



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Derecho Procesal
Área del conocimiento: Procesal Civil

**ANÁLISIS DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL
VENEZOLANO**

Trabajo especial presentado para optar al título de especialista en derecho
procesal civil

Autor: Frederick Villamizar; C.I. N° V-18.173.328

Tutor: Dr. Hernando Díaz-Candia

Ciudad Universitaria de Caracas, diciembre 2014

ÍNDICE GENERAL

Resumen.....	4
Introducción.....	7
Capítulo I:	
1.1. Consideraciones preliminares e históricas en relación a la prueba en el arbitraje venezolano.....	10
1.2. Definición de arbitraje en la doctrina y jurisprudencia.....	17
1.3. El arbitraje como medio de resolución de conflictos en el sistema de justicia venezolano.....	27
1.4. ¿Son ajenos al arbitraje las instituciones fundamentales del derecho procesal como la acción, proceso y jurisdicción?.....	31
Capítulo II:	
2.1. Referencia a la prueba; concepto.....	37
2.2. Algunos principios procesales que identifican a la prueba con el procedimiento arbitral contenido en la ley de arbitraje comercial de Venezuela:	
2.2.1. Igualdad.....	39
2.2.2. Competencia.....	40
2.2.3. Publicidad discrecional.....	41
2.2.4. Congruencia.....	43
2.2.5. Libertad probatoria.....	45
2.2.6. Exhaustividad probatoria.....	46
2.2.7. Control de la prueba.....	48
2.2.8. Comunidad de la prueba.....	49
2.2.9. Inmediación.....	51
2.2.10. Contradicción.....	53
2.2.11 Probidad probatoria.....	55
2.3. La prueba y su presencia en las diversas etapas del arbitraje.....	56

2.3.1 La prueba y su inserción dentro del acta de misión o de términos de referencia.....	58
---	----

2.4 Aproximación a la flexibilidad probatoria arbitral.....	64
---	----

Capítulo III

3. Promoción y evacuación de pruebas en el procedimiento arbitral comercial en Venezuela

3.1. De la promoción de pruebas.....	72
--------------------------------------	----

3.2. De la evacuación de las pruebas.....	77
---	----

3.2.1. Breve referencia a la institución.....	77
---	----

3.2.2. De la prueba de testigos.....	81
--------------------------------------	----

3.2.3. De la evacuación de testigos en el arbitraje.....	82
--	----

3.2.4. La prueba de experticia.....	89
-------------------------------------	----

3.2.5. De la evacuación de la experticia en el arbitraje.....	91
---	----

3.2.6. De la prueba documental.....	95
-------------------------------------	----

3.2.7. De la evacuación de la prueba documental en el arbitraje.....	96
--	----

3.3. Colaboración de los tribunales ordinarios

en la práctica de las pruebas.....	99
------------------------------------	----

3.4. De la confesión ficta en el arbitraje.....	103
---	-----

3.5. El traslado de la prueba.....	111
------------------------------------	-----

Capítulo IV

4. La valoración de la prueba.....	115
------------------------------------	-----

4.1. Sistema de valoración de la prueba.....	117
--	-----

4.2. Valoración de la prueba en el arbitraje.....	118
---	-----

Conclusiones.....	127
-------------------	-----

Glosario de abreviaturas.....	131
-------------------------------	-----

Referencias bibliográficas.....	132
---------------------------------	-----

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Post Grado
Especialización en Derecho Procesal
Área del Conocimiento: Procesal Civil

ANÁLISIS DE LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL VENEZOLANO

Autor: Frederick Villamizar CI: V-18.173.328

Fecha: Diciembre, 2014

RESUMEN

El presente investigación contiene una selección de carácter doctrinaria y jurisprudencial, recopilatoria de los principales reglamentos de los centros de arbitraje en Venezuela y otros de los más importantes del mundo, cuya base permitirá el estudio global del tema de la prueba en el procedimiento arbitral venezolano. El propósito fundamental del presente trabajo es afianzar la propia naturaleza del arbitraje en cuanto a la simplificación de sus formas y como ello es compatible frente a la esencia de la prueba en cada uno de sus momentos (promoción, evacuación y valoración) para formar la idea de la “flexibilidad probatoria arbitral”. Fue necesaria la construcción de un marco teórico para fundamentar la investigación, la cual comprende antecedentes, bases teóricas y legales. El marco metodológico será analizado bajo un estudio de tipo documental. Se estableció un análisis pormenorizado de la doctrina autorizada en la materia y la jurisprudencia venezolana relacionada al tema.

Descriptores: arbitraje, prueba, flexibilidad probatoria, procedimiento arbitral, arbitraje institucional e independiente, acuerdo de arbitraje, orden público.

Central University of Venezuela
Faculty of Law and Political Science
Graduate Studies Center
Specialization in Procedural Law
Knowledge Area: Civil Procedure.

ANALYSIS OF THE TRIAL IN THE VENEZUELAN ARBITRARY LAW PROCEDURE

Author: Frederick Villamizar ID: V-18.173.328

Date: December, 2014.

SUMMARY

The following investigation beholds a doctrinaire and jurisdictional selection, compilation of the principle rules of the arbitration law centers in Venezuela and other of the most important ones of the world, which basis will allow the global study of the subject of the trial in the Venezuelan arbitrary law process. The main purpose of this project is to support the own nature of the arbitration when it comes to simplify its shapes and how is it compatible against the essence of the trial on each of its moments (promotion, evacuation and assessment) to form the idea of “arbitration proof flexibility”. It was necessary the construction of a theoretical framework to back up the investigation that includes background, theoretical and legal basis. The methodical framework will be analyzed under a documentary type study. It was established an analysis giving the details of the authorized doctrine of the Venezuelan jurisdictional matter related to the theme.

Key words: arbitration law, trial, proof flexibility, arbitrary law procedure, institutional and independent arbitration law, arbitrary law agreement, public order.

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, es necesario agradecer a Dios por ser la principal fuente de inspiración en mi vida, tanto en lo personal como en lo profesional. A mi familia, por ser el impulso, apoyo y la motivación para crecer día a día frente a las circunstancias y los nuevos retos.

De igual forma, un reconocimiento a mi tutor el Dr. Hernando Diaz- Candia por su valiosa ayuda y compromiso, sus consejos y conocimientos fueron determinantes en el rumbo y la factibilidad de la presente investigación. También, quiero agradecer especialmente a la Dra. Irene Loreto González, por representar uno de los pilares fundamentales en mi crecimiento académico y personal.

