo un procedimiento propio y eligiendo a sus árbitros, *en virtud del cual renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces*, según dispone expresamente el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial.

El acuerdo de arbitraje ha sido caracterizado como un contrato cuyos efectos son principalmente de orden procesal, si aceptamos esa premisa como válida, entonces podremos entender que cuando las partes deciden acudir al arbitraje renuncian por entero al mundo de los recursos judiciales, y aceptan como único mecanismo excepcional de control de la legalidad del laudo el recurso de nulidad previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley de Arbitraje Comercial.

No obstante, la claridad de la Ley sobre estos asuntos que venimos comentando, la interposición del recurso de nulidad por ante Tribunales Superiores ha generado todo un debate referido a si la sentencia que resuelve el recurso de nulidad puede ser a su vez objeto de los recursos judiciales extraordinarios que caben contra esas sentencias judiciales, en cualquier otra materia.

Es decir, se ha sostenido que, si bien el laudo no puede ser impugnado mediante un recurso judicial distinto al recurso de nulidad, algo diferente sucede con la sentencia que resuelve o decide ese recurso de nulidad, contra la cual podría ser ejercido el recurso de casación, el amparo constitucional, y la revisión constitucional.

Es pertinente que señalemos que hasta ahora el problema había quedado reducido a la impugnación de esa sentencia que resolvía el recurso de nulidad, y en cada uno de los casos tanto la Sala de Casación Civil, como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, han sostenido criterios nada pacíficos, en donde la inseguridad jurídica es la regla.

Pero recientemente, este panorama nada alentador para el arbitraje, se ha complicado en grado aún mayor, ello como consecuencia de la admisión de una solicitud de avocamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el curso de un procedimiento arbitral todavía no concluido. Es decir, que, por primera vez, lo atacado fue el procedimiento y no el laudo, ni la sentencia que resolvió el recurso de nulidad.

En virtud de estas consideraciones, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las relaciones entre la justicia constitucional y el arbitraje? dicho de otra manera ¿los mecanismos propios de la justicia constitucional pueden ser utilizados válidamente en el mundo del arbitraje? y de manera concreta ¿puede atacarse el procedimiento arbitral mediante la solicitud de avocamiento?

I. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE

1.- El arbitraje como derecho fundamental

El arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias que es parte del sistema de justicia y que debe ser promovido por el legislador (artículos 253 y 258). Como consecuencia de lo antes expuesto, es necesario señalar que los particulares tienen un verdadero derecho constitucional a disponer que las controversias que surjan como consecuencia de sus relaciones jurídicas con terceros sean resueltas por Tribunales Arbitrales, lo que implica la derogación convencional de la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia, en favor de la justicia arbitral.

En consecuencia, el establecimiento del arbitraje como medio de solución de controversias entre particulares, es una verdadera manifestación del derecho constitucional a la tutela efectiva de los derechos y al debido proceso (artículos 26 y 49 de la Constitución), por lo cual debemos concluir que existe un verdadero derecho fundamental al arbitraje. Esto sería así, incluso si consideráramos que los artículos 253 y 258 de la Constitución no contienen un derecho autónomo al arbitraje, ya que el formaría parte del contenido esencial del derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos.

Efectivamente, el artículo 26 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho de acceso a los “órganos de administración de justicia” y a la “tutela efectiva de los mismos”. La norma analizada, no expresa que los únicos órganos de administración de Justicia sean los del Poder Judicial, así como tampoco judicializa la tutela efectiva de los derechos, por lo que podemos efectivamente concluir que la justicia arbitral forma parte de los órganos de administración de justicia, y que mediante el recurso al arbitraje también se tutelan efectivamente los derechos, por lo que el derecho fundamental al arbitraje tiene rango constitucional de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26, 253 y 258 de la Constitución.

Las consideraciones anteriores, nos permiten sostener que la columna vertebral de este derecho fundamental lo encontramos en el artículo 26, por establecer este el derecho a la tutela efectiva de los derechos, con independencia de lo que dispongan las otras dos normas.

La interpretación que venimos sosteniendo, garantizaría la continuidad del funcionamiento institucional de la justicia arbitral a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial, con independencia de que las normas contenidas en los artículos 253 y 258, desaparezcan totalmente de nuestro sistema constitucional, ya que ellas contienen el derecho fundamental a la tutela efectiva de los derechos¹.

La idea que acabamos de exponer, resulta de capital importancia de cara al impacto que la categorización del arbitraje como derecho fundamental y su impacto sobre los mecanismos para hacer efectivo o proteger adecuadamente ese derecho.

Desde ya queremos destacar que algunos podrían verse tentados a concluir que esa calificación de derecho fundamental, que no es propia de todos los ordenamientos jurídicos, podría hacer pensar que en última instancia el recurso a los mecanismos judiciales de protección de la Constitución, tales como el amparo constitucional, la revisión de sentencias, y el avocamiento, puedan ser considerados como recursos válidos y aplicables al arbitraje.