Igualmente una especial mención a María Fernanda Arteaga Flamerich por su invaluable apoyo y comprensión. Por último y no menos importante, a mi segunda casa, la Universidad Central de Venezuela, un lugar simplemente mágico, cuna del conocimiento y de la pluralidad a quien me debo hoy y siempre como uno de sus hijos.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje se ha colocado en la palestra actual de los medios alternativos de resolución de conflictos. La realidad mundial y más específicamente la de Venezuela, no escapa a este medio, el cual, con suficientes credenciales, se ha posicionado como un medio eficaz y útil para quienes se sirven de él. Representa, además, una institución confiable y un mecanismo capaz de satisfacer las mismas necesidades ventilables frente a un tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Dentro de todo proceso arbitral, tal como acontece en otros de corte civil, administrativo, penal o laboral por ejemplo, el ejercicio de la prueba constituye la base fundamental de todo juicio. Es precisamente esta institución la llamada a demostrar plenamente la veracidad o no de los hechos ventilados en la controversia. Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden de manera pacífica en que la prueba es una de las esferas más trascendentales del derecho y la columna vertebral de todo proceso.

Ante lo anterior, debe tenerse presente que el arbitraje reviste una flexibilidad intrínseca que no es incompatible con el concepto de orden público ni acarrea el desconocimiento del derecho aplicable¹. Esa característica representará, en gran parte, la esencia de la presente investigación y cómo ella puede corresponderse con la institución probatoria en todas y cada una de sus etapas, sin que ello signifique un sacrificio inadecuado de las formalidades esenciales que deben cubrirse para su validez.

Interesante se presenta en la práctica la realidad procedimental en el arbitraje en contraposición a la jurisdicción ordinaria. La prueba es un vivo

¹ DÍAZ-CANDIA, Hernando. "El Correcto funcionamiento expansivo del arbitraje" (Teoría general del arbitraje). Editorial Legis 2° Edición. 2013. p.13.

ejemplo de la distancia existente entre ambos sistemas, que aun revestidos de funciones jurisdiccionales, se sirven de medios y formas distintas para alcanzar la finalidad de la Justicia para sus administrados.

En concordancia con el preámbulo señalado, la presente investigación se compone de cuatro capítulos los cuales se estructuran de la siguiente forma:

En el Capítulo I se pretende realizar una primera aproximación histórica que pueda enlazar al arbitraje como medio de resolución de controversias, respecto a la Teoría General Pruebas, ambos tópicos, en sus respectivos contextos y antecedentes. De igual forma, a los fines de entender el arbitraje comercial, se procederá a conocer su noción y naturaleza frente a las aproximaciones brindadas por la doctrina y jurisprudencia venezolana. En vista de que el procedimiento arbitral se nutre de gran parte de instituciones procesales clásicas, se determinará si en definitiva se puede afirmar la existencia de conceptos como acción, jurisdicción y proceso dentro del tema en estudio.

En el Capítulo II, se definirá la institución de la prueba mediante un pasaje breve que contemple las visiones más resaltantes de la doctrina local y comparada. En aras de obtener una comprensión global sobre investigación, se analizarán algunos de los principios procesales relacionados a la prueba que pudieran desprenderse de la propia ley de arbitraje comercial de Venezuela. Posteriormente, se observará la forma en cómo actúa la prueba dentro de las distintas fases sobre las cuales transcurre el arbitraje con especial referencia a su estipulación en el acta de misión o de términos de referencia. Por último, en este segmento, se propone como uno de los puntos centrales de la investigación brindar una aproximación al concepto de “flexibilidad probatoria” en el marco del procedimiento arbitral comercial.

En el Capítulo III, se prestará debida atención a la forma en cómo deben ser promovidas las pruebas en los procedimientos arbitrales, haciendo un cotejo

entre la práctica común procesal y la visión de la doctrina calificada en la materia, sobre las particularidades que pudieran ser propias del arbitraje en este momento de la prueba. A continuación se efectuará el mismo análisis respecto a la evacuación de las pruebas, esta vez sobre la base de tres medios de prueba en particular: los testigos, la experticia y la prueba documental. Igualmente, se observará la forma en cómo se materializa la intervención de los tribunales de la jurisdicción ordinaria en la práctica de las pruebas que han sido promovidas en sede arbitral. Finalmente en el marco de este capítulo y a modo complementario se determinará la pertinencia o no de otras instituciones clásicas del derecho procesal, casos particulares de la confesión ficta y el traslado de las pruebas.

En el Capítulo IV, la investigación transcurrirá a través de la valoración de la prueba. Se definirá en primer lugar dicha fase y se establecerá el sistema de valoración de pruebas para entender su aplicación en el campo del arbitraje, para determinar si la flexibilidad en este medio de resolución de controversias es posible o aplicable al momento en el cual el árbitro proceda a apreciar cada una de las pruebas presentadas a su análisis.

CAPÍTULO I

1.1- Consideraciones preliminares e históricas en relación a la prueba en el arbitraje en Venezuela

El arbitraje, sin duda alguna, ha recorrido grandes pasajes de la historia. No en vano ha sido considerado como el primer medio utilizado por el hombre para administrar justicia. Es necesario advertir, sin embargo, que dichos antecedentes se han centrado a lo largo de la historia, fundamentalmente, en el arbitraje de equidad,² hoy en día contrapuesto al arbitraje de derecho.

En los primeros tiempos, el hombre vivía de manera muy rudimentaria y ello se reflejaba no sólo en la satisfacción de sus necesidades más básicas, sino además en la forma en cómo dirimían sus propios conflictos. La costumbre era la principal fuente que regía todas y cada una de las relaciones que invitaba a resolverlas en caso de discrepancia a través de “un tercero imparcial” cercano a las partes involucradas.

El uso del arbitraje en sentido primitivo puede tener orígenes que para la sociedad moderna pudieran parecer impensados. En la propia Biblia en el pasaje del Libro Génesis (capítulo XXXI, números 35 a 37), en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que ‘pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos’.³

De igual forma, se tienen registro de que en la antigua Grecia los mercaderes acudían al arbitraje para solucionar sus disputas comerciales. Casos

² ANZOLA J. ELOY. “Reseña histórica del arbitraje comercial en Venezuela publicación con ocasión del libro homenaje a los 15 años de la promulgación de la ley de arbitraje comercial de Venezuela “El Arbitraje en Venezuela”. Caracas. 2013. p.21 Tomado de Británnica Great Books, Libro I, Capítulo XIII, 1374b, en The Works of Aristotle, volumen II, tomo 9, , 1952, p. 619.

³ OGÁYAR, Tomás: El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 38).

famosos como el de Demóstenes, quien relata que en Atenas Solón emitió leyes referentes al arbitraje, cuya decisión (laudo) no era susceptible de recurso alguno. Aristóteles por ejemplo, llegó a mencionar una frase que expresaba: “*preferirse el arbitraje antes que el juicio, porque el árbitro busca la equidad, mientras el juez el Derecho, por eso se encontró al árbitro para que se aplique la equidad*”⁴. Esa idea denotaba una alta aceptación y aprecio del arbitraje por quien fuera uno de los más grandes pensadores del mundo antiguo.

La doctrina más autorizada considera que es en el derecho romano donde la institución del arbitraje adquirió raíces propias⁵. En los primeros tiempos de Roma, no existía ninguna institución judicial oficial que se encargara de resolver las diferencias entre los ciudadanos⁶. Surgió así la institución arbitral, caracterizada por la presencia de un tercero imparcial que conocía del caso y planteaba una solución que debía ser acogida por los litigantes. El *Paterfamilias*, figura ampliamente conocida en el derecho romano, fue el primer sujeto quién fungió inicialmente como árbitro⁷. En una segunda etapa, las partes acudían al árbitro en el marco de las *Ordalías*, haciendo de ésta una ceremonia más de carácter religiosa; hasta un tercer momento donde la institución arbitral se convirtió en una herramienta que se deslindó de patrones sociales y religiosos de la época, haciéndolo independiente de sus formalismos.

El derecho romano transcurrió ciertamente por varias etapas. Con el paso de cada una de ellas fue surgiendo la necesidad de una mayor organización institucional en el Imperio, debido al natural incremento en las disputas de sus ciudadanos y de la necesidad de Roma de controlar aún más el destino

⁴ DIAZ-CANDIA, Hernando. El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje. op. cit. p.3

⁵ MURGA, J.L. (1989). Derecho Romano Clásico II. El proceso. Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Tercera Edición, Zaragoza, pp. 21 y 22. D'ors, A. (1997). «El arbitraje jurídico».

⁶ CASTILLO FREYRE. Orígenes del arbitraje. Lima, Perú (2004) p.2 Ver en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf.

⁷ FREIXAS-PUJADAS, J. (1980). “Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho Romano”. En *Revue International des Droits de l'Antiquité*, p. 163.

de los particulares. El arbitraje (*compromissum*) se mantuvo vigente a lo largo del Imperio Romano. Quizás fue en las etapas postclásica (284 d.C. – 476 d.C.) y Justiniana (476 d.C. – 565 d.C.) donde este medio de resolución de conflictos tuvo un tratamiento más relegado hacia el ámbito privado. Sólo tuvo como norte objetivo la resolución del hecho principal que se sometía a este, sin mirar otros aspectos procedimentales; lo cual pudo haber propiciado la aparición tardía de diversas figuras procesales ya luego de las etapas republicana o preclásica (367 a.C. – 27 a.C.) y clásica (27 a.C. – 284 d.C.) ya que la jurisdicción ordinaria romana como ya se mencionó, tuvo su origen en el propio arbitraje.⁸

Ya hacia el año 1265, la Ley XXIII, Título IV de la III Partida de Alfonso X el Sabio, al hablar de los árbitros de derecho (denominados en aquel entonces *avenidores*) contemplaba la importancia de la recepción y análisis de éstos de la prueba presentada por las partes a la hora de dictar una decisión sobre el conflicto sometido a su consideración:

...” Árbitros en latín tanto quiere decir en romance como jueces *avenidores* que son escogidos et puestos de las partes para librar la contienda que es entre ellos; et estos son en dos maneras: la una es cuando los homes ponen sus pleitos et sus contiendas en manos dellos que las ayan et los libren segunt derecho; entonces decimos que tales *avenidores* como estos desque resbieren et otorgaren de librarlos así, que deben andar adelante por el pleito también como si fuesen jueces ordinarios faciéndolos comenzar ante si por demanda et por respuesta, ***et oyendo et recibiendo las pruebas et las defensiones et las razones que ponen cada una de las partes; et sobre todo***

⁸ CASTILLO FREYRE. op. cit p.4.

deben dar su juicio afinado segunt entendieren de lo que deben facer en derecho...⁹

A modo de reseña histórica, en Venezuela el arbitraje desde la óptica procesal ha tenido un particular camino, cuyo influjo europeo, derivado de la línea temporal romana y española, pasando a su vez por la revolución francesa, hizo que una vez nuestro país separado de la Gran Colombia adoptara en sus primeras instituciones adjetivas la figura del arbitraje. Al promulgarse la constitución de 1830 se incluyeron de manera prácticamente inédita disposiciones que patrocinaban el arbitraje. Era caso del artículo 190, el cual expresaba en líneas generales que “los venezolanos tienen la libertad de terminar sus diferencias por árbitros (...) con tal que se observen las formalidades legales (...)” Sin embargo el problema más común para aquel entonces radicaba como ejecutar los laudos emitidos, ya que no existía como hoy en día la naturaleza coactiva para hacer cumplir dichas decisiones. En el mismo sentido, el texto de la constitución de 1857 guardó el espíritu de la disposición anterior.¹⁰ Dichas normas tuvieron un claro influjo de la constitución española de 1812. Hacia los años 1832-1833, los propios herederos de Simón Bolívar dirimieron gran parte de sus diferencias respecto a la sucesión que cursaba en la época mediante arbitraje, lo que configuró una de las manifestaciones iniciales del denominado “arbitraje testamentario”.

En octubre de 1832, un tribunal arbitral compuesto por cuatro destacados miembros del foro caraqueño, con un voto salvado, dictó un laudo por el que resolvió una disputa entre las hermanas del Libertador sobre la validez y el monto de una donación que por 30.000 pesos había dejado Simón Bolívar a su hermana Juana. Se dispuso que debía pagarse con el producto de la

⁹ BELÉN IBOLEÓN, María: El Proceso Arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo. Editorial de la Universidad de Granada. España .p.14 Véase también en <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/19966/1/20151299.pdf>.

¹⁰ ANZOLA J. Eloy. op. cit p. 50.

venta de las Minas de Aroa. María Antonia, su otra hermana, cuestionó la autenticidad del documento y, además, disputó la cuantía de la liberalidad. Los árbitros se inclinaron por validar la donación, pero limitaron su monto apegándose a una restricción establecida en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, dictadas en el siglo XIII.¹¹

Desde ese entonces, las pruebas resultaron vitales para el esclarecimiento de tal conflicto ya que en dicho arbitraje se valieron de la práctica de una experticia, la cual permitió interpretar verdaderamente el valor de quinientos (500) maravedíes, cantidad máxima ésta permitida en dichas partidas para liberalidades que no estuvieran contempladas en documento auténtico. Una labor sin duda alguna complicada, vista la tarea de calcular el valor real de cambio de los maravedíes y los pesos.¹² Sin detenernos en el desarrollo arbitral a través del Código de Aranda de 1836 y sus posteriores modificaciones, en plenas funciones del aquel entonces presidente de la República, el Dr. José María Vargas, la institución en estudio se mantuvo prácticamente incólume hasta los códigos de procedimiento civil de 1897, 1904 y 1916. En la norma adjetiva de 1897, por ejemplo, el arbitraje estaba totalmente supeditado al deseo de los particulares de acudir a esa vía o no, sin importar que estuviera firmada anteriormente una cláusula arbitral.