No obstante, como veremos de seguidas, nada resulta más alejado a la realidad, en tanto y en cuanto el arbitraje cuenta en Venezuela con un proceso previsto en la Ley, y con un mecanismo de control de la actuación de los árbitros y del laudo, que es el recurso de nulidad, que además permite la suspensión de los efectos de la decisión arbitral, si se consigna por ante el Tribunal competente, fianza suficiente. Mecanismos estos, lo suficientemente eficaces e idóneos para la protección constitucional de los derechos de las partes que deciden acudir al arbitraje como mecanismo de solución de disputas.

¹ Hernández-Breton, Eugenio. Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental, publicado en Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos, Caracas, pp. 31 y 32.

Por último, queremos destacar que la doctrina de derecho comparado ha sostenido con relación al fenómeno de la constitucionalización del arbitraje, que el mismo resulta negativo en la medida que favorece el intervencionismo judicial, paralizando arbitrajes en curso o dejando desprovistos de valor laudos arbitrales, sobre la base del ejercicio de recursos extraordinarios de carácter constitucional²

2.- La justicia constitucional como sistema de protección de derechos fundamentales.

No nos vamos a detener en profundidad en el estudio y análisis de la justicia constitucional, ya que ello excedería el propósito de esta investigación. No obstante, consideramos pertinente hacer algunas consideraciones sobre la vinculación entre la protección de la supremacía de la Constitución y el arbitraje como mecanismo para la tutela judicial de los derechos de quienes han suscrito una cláusula de arbitraje, con la finalidad de dejar clara la vinculación entre estos importantes sistemas de solución de controversias.

En efecto, la denominada justicia constitucional constituye una garantía del principio de supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 7 de la Carta Magna. Este principio, es el reconocimiento de la soberanía con la que actúa el poder constituyente, al establecer el pacto social y político que permite dotar de una estructura institucional al Estado y definir los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En nuestro país, la Constitución expresamente dispone que ella es la norma suprema y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico. No obstante, esta declaración tendría poca significación, si ella no estuviera acompañada de un mecanismo coactivo para hacer efectiva esa supremacía, y que viene a hacer cumplir el carácter normativo de la Constitución, o lo que es lo mismo su real aplicación a todo el ordenamiento.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución todos los jueces están en la obligación de asegurar la integridad de la norma fundamental, lo cual tiene como consecuencia la aplicación preferente de la Constitución por encima de cualquier otra norma que la contradiga. Además, a los fines

² Conejero Roos, Cristian. La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?, en: Revista chilena de derecho privado. Universidad Diego Portales, Chile, 2006, p. 255.

de robustecer el sistema de control de constitucionalidad se creó en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuyas competencias y atribuciones se encuentran previstas en el artículo 336 constitucional.

No obstante, como ha sostenido JESÚS MARÍA CASAL, la creación de la Sala Constitucional en modo alguno implica concentrar en un órgano judicial todas las formas de defensa o de interpretación de la Constitución, ya que todas las vías procesales pueden, así sea de manera indirecta, servir de cauce para la defensa de las reglas y principios constitucionales y para la interpretación constitucional, estando obligados todos los jueces a interpretar las normas a la luz de la Constitución³.

Compartimos plenamente las ideas anteriores, referidas a la obligación de todos los jueces y árbitros de garantizar la supremacía y efectividad de la Constitución, lo cual, en nuestra opinión, se cumpliría de dos maneras. En efecto, la primera de las referidas herramientas de las que disponen los árbitros es la potestad de control difuso de la constitución, tal y como sucedió en el caso de la desaplicación por control difuso del literal “j” del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 40.418 del 23 de mayo de 2014, que prohibía el arbitraje en materia de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial⁴.

Probablemente el elemento más importante de la configuración de la justicia constitucional como un instrumento transversal del sistema de justicia en Venezuela, tiene que ver con la obligación de todos los jueces y árbitros de garantizar a todos los particulares el goce efectivo de sus derechos constitucionales, especialmente el derecho a la tutela efectiva y al debido proceso.

Elemento esencial del derecho a la tutela efectiva lo conforman dos derechos específicos, y que son los que nos interesan a los efectos de la presente investigación: (i)

³ Casal Hernández, Jesús María. Constitución y Justicia Constitucional: Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna. UCAB, Caracas, 2000, p. 83.

⁴ Caso: *Miriam Josefina Pacheco Cortés*, laudo arbitral del 15 de septiembre de 2016, expediente N° CA01-A-2016-000005 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia de fecha 18 de octubre de dos mil dieciocho (2018), que puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/301753-0702-181018-2018-17-0126.HTML>

el derecho a recurrir de la decisión, y, por otra parte, **(ii)** el derecho a la ejecución de la decisión.