Quien quisiera activar esta última, debía asistir a los tribunales ordinarios y citar al adversario para saber si éste convenía en arbitraje el conflicto planteado, pero si el citado no deseaba transitar por dicha vía, automáticamente el procedimiento se desechaba, hecho éste que actualmente no se corresponde con la realidad de los sistemas arbitrales. Arminio Borjas, sostenía que en la norma de 1916 (que mantuvo en esencia

¹¹ ANZOLA J. Eloy y ZUMBIEHL, Frédéric. "El Tribunal Supremo de Justicia riñe con el Arbitraje". Publicado por la Asociación Venezolana de Derecho y Economía, Venezuelan Law and Economics Association (VELEA). Caracas, 2005. p. 1-2.

¹² ANZOLA J. Eloy. op.cit pp. 55-56.

las disposiciones arbitrales de los códigos de 1897 y 1904), "...el compromiso arbitral no obligaba a los compromisarios desde el mismo momento de su celebración, sino que era necesario ratificar la promesa ante la autoridad judicial".¹³

Lo anterior, no es otra cosa que la ratificación en aquella época, en negarle a los contratos la fuerza y valor que merecen frente a las partes y lo que sin duda representó un atraso en comparación a otros ordenamientos jurídicos en el mundo. Caso característico el de España que investía a los compromisos arbitrales de obligatoriedad, gracias a la estipulación adicional de una cláusula penal que era un sustituto natural de la llamada indemnización por daños y perjuicios en que se incurre por el incumplimiento de las obligaciones.

Quizás Venezuela a lo largo del siglo XIX no mantuvo un buen recuerdo de la figura arbitral, ya que las experiencias obtenidas en los famosos arbitrajes limítrofes del Golfo de Venezuela y más tarde sobre la llamada "zona en reclamación", hicieron presagiar un comportamiento tan renuente del legislador de la época. Ejemplo palpable de ello respecto al conflicto limítrofe con Guyana se reflejó respecto al tribunal arbitral constituido sin representación de Venezuela como parte afectada. Participaron dos (2) jueces británicos designados por Gran Bretaña, dos (2) norteamericanos designados por Venezuela y como Presidente del Tribunal Arbitral estaba el canciller ruso Federico Martens. En este procedimiento, hubo un arreglo anglo-norteamericano, tras la insistencia de Gran Bretaña que expuso que ningún juez británico se sentaría al lado de un "jurista de color". Venezuela es "...obligada a admitir ser representada por Estados Unidos debido a que

¹³ BORJAS, Arminio, Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano, tomo V, 3ª Ed., Caracas 1964,p.11.

sí no accedía a esta condición, el gobierno Inglés amenazaba en llevar la frontera hasta la boca del Orinoco”¹⁴.

Más tarde, con la entrada en vigencia del código de procedimiento civil de 1987, nos adentramos a nuevos tiempos en esta materia, donde se empieza a reflejar la importancia del compromiso arbitral entre las partes, a diferencia de los códigos precedentes ya mencionados y donde se afianzan además instituciones procesales clásicas como las pruebas. Se contempla de forma expresa la apertura de una articulación probatoria cuando el demandado contradiga la obligación que se pretende, según establece sus artículos 611 y 614 párrafo cuarto de la prenombrada norma.

Este tipo de arbitraje, de corte estrictamente civil, podría considerarse limitado, ya que cualquier interpretación que existiere sobre la práctica probatoria, debía circunscribirse únicamente bajo el alcance de las disposiciones establecidas en el código de procedimiento civil y su remisión a la norma sustantiva correspondiente.

Indudablemente, los grandes acontecimientos en este campo en el siglo XX, tal como el protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje de 1923, los grandes avances en materia arbitral en Estados Unidos en la ley federal de arbitraje de 1925, la creación de instrumentos normativos derivados del nacimiento de las Naciones Unidas en la Convención de San Francisco de 1945 como la Convención de Nueva York de 1958. En relación al proceso, esta última convención únicamente proporciona reglas sobre la carga de la prueba y los documentos que deben de ser presentados por la parte solicitante. No dice nada sobre otros asuntos procesales.

Así como la Convención de las Naciones Unidas para el derecho mercantil Internacional, fue creando el marco jurídico ideal para una transformación

¹⁴ RODRÍGUEZ Nuvia. Historia del problema limítrofe de Venezuela en la Guayana Esequiba y algunas reflexiones pertinentes al caso Consultado en: <http://alainet.org/active/49961&lang=es>.

global progresiva sobre el arbitraje, nuestro país no escapó de ello. Es en 1998, con la promulgación de la ley de arbitraje comercial y posteriormente, la Constitución de 1999, cuando se inicia un nuevo recorrido para este medio de resolución de conflictos. En materia de pruebas, el capítulo IV, en lo referente al “procedimiento arbitral”, establece en sus artículos 24 y 27, la amplitud con la cual las pruebas pueden ser sustanciadas en el marco de dicho procedimiento (sugeridas especialmente para los arbitrajes de corte independiente).

El espectro que abrió la ley de arbitraje en este punto, no sólo ha representado la oportunidad perfecta para el cuestionamiento definitivo acerca de la sumisión absoluta o no de la prueba y su transcurrir en el proceso como reflejo de lo establecido en el código de procedimiento civil, sino que además ha propiciado múltiples debates en la doctrina y la adaptación progresiva de los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país. La simplificación de las formas, parece una bandera cuya finalidad no sólo pretende convertirse en un fin práctico para la materia sino la respuesta real a los nuevos cambios que sufre el derecho en la actualidad.

1.2 Definición de arbitraje en la doctrina y la jurisprudencia

Una vez realizada la inducción previa, en los antecedentes históricos del arbitraje, obligatorio resulta definir una institución cuya utilidad es cada vez más evidente para la sociedad. Con fines prácticos, ha de advertirse que la materia bajo análisis será referida desde su óptica comercial, sin menoscabo de otras manifestaciones de arbitraje que permitan ampliar y complementar la presente investigación.

El arbitraje, en la actualidad, representa uno de los instrumentos más idóneos para la resolución de los conflictos en el mundo del derecho moderno. A pesar de la plena vigencia del aparato de justicia del estado, no se debe olvidar que el arbitraje es incluso más antiguo a la propia existencia

del primero y que hoy en día, producto de la globalización y la expansión de las relaciones comerciales en general, lo convierte en una plataforma sostenible y confiable.

En palabras de Hung, el arbitraje es aquella institución conforme a la cual dos o más personas, en el ejercicio de la facultad que les confiere la autonomía de su voluntad, acuerdan someter a uno o varios árbitros la solución de un conflicto jurídico determinado que versa sobre materia de la cual tengan libre disposición y, paralelamente, se obligan a cumplir con la solución acordada por los árbitros; teniendo tal solución fuerza ejecutiva¹⁵. Henríquez, sostiene además que el arbitraje es una institución jurídica-compuesta. Está integrada por el acuerdo de arbitraje y por el proceso arbitral. Estos dos elementos se confunden en una única realidad jurídica, sin que haya preponderancia de uno sobre el otro.¹⁶ Ambos momentos determinan una funcionalidad determinante en la vida del arbitraje, cumpliendo objetivos concretos “(...) por lo que puede decirse que el requerimiento del consentimiento de las partes va degradándose o disminuyendo mientras más se acerca la emisión y eventual ejecución del laudo”¹⁷. El arbitraje es siempre un medio alternativo de resolución de controversias. Cuando se habla de un medio alternativo, el punto de referencia es siempre la jurisdicción ordinaria. Es decir, la manera habitual prevista en cualquier legislación local o tratados internacionales vigentes para dirimir los conflictos entre personas naturales o jurídicas.¹⁸

En concordancia con lo anterior, en el arbitraje, puede resaltarse algunos rasgos que bajo cualquier situación a la cual sea sometida su aplicación, la institución se mantiene incólume. En primer lugar, resalta el hecho de ser en

¹⁵ HUNG, Francisco, Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, XXVI Jornadas J.M. Domínguez Escovar, p.111.

¹⁶ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. El Arbitraje Comercial en Venezuela. Segunda Edición. Caracas 2014. P.20

¹⁷ DIAZ-CANDIA, Hernando. El correcto funcionamiento expansivo del Arbitraje (Teoría General del Arbitraje). 2º Edición. Editorial Legis. Caracas 2013. p.10.

¹⁸ ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. Manual de arbitraje Comercial. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 2011. p. 17.

si mismo **“un medio”** ya que simboliza una herramienta eficaz para resolver controversias de diversa naturaleza, canalizado a través de un proceso arbitral, el cual resguarda todas y cada una de las garantías constitucionales, entre ellas, el debido proceso, la defensa y tutela efectiva a las partes involucradas en el conflicto. El ideal de justicia, es alcanzado tal como sucede en la jurisdicción ordinaria, puesto que al árbitro se le encomienda la labor de decidir sobre el fondo del conflicto, emitiendo para ello la fórmula equivalente a una sentencia, denominada “laudo”.

En segundo lugar, la doctrina le brinda **al arbitraje la condición de “alternativo”** a la jurisdicción ordinaria. A pesar que gran parte de los tratadistas mantiene como pacífico dicho calificativo, es necesario realizar algunas afirmaciones al respecto. Existen quienes sostienen que no es del todo apropiado guardar siempre el vocablo de alternativo cuando de arbitraje se trata.

En ese sentido, Roque Caivano una de las más autorizadas voces en Latinoamérica respecto al arbitraje, en una serie de conferencias realizadas en la Universidad Monteávila en Caracas en el año 2012, afirmaba que el arbitraje no necesariamente debe ser visto como alterno ya que frente a la justicia ordinaria este medio tiene el mismo nivel de importancia en cuanto a la utilidad y los fines que persigue, tal como se observa en Venezuela con su consagración constitucional en los artículos 253 y 258.

Reforzando lo anterior, cuando las partes deciden someterse al arbitraje, sea cual sea su naturaleza, la “alternabilidad” no resulta un concepto del todo apropiado, ya que el carácter contractual que reviste a este medio, hace que en ese momento, los involucrados en el, hayan visualizado una *idoneidad* evidente sobre el modo de resolver sus diferencias, produciendo, en consecuencia, que la jurisdicción ordinaria sea relegada a un segundo plano. No debemos olvidar que estamos frente a un instrumento que es

autosuficiente respecto al grado del conocimiento de la materia que se somete a su examen, lo que incluye, por supuesto, la determinación de los derechos y obligaciones de las partes involucradas en dicho proceso.

Pero, como se verá más adelante, la gran limitante del arbitraje reside precisamente en la fase ejecutoria de sus decisiones, así como en cualquier trámite que puede exigir el uso de la fuerza o al menos coacción, por ejemplo: la práctica de la prueba contra la voluntad de algunas de las partes. Hoy en día el uso de la fuerza puede sustituirse en estos casos haciendo debida aplicación de la teoría de los actos propios¹⁹. Los pronunciamientos cautelares y laudos arbitrales, necesitan apoyarse obligatoriamente en los órganos de justicia ordinarios para hacer efectivos sus pronunciamientos; ello no es más que una derivación de lo que filosóficamente conocemos como el Contrato Social, que exclama bajo la voz de Rousseau, el sentido concreto del papel del Estado en la vida diaria de la sociedad bajo la necesidad del monopolio de la fuerza.

En tercer lugar, el arbitraje es una materia que nace única y exclusivamente de la **autonomía de la voluntad y los efectos que la ley brinda a dicha voluntad** de las partes inmiscuidas en una relación jurídica determinada, definida como el poder “(...)de las partes contratantes que determinan libremente y sin intervención de la ley, pero con una eficacia que el propio legislador compara con el de la ley , los contratos que ellas celebran; y lo hacen según sus intereses particulares, sin tener que sujetarse a las reglas del Código Civil, ni en cuanto a las normas específicas que éste trae para cada contrato particular(...)”²⁰ lo cual se refleja en el artículo 1159 del código civil de Venezuela, en lo sucesivo el “CCV”. Concretada esa manifestación de someterse a arbitraje, la cual tiene que ser expresa, tal como lo indica la

¹⁹ Ver decisión de la Sala de Casación Civil del TSJ bajo el N° 635 del 16/12/10.

²⁰ MÉLICH- ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. 5ta Edición, primera reimpresión. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2012. p.20.

Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela de 1998, en lo sucesivo la “LAC”²¹, dicho acuerdo se convierte de manera automática en un Contrato, el cual llena todos los extremos planteados en el artículo 1133 del CCV.

En cuarto lugar, es un medio de solución de controversias, **sustancialmente distinto a otros medios de resolución de controversias**. En la mediación por ejemplo, supone una interacción entre las partes en disputa y un proceso de carácter voluntario. La voluntariedad es una de las características más interesantes de la mediación. Sienta las bases de la autodeterminación, elemento clave para que las personas gestionen sus propios conflictos, responsabilizándose de sus acciones y de las consecuencias de las mismas en ellos y en los otros. En la conciliación se facilita un ambiente propicio para que las partes puedan dialogar, pero el conciliador sólo actúa de hombre bueno sin intervenir ni en el proceso ni en la toma de decisión²².