Ahora bien, en el arbitraje se ha insistido en la procedencia de algunos mecanismos propios de la justicia constitucional como el amparo constitucional y más recientemente el avocamiento, esgrimiendo el perdedor fundamentalmente su derecho a recurrir de la decisión que califica de inconstitucional, en nuestra opinión, en detrimento del derecho de la parte gananciosa, a la ejecución de la decisión o laudo.

En virtud de esta aparente dualidad, consideramos necesario analizar las relaciones de coordinación y control entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria, y, posteriormente, pasar al análisis de la figura del amparo y del avocamiento como mecanismos o vías procesales de impugnación del laudo en materia arbitral.

II. RELACIONES DE COORDINACIÓN Y CONTROL ENTRE LA JUSTICIA ARBITRAL Y LA JUSTICIA JUDICIAL

Somos de la opinión que en Venezuela urge el reacomodo de todo el sistema de justicia, a los fines de hacer verdaderamente efectivo los postulados constitucionales de tutela efectiva de los derechos y debido proceso. Ahora, esa reforma pasa necesariamente por entender que tanto el Poder Judicial como el sistema arbitral son piezas fundamentales de la justicia en nuestro país, y para hacer efectivos esos postulados es necesario procurar entre ambos sistemas un justo equilibrio.

En efecto, la justicia judicial se sirve del arbitraje para descongestionarse de tantos asuntos que hoy la saturan, para poder atender con los escasos recursos de los que dispone, a quienes realmente necesitan de la justicia del Estado, y si es posible tomando del arbitraje los principios de intermediación, oralidad, informalidad, celeridad y eficacia, que lo caracterizan, pero, por otra parte, la justicia arbitral requiere del Poder Judicial para controlar los excesos y errores en que podrían incurrir los árbitros, y para hacer efectiva la voluntad de las partes contenida en la cláusula arbitral, mediante la cabal ejecución de lo decidido⁵.

En definitiva, entre el sistema arbitral y el Poder Judicial debe existir una recíproca colaboración de manera que ambos trabajen para obtener el mismo fin, que no

⁵ Haro, José Vicente. La Justicia Arbitral y la justicia judicial, en: Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 166-168.

es otro que garantizar que los justiciables puedan acceder a una justicia sustantiva o material mediante la elección de mecanismos de solución de disputas que propicien razonamientos no formalistas o extremadamente positivistas.⁶

1.- Relaciones de coordinación

En efecto, estas relaciones de coordinación permiten lograr la instalación efectiva del tribunal arbitral, mediante la designación de algún árbitro cuando las partes no están de acuerdo, colaboración en la evacuación de pruebas que por su naturaleza no pueda ejecutar el tribunal arbitral, de manera similar la ejecución de medidas cautelares, decisión de la inhibición o recusación en caso de empate por los árbitros, y probablemente la más importante: la ejecución del laudo definitivo.

Si bien se ha reconocido de manera incuestionable que los árbitros ejercen función jurisdiccional, no es menos cierto que frecuentemente requieren el auxilio de la fuerza pública para lograr ejecutar ciertas decisiones y para tomar otras que garanticen la correcta instalación del tribunal, el cumplimiento de algunos actos del procedimiento y finalmente la ejecución de las decisiones del tribunal arbitral.

Estas relaciones de coordinación determinan que no puede pensarse en ambos sistemas, como esquemas contrapuestos, sino, que, por el contrario, como sistemas complementarios, cuyo normal funcionamiento redunda en beneficios para los particulares.

2.- Relaciones de control

a) El principio de la recurribilidad excepcional del laudo arbitral en la Ley

Lo primero que debemos tener en cuenta es que la tutela jurisdiccional de los derechos no es facultad exclusiva del Estado por intermedio del Poder Judicial. En efecto, es pertinente recordar que el artículo 253 de la Constitución expresamente señala que *“El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley...”*. De la disposición comentada se puede considerar que la Ley de Arbitraje Comercial es una de esas leyes a la que se refiere el artículo 253 y que los tribunales arbitrales, lo son, en los términos de esa norma.

⁶ Díaz-Candía, Hernando. El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje: Teoría general del arbitraje. Editorial Torino, Caracas, 2016, p. 231.

En consecuencia, podemos sostener que el Estado puede delegar en particulares *la tutela jurisdiccional* de los derechos en los términos y condiciones señalados por la Ley. En igual sentido, puede afirmarse que la ejecución forzosa de las decisiones de los árbitros o lo que es lo mismo, *la tutela coactiva de los derechos* frente a particulares, sí está reservada al Estado, por medio de los tribunales del Poder Judicial.

Así, las relaciones de control se plantean en dos momentos diferentes, bien mediante el ejercicio del correspondiente recurso de nulidad en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, y por las causales taxativamente contempladas en dicha Ley, o mediante la oposición al reconocimiento y ejecución del laudo, también por las causales establecidas en el artículo 49.

A los efectos del presente trabajo solo haremos algunas consideraciones sobre *el control judicial limitado del laudo* mediante la interposición del recurso de nulidad.

Si bien es cierto que, nuestra ley de arbitraje, reconoce el derecho a recurrir del laudo, ese derecho, a los efectos de lograr un equilibrio entre recurribilidad y aceptación, admite el derecho a recurrir, pero solo en forma parcial, ya que el único recurso judicial procedente es el recurso de nulidad.

En efecto, en este sentido compartimos plenamente la opinión del profesor ANDRÉS MEZGRAVIZ, quien, entre nosotros, ha destacado las características del arbitraje que fundamentan ese derecho parcial a recurrir del fallo, y en consecuencia la no aplicación al arbitraje de otros recursos procesales propios del Poder Judicial a los efectos de salvaguardar derechos fundamentales en juego, tales como el amparo constitucional y ahora el avocamiento.

En primer lugar, el profesor MEZGRAVIZ nos recuerda que el arbitraje de acuerdo a la Ley solo puede tener lugar en controversias sobre derechos disponibles, y es justamente eso lo que explica que la voluntad librantemente manifestada en un acuerdo de arbitraje no debe quedar a la merced de quien, habiendo sido desfavorecido por el laudo, invoque principios constitucionales que propiamente acabarían con la

Constitución e irían en contra de la voluntad libremente expresada en la cláusula de arbitraje⁷.

En segundo lugar, cabe destacar que cuando las partes se someten a arbitraje, renuncian voluntariamente a cualquier otro medio, pretensión, acción o recurso judicial, exceptuando el recurso de nulidad, por lo que ellas asumen como propia la decisión de los árbitros y consienten cualquier vicio distinto a los expresamente admitidos para fundamentar el recurso de nulidad.

También es importante tener en consideración que la referida renuncia no la hace una sola de las partes, ni se hace depender de la voluntad de una sola de ellas, sino que, por el contrario, es querida y aceptada por todas las partes que suscriben el acuerdo.

De igual manera, la renuncia no la hacen para disminuir sus derechos procesales, sino que la suscriben por cuanto las partes están convencidas de que comparativamente adquieren mayores beneficios, ya que la controversia sería decidida rápidamente, por personas que ellas mismas elijan y con una preparación mucho más amplia, por lo general, que la de los jueces del Poder Judicial.

Por último, debemos recordar que el recurso de nulidad es un mecanismo idóneo para tutelar y proteger cualquier derecho constitucional que las partes puedan considerar afectados, especialmente si, partiendo de lo anterior, consideramos que ellas al someter la controversia a la decisión de árbitros, expresamente han rechazado la idea de una decisión formalista, y han acogido una que favorece la pronta resolución del conflicto desde una perspectiva material o de fondo.

Esto que acabamos de exponer se ve reforzado por el hecho, según el cual, es perfectamente posible obtener la suspensión de los efectos del laudo si la parte recurrente lo solicita, y acompaña caución suficiente a los fines de evitar daños a la parte que pretende beneficiarse de dicha ejecución, lo cual vendría a impedir cualquier daño que una decisión francamente inconstitucional pueda causar.

⁷ Mezgravis, Andrés. Recursos contra el laudo arbitral comercial, en: Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 224-240.

b) El principio de la recurribilidad excepcional del laudo arbitral en los reglamentos de los centros de arbitraje

Todo cuanto venimos comentando adquiere mayor relevancia si observamos las vigentes normas que regulan esta materia en los reglamentos de los dos principales centros de arbitraje en Venezuela, por una parte, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC).

b.1) Reglamento CEDCA 2020

En efecto, el artículo 42.4 del reglamento CEDCA 2020, actualmente vigente, dispone que al someter su controversia a arbitraje según las normas del CEDCA, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y, específicamente, *renuncian a cualesquiera recursos a los que tuviere derecho, sin perjuicio de los permitidos en la ley aplicable al procedimiento arbitral.*

Debemos destacar que esta norma fue recientemente modificada, ya que anteriormente el artículo 40.4 se limitaba a señalar que al someter su controversia a arbitraje según las normas del CEDCA, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier laudo que se dicte y, específicamente, *renuncian a cualesquiera recursos a los que tuviere derecho.*

Al no haber dejado a salvo el recurso previsto en la Ley (nulidad), algún sector de la doctrina había sostenido que, con fundamento en esa norma, hubiera sido posible declarar inadmisibles cualquier recurso de nulidad, ya que expresamente las partes incluso estaban renunciando a la nulidad⁸. Sin embargo, esta postura, en defecto de alguna norma que expresamente permitiera la posibilidad de renunciar al recurso, sostiene que tal interpretación podría resultar inconstitucional, por lo cual asumimos como positiva la modificación que viene a reproducir el contenido de la Ley.

b.2) Reglamento CACC

Por su parte el reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas dispone en su artículo 75, de manera similar al RCEDECA 2020, que el

⁸ Saghy Cadenas, Pedro J. EL arbitraje institucional en Venezuela: Análisis comparado de los Reglamentos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, pp. 152-153.

sometimiento de las partes al arbitraje, implica que las ellas se comprometen a ejecutar sin demora alguna el laudo que se haya dictado y *renuncian a cualesquiera recursos salvo lo previsto en la Ley de Arbitraje*.