A pesar que las bases de los mecanismos antes explicados puedan guardar similitud con el arbitraje, es la forma en cómo se solucionan los conflictos a través de cada uno de estos sistemas, lo que los convierte en disímiles. A pesar que el arbitraje, la conciliación y la mediación son fórmulas que se encuentran al mismo nivel en el plano constitucional, solamente en el arbitraje, se logra obtener una decisión emanada de un tercero imparcial, la cual tiene la potencialidad de alcanzar la condición de cosa juzgada; en los otros dos casos, la solución pertenece única y exclusivamente a las partes involucradas. Tanto el mediador como el conciliador se limitan a “sugerir” con base en las pretensiones de las partes, posibles soluciones a través de diversas técnicas de negociación pero se ven limitados en *imponer* y mucho menos *decidir* sobre la propia controversia.

²¹ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de Abril de 1998. Art. 6: El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

²² BERNAL SAMPER, Trinidad. Conflicto y Mediación. Artículo publicado ante la Universidad Autónoma de Madrid con ocasión a jornadas de medidas alternativas, caso específico de la mediación. Madrid, España. p. 111-113 Consultado en: <http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/11/Conflicto%20y%20Mediacion%20Trinidad%20Bernal.pdf>

Ahora bien, ¿Qué se puede decir respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje? Como se advertía en líneas anteriores, este mecanismo tiene una marcada influencia contractual, ya que precisamente nace del acuerdo de voluntad de las partes, quienes han decidido expresamente renunciar a la jurisdicción ordinaria de manera irrevocable y ver en el arbitraje, la fórmula idónea en el tratamiento de posibles conflictos.

Sólo cuando la controversia se ha generado formalmente, la disposición total de las partes queda en un estado relativo ya que al activarse la cláusula de arbitraje, ello comporta una serie de situaciones jurídicas que inician una nueva etapa en el capítulo del arbitraje, transcurriendo así de una zona completamente contractual a un área de influencia jurisdiccional, lo que convierte a este mecanismo en una suerte de estructura compuesta.

Al respecto, Araque menciona que cuando se estudia ese fenómeno contractual que llamamos arbitraje, que incluye una relación principal (contractual o extracontractual), un acuerdo de arbitraje (Contrato) preparatorio de una relación contractual futura con los árbitros y eventualmente con un centro de arbitraje, no es posible ignorar la jurisdicción especial y reducida a la etapa de conocimiento que el legislador reconoce a los árbitros que las partes hayan designado, pues sólo ello podría explicar el carácter de cosa juzgada y la ejecutoria que las legislaciones confiere a la decisión de los árbitros²³. Se desprende entonces un aspecto fundamental, la relación existente entre la fase contractual y jurisdiccional es tan cercana que la última nunca pudiera materializarse en la realidad jurídica sin la formación de la primera.²⁴ Por ello, estas líneas de investigación consideran que si bien es cierta la importancia de la actividad de los árbitros enmarcada dentro de

²³ ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. op.cit. p.p 39-40

²⁴ Como comentario adicional, encausar el tema de la naturaleza jurídica del arbitraje bajo un espectro netamente jurisdiccional, sería el equivalente a suprimir precisamente la razón por la cual se activa la función jurisdiccional del árbitro. Se olvida además que antes de la instalación formal del tribunal arbitral, las partes involucradas en el conflicto, han definido la forma y el alcance de un proceso de tales características. La constitución nacional si bien introduce formalmente al arbitraje en el Sistema de Justicia, ello no es excusa para iniciar la cronología de la naturaleza de dicha institución, una vez pautada la primera audiencia en sede arbitral tal como lo indica la LAC, ya que ello comportaría un ejercicio restrictivo y absurdo del alcance de este medio.

un proceso formal, constitucionalmente aceptado”(...)no debe llevar a la judicialización ni estatización del arbitraje. El arbitraje es y debe seguir siendo intrínsecamente externo al estado, a pesar de que concurra jurisdiccionalmente con el poder judicial.²⁵ Ya la Sala Constitucional asomaba algunas reflexiones al respecto:

“...Corolario de todo lo anterior, es que el análisis judicial de las instituciones del arbitraje debe abandonar cualquier postura dogmática o excluyente que genere un sobredimensionamiento del aspecto contractual que da origen al sometimiento de las partes al sistema arbitral, de forma tal que se desconozca la necesaria participación de los órganos del Poder Judicial para la efectividad de ese mecanismo alternativo de resolución de conflictos -vgr. Medidas cautelares-; o bien que asuma una visión hipertrofiada de la actividad jurisdiccional, que termine por afectar el núcleo esencial del sistema de arbitraje como un medio idóneo y eficaz para la resolución de conflictos -vgr. El pernicioso análisis de fondo sobre cuestiones relativas a la validez o existencia del acuerdo de arbitraje, como será tratado infra”²⁶

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el arbitraje y los demás medios alternativos de resolución de conflictos obtienen pleno reconocimiento constitucional, lo que vino a reforzar los esfuerzos materializados en la novísima LAC. Los artículos 253 y 258 de la carta magna, no sólo se logró colocar al arbitraje en un primer plano, sino que además, sería considerado, a partir de ese momento, como parte integrante del sistema de justicia. Sobre lo anterior, establece la Sala Constitucional:

²⁵ DIAZ-CANDIA, Hernando. op cit. p. 17.

²⁶ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Caso Astivenca Astilleros de Venezuela. N°1067 del 3 de noviembre de 2010.

“(…)A juicio de esta Sala, al ampliar la Constitución el sistema de justicia con la inclusión de modos alternos a la resolución de conflictos -entre los que se encuentra el arbitraje- al de la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial, se replanteó el arquetipo del sistema de justicia, lo cual si bien implica un desahogo de la justicia ordinaria, comporta que el arbitraje no pueda ser considerado como una institución ajena al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz y, por lo tanto, excluye la posibilidad que el arbitraje y demás medios alternativos de resolución de conflictos sean calificados como instituciones excepcionales a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial.”²⁷

Los artículos anteriores, (en relación a la mención de los artículos 253 y 258 de la constitución) consagran al arbitraje como una institución básica del sistema de justicia venezolano al mismo tiempo que exigen su promoción exigencia ésta que no solo debe ser cumplida por el legislador sino también por todos los órganos del poder público venezolano²⁸.