En efecto, actualmente ambos reglamentos tienen una regulación armónica, lo cual garantiza la seguridad jurídica y ratifica la idea de la *recurribilidad parcial del laudo arbitral*, lo cual se logra bien porque las partes así lo señalen expresamente en la cláusula, bien porque se hayan remitido al reglamento de alguno de los centros, o por la simple aplicación de la Ley para los casos de arbitraje independiente.

Expuestos los argumentos que justifican y explican la constitucionalidad del derecho parcial o limitado a recurrir del laudo solo mediante el ejercicio del recurso de nulidad, pasamos entonces a estudiar el amparo constitucional y la figura del avocamiento, ambos aplicados al arbitraje.

III. EL AMPARO CONSTITUCIONAL Y EL AVOCAMIENTO COMO INSTRUMENTOS DE IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

1.- El amparo constitucional contra decisiones judiciales

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA), dispone que la acción de amparo constitucional procede contra las decisiones de Tribunales de la República, que hayan sido dictadas fuera de su competencia, y siempre que las mismas lesionen derechos constitucionales.

Ha sido la jurisprudencia la encargada de determinar el alcance de esta norma. En ese sentido, mediante sentencia de fecha 12 de diciembre de 1989, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia determinó que la procedencia del amparo contra sentencia se fundamenta en la verificación de dos requisitos, a saber: (i) *que el Juez accionado, actúe fuera de su competencia, lo cual debe abarcar no sólo la incompetencia por la materia, valor o territorio, sino que también corresponde a los conceptos de abuso de poder o extralimitación de atribuciones, y ii) que esa actuación lesione o vulnere derechos o garantías constitucionales*.

En efecto, la doctrina ha señalado, sobre la frase “actuando fuera de su competencia”, que “*se ha extendido su ámbito a aquellas actuaciones judiciales donde se realiza un uso indebido de las funciones que le son atribuidas por la Ley, que llevan*

al juez a incurrir en un abuso de autoridad y por tanto en una violación de derechos constitucionales”⁹.

El referido criterio fue desarrollado por la Sala Político- Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de diciembre de 1999, en la cual dejó sentado que: *“Es razonable, por lo tanto, que se exija como requisito de procedencia del amparo contra sentencia, que la conducta del juez accionado, constituya un abuso de poder o una usurpación o extralimitación de funciones, que lesione simultáneamente un derecho constitucional”¹⁰.*

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido, sobre el amparo contra sentencias, que éste procede en los siguientes supuestos:

1) el tribunal haya actuado con abuso de autoridad, con usurpación de funciones o que se haya atribuido funciones que la Ley no le confiere; o 2) cuando su actuación signifique la violación directa de uno de los derechos o garantías constitucionales. Igualmente, en reiteradas ocasiones se ha definido el alcance que se le ha dado al concepto de incompetencia en estos casos, la cual no debe entenderse en un sentido procesal estricto (por la materia, valor o territorio), sino más bien en el aspecto constitucional, ya que “obrar fuera de su competencia” como requisito fundamental para la protección constitucional del derecho que se pretenda vulnerado, significa usurpar funciones por parte del juzgador que, por la Ley, no le han sido conferidas. Por tanto, es requisito sine qua non que, en la interposición de un amparo contra sentencia judicial, deba verificarse, en primer lugar, los requisitos ut supra mencionados.

a) El tribunal arbitral no es un tribunal de la República

El profesor ANDRÉS MEZGRAVIS ha sostenido que los tribunales arbitrales por más funciones jurisdiccionales que tengan, no son Tribunales de la República, ya que estos últimos son aquellos constituidos de conformidad con la Constitución, y las leyes y forman parte del Poder Judicial, no siendo posible recurrir a interpretaciones extensivas ya que este es el sentido técnico de las palabras expresadas por el legislador¹¹.

⁹ Chavero, Rafael *El Nuevo Régimen de Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood 2001. P. 497

¹⁰ Este criterio fue ratificado posteriormente, en sentencia del 2 de febrero de 2000.

¹¹ Mezgravis, Andrés. Op. Cit, p. 226

En este sentido, deberíamos entender por opuesto a la idea de Tribunales de la República, tribunales privados, constituidos principalmente por la voluntad de los particulares, tal y como sucede con el tribunal arbitral, en el que el tribunal o panel arbitral se constituye de acuerdo a lo pactado o establecido en la cláusula de arbitraje y solo en ausencia de esa voluntad, puede completarse la misma con lo dispuesto por la Ley.

b) El carácter extraordinario del amparo

Como hemos venido exponiendo se ha reconocido en el ámbito judicial una presunción según la cual, la mayoría de acciones o recursos tienen naturaleza subjetiva y en consecuencia resultan medios idóneos para la tutela constitucional de sus derechos y el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas, razón por la cual el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales ha reconocido expresamente como causal de inadmisibilidad de cualquier amparo constitucional, *cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes.*

Esas expresiones han sido interpretadas por la jurisprudencia, por lo menos desde la sentencia del 22 de abril de 1993, emanada de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en el sentido de sostener que el amparo constitucional no se puede convertir en un medio procesal sustituto del resto de los procesos judiciales existentes, lo cual sería inconstitucional.