De igual forma, la Sala Constitucional ha dejado claro que:

“...el deber contenido en el artículo 258 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no se agota o tiene como único destinatario al legislador (Asamblea Nacional), sino también al propio operador judicial (Poder Judicial), en orden a procurar y promover en la medida de lo posible la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos y adoptar las medidas judiciales necesarias para promover y reconocer la efectiva operatividad de tales medios, lo cual implica que las acciones típicas de la jurisdicción constitucional, no sean

²⁷ Sentencia de la Sala Constitucional Nº 1.541/08, publicada en la Gaceta Oficial Nº 39.055 del 10 de Noviembre de 2008-.

²⁸HERNANDEZ- BRETON, Eugenio: Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental”. Arbitraje Comercial Interno e Internacional, reflexiones Teóricas y experiencias prácticas. Caracas. Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales, 2005, p. 27.

*los medios idóneos para el control de los procedimientos y actos que se generen con ocasión de la implementación de los medios alternativos de resolución de conflictos*²⁹

A pesar de la estrecha relación entre el Estado, la constitución y los medios de resolución de conflictos, el hecho que éstos últimos pertenezcan al sistema de justicia no quiere decir que administrativamente formen parte del poder judicial. ¿Cómo podemos ejemplificar lo antes mencionado? Sólo a modo ilustrativo, apartándonos por unos momentos del tema central en discusión, si se adentra el arbitraje en la teoría general de las costas y honorarios profesionales, se observa un aspecto interesante en relación al artículo 254 de la Constitución:

“(...)El Poder Judicial no está facultado para establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios(...)”³⁰

Claramente, el poder judicial, tiene una partida anual variable del 2% del presupuesto ordinario de la nación, para el sostenimiento de todo el sistema en su conjunto, pero el arbitraje no es más que un instrumento de carácter privado, que nace de la voluntad de las propias partes y que constituye una excepción a la intervención del Estado como tercero imparcial en la solución de conflictos. El establecimiento de costos adicionales para la administración de los arbitrajes por parte de instituciones especializadas en la materia, así como los honorarios de los árbitros, son erogaciones necesarias para la vida del arbitraje, los cual constituye un auténtico servicio profesional.

De esta forma, la Sala Constitucional deja claro el punto propuesto en líneas anteriores, de la siguiente forma:

²⁹ Sentencia de la Sala Constitucional N° 1.541/08, *ibid*.

³⁰ Artículo 254 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial N°5453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo del 2000.

“Igualmente y conforme al anterior criterio jurisprudencial, resulta evidente que al no pertenecer los árbitros a que hace referencia la Ley de Arbitraje Comercial al Poder Judicial (a pesar de estar comprendidos dentro del sistema judicial como órganos alternativos de solución de controversias, artículo 258 de la Constitución de 1999), la prohibición contenida en el artículo 254 constitucional de “establecer tasas, aranceles, ni exigir pago alguno por sus servicios”, no está dirigida al arbitraje, pues –se insiste- no forma parte del Poder Judicial(...)”³¹

Lo que si resulta innegable, es la función jurisdiccional que ejercen los árbitros a los cuales se les encomienda la misión de conocer el fondo de los conflictos sometidos a su examen. En el arbitraje hay, efectivamente, un verdadero proceso, a pesar de que los árbitros son particulares y no funcionarios del Estado. Los árbitros quedan investidos transitoriamente de jurisdicción, a partir de la aceptación del cargo y hasta el fin del arbitraje. Y como quiera que el arbitraje es libremente pactado por las partes, resulta que en virtud del acuerdo arbitral, hay un traslado o desplazamiento de la jurisdicción y la competencia del juez al árbitro.³²

La actividad jurisdiccional de la cual goza el arbitraje, conlleva a su vez otros efectos colaterales de carácter procesal. El panel arbitral que conoce de la causa puede reunirse válidamente bajo la figura de un tribunal; claramente, ésta denominación, guarda ciertas salvedades respecto a los órganos que cumplen similares características en el sistema de justicia ordinario que no distan de su finalidad particular y principal que es la decisión emitida al final del proceso.

³¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N° 1121, de fecha 20 de Junio de 2007, ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales.

³² BONNEMAISON W. José Luis, sobre la Naturaleza y el Objeto del Arbitraje, El Arbitraje en la Práctica, Colección de cuadernos de Arbitraje I del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, p.90.

1.3– El arbitraje como medio de resolución de conflictos en el sistema de justicia venezolano

Los medios alternativos de resolución de controversias, dentro de los cuales se incluye el arbitraje, gozan actualmente de una condición la cual era irregular en Venezuela antes de la promulgación de la Constitución de 1999. Históricamente, el texto fundamental de 1830, pareció en un primer momento, tomar en cuenta la institución bajo estudio, consagrando el derecho a los venezolanos a terminar sus diferencias mediante el arbitraje, todo ello por influjo de las normas constitucionales de la Revolución Francesa y la española de 1812³³.

Se puede decir entonces que el país, a pesar de haber logrado su independencia como nación luego de 1821 (con la salvedad de la declaración de la independencia en 1811 y la posterior caída de la República un año después) y su separación posterior de la Gran Colombia, siguió manteniendo muchas de las costumbres jurídicas de Europa, que hasta el día de hoy se mantienen presentes en las instituciones más importantes de la República.

Pero, en materia de arbitraje, la situación se plantea un poco más desafortunada. Luego de 1830, sólo se observa la inclusión de este medio como parte integrante de las normas de los códigos de procedimiento civil y de forma muy limitada, puesto que la obligatoriedad de la cláusula de arbitraje era completamente relativa, tal como se señaló en el primer punto de la investigación. Se plantea entonces, una suerte de cortesía por parte del legislador de los siglos XIX y XX en querer promocionar el arbitraje como institución, sin tomar en cuenta que su aplicabilidad en la realidad jurídica venezolana era bastante pobre ya que no se dieron las bases para una correcta operatividad jurídica del arbitraje.

³³ ANZOLA J. Eloy. op cit. p.49.

La constitución de 1999 representa un instrumento innovador ya que por primera vez, el arbitraje, es colocado formalmente como parte integrante del sistema de justicia venezolano, ello en concordancia al artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo sucesivo “CRBV”:

“La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley. Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias. El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”

Lo primero que se desprende del artículo citado es la inclusión del arbitraje en una “macro organización”, responsable de la administración de justicia en Venezuela. Pasó de un mecanismo renegado a un procedimiento contencioso en materia civil, el denominado “arbitramento” del “CPC” vigente de 1987, a convertirse en uno de los pilares fundamentales de la justicia en el país. Además, dicha inclusión genera otra consecuencia lógica, presente

en la exposición de motivos de la CRBV³⁴ y que sientan las bases para el fin del monopolio en el ejercicio de la justicia en manos del estado.