En este caso, debemos señalar que existe un recurso judicial expedito y lo suficientemente amplio que permite la tutela constitucional de los derechos de las partes. El recurso de nulidad del laudo, previsto en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, sobre el cual se ha sostenido que, a pesar de ser taxativas las causales de procedencia, al mismo tiempo son lo suficientemente amplias para que en ellas se pueda subsumir cualquier eventual violación de derechos o garantías fundamentales, siendo muy difícil imaginar algún supuesto en el que se pueda violar un derecho o garantía fundamental y no pueda subsumirse en algunos de los supuestos del referido recurso de nulidad¹².

¹² Mezgravis, Andrés. Op. Cit, p. 230

En idéntico sentido se ha pronunciado RAMON ESCOVAR ALVARADO, quien ha sostenido que las causales de nulidad de los laudos y las causales de denegación de los laudos extranjeros, establecidas en las normas del sistema de arbitraje comercial venezolano constituyen el medio procesal plausible, sumario, idóneo y eficaz para garantizar la eficacia de los derechos procesales fundamentales (debido proceso y defensa), por lo tanto, en su opinión, están dados los supuestos para que el amparo sea declarado inadmisibile¹³.

c) La amenaza es de imposible realización por el imputado

El artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (LOA) es claro al señalar que el amparo será inadmisibile cuando la amenaza contra el derecho o la garantía constitucional no sea inmediata, posible y realizable por el imputado. En este sentido, los autores citados son contestes en sostener que por más inmediata y posible que pueda considerarse la amenaza que reporta el Tribunal Arbitral, la misma jamás podrá ser ejecutada por dicho tribunal, toda vez que es el Tribunal de ejecución quien, en tal caso, la ordenaría y llevaría a cabo. Lo que significa que la supuesta amenaza jamás podrá ser realizada por el tribunal arbitral, por lo que el amparo debería ser declarado improcedente.

d) El agraviado dio su consentimiento expreso

El amparo también resulta inadmisibile de conformidad con el artículo 6.4 de la LOA, cuando la acción u omisión, el acto o la resolución que violen el derecho o la garantía constitucionales *hayan sido consentidos expresa o tácitamente*. En virtud de este supuesto, es necesario recordar que el presupuesto fundamental de todo arbitraje es el consentimiento legítimamente expresado por las partes al momento de suscribir el acuerdo de arbitraje, razón por la cual, cuando las partes seleccionan el arbitraje como medio de solución de controversias, también están aceptando las normas sobre recurribilidad de laudos, por lo cual la parte presuntamente agraviada habría otorgado expresamente su consentimiento, lo que haría inadmisibile el amparo.

e) La admisión del amparo viola el principio de fungibilidad de los servicios jurisdiccionales.

¹³Escovar Alvarado, Ramón. Revisión judicial de actos dictados por Tribunales Arbitrales, en: Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández, Universidad Católica Andrés Bello, Volumen V, Caracas, 2012, p. 589.

La doctrina citada sostiene que el arbitraje comercial se erige como el mecanismo de resolución de controversias por excelencia en el comercio, y que su fundamento se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el cual -agregamos nosotros- en esta materia es tan importante, e incluso complementario del derecho a la defensa y a la tutela efectiva de sus derechos, por lo cual el análisis jurídico en esta materia debe realizarse con la debida deferencia por la institución arbitral, que en nuestro sistema cuenta con rango constitucional de conformidad con lo previsto en los artículos 253 y 258 de la Constitución.

2.- El avocamiento como medio de impugnación de un proceso arbitral

a) Consideraciones generales sobre el avocamiento

La institución procesal del avocamiento, constituye un mecanismo judicial que permite al Tribunal Supremo de Justicia, en cualquiera de sus Salas, atraer para sí cualquier proceso que curse por ante cualquier tribunal de la República. En el caso concreto de la Sala Constitucional, esta facultad extraordinaria se encuentra prevista en el artículo 25.16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia publicada en Gaceta Oficial N° 39.522 del 1 de octubre de 2010, según el cual dicha Sala es competente para avocarse en las causas en las que se presuma *violación al orden público constitucional*, tanto de las otras Salas como de los demás tribunales de la República, siempre que no haya recaído sentencia definitivamente firme.

Esta figura encontró por primera vez su regulación legal en el hoy derogado artículo 43.29 de la extinta Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, en la que se estableció que la Sala Político-Administrativa era competente para *solicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue pertinente*.

En ese sentido, la Sala Político-Administrativa interpretó que la potestad de avocamiento (prevista en el ordinal 29°) estaba consagrada como una facultad exclusiva de la Sala Político-Administrativa, al no encontrarse expresamente atribuida a otra Sala.

Esta potestad extraordinaria fue definida por la Sala Político-Administrativa como un *extraordinario mecanismo legal que le permite desviar a su favor, la*

*competencia natural de otros tribunales*¹⁴. Por medio de su uso, el Tribunal Supremo “*atrae para sí el conocimiento y decisión de un juicio que cursa ante otro tribunal de inferior jerarquía*”¹⁵.

Es, por tanto, un mecanismo cuya finalidad o consecuencia principal es desviar la competencia natural de los tribunales de la República, ya que sustrae un asunto de la competencia del inferior para llevarlo al conocimiento del Tribunal Supremo.

No obstante, luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró la nulidad por inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 43 de la LOCSJ, la cual, como vimos, reservaba de manera exclusiva y excluyente a la Sala Político- Administrativa la facultad de avocarse al conocimiento de asuntos que cursen ante otro tribunal de la República.

En la referida decisión, la Sala Constitucional dispuso que la potestad de avocamiento “*corresponde [...] a todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, según que el juicio curse en un tribunal de instancia de inferior jerarquía a la Sala que en definitiva decida examinar la petición...*”¹⁶. Agregando algunas consideraciones sobre los requisitos de procedencia de la solicitud de Avocamiento, al sostener que el ejercicio de esa potestad se justifica en casos *de manifiesta injusticia, denegación de justicia, amenaza en grado superlativo al interés público y social o necesidad de restablecer el orden en algún proceso judicial que así lo amerite en razón de su trascendencia e importancia*”.

De lo expuesto podemos advertir algunas características de esta especial institución procesal, la cual se rige por los siguientes principios: *(i)* proceden contra tribunales de la República, *(ii)* es una figura extraordinaria que solo procede en casos de manifiesta injusticia, *(iii)* es una competencia de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

¹⁴ Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 14 de agosto de 1996.

¹⁵ Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 24.04.02 (caso *Sintracemiento*).

¹⁶ Para un análisis más profundo sobre la inconstitucionalidad de esta interpretación puede consultarse la obra del profesor Brewer-Carias, titulada: *Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación*. Revista de Derecho Público N.º 105, enero-marzo 2006.

b) Aplicación del avocamiento al caso *Modexel*

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 42, publicada en fecha 20 de febrero de 2020, ordenó a un Tribunal Arbitral la remisión del expediente del caso a los fines de revisar la solicitud de avocamiento formulada por una de las partes, respecto a un proceso arbitral que se seguía ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

El solicitante del avocamiento, la sociedad mercantil Alimentos Polar Comercial, C.A., alegó la existencia de violaciones del orden público constitucional como consecuencia de presuntos “excesos” que habrían llevado a la “desnaturalización” de la función del Tribunal Arbitral.

En virtud de esas consideraciones, solicitó “*que se tomen las medidas a que hubiere a lugar para restituir el orden público constitucional*”, y en consecuencia que la referida Sala proceda al avocamiento en la causa que sigue en su contra la empresa Modexel Consultores E Servicios, S.A. (MODEXEL) ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA),

La Sala Constitucional, una vez revisada la solicitud en cuestión con los recaudos consignados, libró oficio dirigido al CEDCA, así como al Tribunal Arbitral, mediante el cual ordenó la remisión del expediente al Tribunal Supremo de Justicia y ordenó la suspensión inmediata de la causa y la prohibición de realizar cualquier acto de ejecución hasta que se decida el fondo del asunto, esto es, que resuelva la solicitud de avocamiento.

c) Improcedencia del avocamiento como mecanismo de impugnación de un proceso arbitral

La relevancia de este caso estriba en que es la primera vez que se utiliza el avocamiento como instrumento procesal para cuestionar las actuaciones de un Tribunal Arbitral, incluso antes de que se produjera el laudo definitivo, y en consecuencia creando un supuesto no previsto en la Ley, que es la impugnación del procedimiento de manera autónoma e independiente del laudo arbitral, actuación que consideramos contraria a los principios que hemos explicado a lo largo de este trabajo y que se

fundamentan en la autonomía de la voluntad de las partes, al decidir de forma autónoma e independiente mecanismos de solución de controversias distintos a los judiciales tradicionales.

c.1) Desconocimiento de la voluntad de las partes

En este sentido, nos parece importante destacar que muchas de las consideraciones que justifican la improcedencia del amparo constitucional contra el laudo arbitral, de igual manera nos permiten entender que el avocamiento tampoco constituye un mecanismo judicial idóneo en materia de arbitraje, ya que utilizarlo implica desconocer la voluntad libremente expresada por los suscriptores del acuerdo de arbitraje, que como hemos explicado a lo largo de estas líneas, implica la aceptación de las normas sobre recursos propios del arbitraje, renunciado al ejercicio de recursos judiciales ordinarios y extraordinarios.

c.2) Los tribunales arbitrales no son tribunales de la República

De igual manera queremos señalar que, como fue expuesto, el avocamiento puede ser ejercido en contra de *los demás tribunales de la República*. Así lo había ratificado la Sala Constitucional por medio de sentencia de fecha 05 de abril de 2004 (Caso *Maira Rincón Lugo*) en la cual la Sala señaló que para que se produjera el avocamiento, resulta necesario que “...*el asunto judicial curse ante algún otro Tribunal de la República, cualquiera que éste sea y con independencia de su jerarquía, competencia o su especialidad*”.

En efecto, al igual que en el caso del amparo contra actos judiciales, en el arbitraje no puede calificarse al Tribunal Arbitral como un tribunal de la República, en tanto no se constituye de acuerdo a las leyes de la República, no dicta el laudo por autoridad y en nombre de la República, los árbitros no son funcionarios públicos; sino todo lo contrario, lo que activa la constitución y funcionamiento del tribunal arbitral, nuevamente, es la voluntad de las partes de someter su controversia a arbitraje, excluyéndola de la jurisdicción ordinaria.

Incluso todo esto ha dado pie a calificar al arbitraje como una suerte de justicia privada, siendo que ese carácter privado es totalmente opuesto al pretendido de tribunal de la República, al igual que sucede en los arbitrajes internacionales. En efecto, el

Rosnell V. Carrascol Baptista

criterio de tribunal de la República se opone al de tribunal extranjero, al igual que al de tribunal arbitral (privado).

Estas consideraciones, en nuestra opinión, son suficientes para entender que el avocamiento, al igual que el amparo no pueden entenderse como mecanismos idóneos para canalizar la impugnación del procedimiento arbitral y del laudo, respectivamente.

CONCLUSIONES

1. Entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria debe existir armónicas relaciones de coordinación y control, que garanticen el descongestionamiento del Poder Judicial y en consecuencia el establecimiento definitivo del arbitraje como el mecanismo típico de resolución de controversias por parte de los comerciantes.

2. Existe un verdadero derecho fundamental al arbitraje, cuyo fundamento principal es la tutela efectiva de los derechos, y el mecanismo idóneo a los fines de garantizar los derechos constitucionales de la parte perdedora en un procedimiento arbitral es el recurso de nulidad en contra del laudo y no los procedimientos constitucionales, que favorecen el intervencionismo judicial en el arbitraje.

3. No existen razones que justifiquen la interposición y admisión del amparo contra decisiones judiciales como medio de impugnación de laudos arbitrales, y cualquier interpretación en contrario atenta contra la justicia arbitral y en consecuencia contra el sistema de justicia, del cual el arbitraje es parte fundamental.

4. Similares razones, indican que el avocamiento, como mecanismo procesal para impugnar, ya no el laudo, sino el procedimiento, se erige en un atentado al arbitraje que debe ser rechazado, mediante el redimensionamiento de los efectos procesales del acuerdo de arbitraje, que persiguen extraer el conocimiento y solución del conflicto de la justicia ordinaria, y someter a las partes a las normas especiales sobre impugnación de laudos, que se refieren por una parte al recurso de nulidad y por la otra a la oposición a la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

- BREWER-CARIAS, Allan. *Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la Interpretación Constitucional a la Inconstitucionalidad de la Interpretación*. Revista de Derecho Público N.º 105, enero-marzo 2006.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional: Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*. UCAB, Caracas, 2000.
- CHAVERO, Rafael *El Nuevo Régimen de Amparo Constitucional en Venezuela*. Editorial Sherwood 2001.
- CONEJERO ROOS, Cristian. *La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?*, en: *Revista chilena de derecho privado*. Universidad Diego Portales, Chile, 2006.
- DIAZ-CANDIA, Hernando. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje: Teoría general del arbitraje*. Editorial Torino, Caracas, 2016.
- ESCOVAR ALVARADO, Ramon. *Revisión judicial de actos dictados por Tribunales Arbitrales*, en: *Libro homenaje al profesor Alfredo Morles Hernández*, Universidad Católica Andrés Bello, Volumen V, Caracas, 2012.
- HARO, José Vicente. *La Justicia Arbitral y la justicia judicial*, en: *Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.
- HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio. *Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental*, publicado en *Arbitraje Comercial Interno e Internacional*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Eventos, Caracas.
- MEZGRAVIS, Andrés. *Recursos contra el laudo arbitral comercial*, en: *Seminario Sobre la Ley de Arbitraje Comercial*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999.

Rosnell V. Carrascol Baptista

SAGHY CADENAS, Pedro J. EL arbitraje institucional en Venezuela: Análisis comparado de los Reglamentos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.