La propia Sala Constitucional (en lo sucesivo “SC”) ha dejado en claro lo expresado al enunciar que la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias.³⁵

Bajo el análisis de la sentencia antes mencionada, para cualquier particular interesado en servirse del arbitraje como herramienta para resolver un conflicto generado de la propia interacción social, la constitución le ha brindado al individuo la posibilidad de ostentar un “derecho” en la posibilidad o factibilidad de emplear dichos mecanismos, lo cual se concatena directamente con el artículo 26 de la constitución que enuncia la “tutela judicial efectiva”. A pesar que el Arbitraje pertenece al sistema de justicia, ello no implica su inclusión en el poder judicial, lo cual, en palabras de la SC se expresa de la siguiente forma:

(...) no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de

³⁴ (...) se incorporan al sistema de justicia, los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general. Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, la Constitución incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, de fecha 28 de Febrero del 2008, Ponencia del Magistrado Pedro Rondón Haaz, exp. N° 04-1134

*Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa*³⁶

Otro aspecto fundamental que se desprende de la inserción del arbitraje en la CRBV es la paridad de dicha institución frente a la jurisdicción ordinaria en el tratamiento de materias de naturaleza transable. Además, el hecho que dos o más partes hayan decidido de manera expresa e irrevocable contemplar una cláusula de arbitraje en el marco de un contrato, blinda al arbitraje frente a futuras situaciones que entrañen, por ejemplo, la rebeldía de cualquiera de sus suscriptores.

La fuerza vinculante del arbitraje presente en la actualidad no existía de manera clara al menos antes de 1998, aun cuando la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia fue una de las instancias que luego del año 2000 guardaba algunas concepciones restrictivas y conservadoras al respecto. En paralelo a la carta magna, la ley de arbitraje comercial, en lo sucesivo "LAC", refuerza lo mencionado *supra*, al expresar que el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria³⁷. En base a esto, Torrealba menciona que cuando las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de los árbitros y, lo que es aún más importante, que renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios.³⁸

En Venezuela, no sólo sentaron las bases de un sistema arbitral consolidado en el país, sino además, dejaba sin efectos prácticos, las disposiciones que

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, N° 1139, de fecha 5 de Octubre del año 2000.

³⁷ Artículo 5: El "acuerdo de arbitraje" es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente. En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

³⁸ TORREALBA LEDESMA, Henry. Arbitraje Comercial en Venezuela. ¿Independiente y Autónomo de los Tribunales Ordinarios? Artículo publicado en el "Legal Report" del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Caracas. Marzo/ 2010. p.49.

establecía el procedimiento de “arbitramento”, destinado a conflictos de naturaleza eminentemente civil, presente en el CPC vigente.

Una interrogante propia de dicha materia, la cual será motivo de análisis en el siguiente punto de la investigación, es constatar si armonizadas o no las normas del CPC y de la LAC respecto a la naturaleza del procedimiento arbitral ¿Sería correcto afirmar que las nociones de acción, proceso y jurisdicción pueden ser aplicables al arbitraje vistas las consideraciones realizadas sobre su inserción en el sistema de justicia venezolano por la constitución?

1.4- ¿Son ajenos al arbitraje las instituciones fundamentales del derecho procesal como la acción, proceso y jurisdicción?

Antes de 1998, brindar una respuesta al respecto, obligaba prácticamente a subsumir el análisis hacia el procedimiento contenido en el CPC, referente al arbitramento, el cual, como es lógico, pertenece a la norma adjetiva por excelencia en el país, pudiéndose concluir que las instituciones del trinomio sistemático fundamental del derecho procesal, son aplicables perfectamente a ese caso. Pero con la entrada en vigencia de la LAC en 1998, abre un nuevo camino para el arbitraje y con ello algunas interrogantes ¿Hasta dónde puede ser compatible el procedimiento arbitral frente a los postulados procesales más tradicionales? ¿La inhabilidad de los tribunales de la república para conocer una materia pactada mediante acuerdo previo con arbitraje permite que ese procedimiento, sustanciado por un tribunal arbitral, se aleje completamente de las nociones de acción, proceso y jurisdicción? En las próximas líneas se analizará si el arbitraje guarda o no una naturaleza completamente extraña al derecho procesal tal y como lo conocemos.

Para el desarrollo de esta sección, es necesario iniciar con la noción de jurisdicción, descrita por Rengel- Romberg como la “(...) función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y

concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, si fuera necesario la práctica ejecución de la norma creada.³⁹”

Si se decide trasladar el concepto transcrito, en función del arbitraje, lo primero que debe advertirse es que si bien la jurisdicción es una “función estatal” ya que es generalmente ejercida por los tribunales de la República los cuales, en palabras del tratadista citado, representan la manifestación de la soberanía.

En opinión de quien suscribe, la CRBV de 1999 permitió abrir aún más el compás en la teoría general de la jurisdicción, porque la adaptación de los artículos 253 y 258 de la Carta Magna, apoyada en las posteriores interpretaciones de la Sala Constitucional al respecto, permitieron que los árbitros, designados por las partes para sustanciar el conflicto entre ellas, estuvieran investidos de plena “función jurisdiccional”. Lo anterior significa que la decisión emanada a modo de laudo arbitral, represente una auténtica creación por parte del árbitro de una norma jurídica individual, tendiente a la regulación de conductas de los individuos.

Lo anterior no significa suponer que el arbitraje como institución, ha entrado en franco enfrentamiento con el sistema de justicia, ni mucho menos se ha planteado su aplicabilidad como sinónimo de rebeldía frente a la estructura judicial, lo importante es reiterar, tal como ha sentenciado la doctrina y jurisprudencia de manera pacífica, que los medios alternativos de resolución de controversias han sido exaltados con el único propósito de alcanzar el mismo fin de la justicia a través de mecanismos diferentes para su consecución; la armonización de las estructuras ha brindado hasta el día de

³⁹ RENGEL ROMBERG, Arístides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Organización Gráficas Capriles C.A, Caracas, 2003. Tomo I p. 105.

hoy, resultados satisfactorios, que esperan ser incrementados con el paso de los años.

Una vez que se ha generado el conflicto y surge la necesidad de invocar la cláusula de arbitraje presente en un contrato o instrumento similar, automáticamente se activa el arbitraje donde las partes esperan del tribunal arbitral el pleno ejercicio de la función jurisdiccional, lo cual es un deber que los árbitros deben atender y que se corresponde no sólo con el postulado de la tutela judicial del 26 constitucional, sino a lo establecido por el CPC para estos casos.⁴⁰

Se puede decir que la jurisdicción, de la cual los tribunales arbitrales gozan, tiene un margen de maniobrabilidad preciso, ya que, llegado el momento de hacer efectivo lo decidido sobre el mérito de la causa o cuando sea necesaria la ejecución de una medida cautelar o la evacuación de ciertos medios de prueba, es obligatoria la asistencia del Estado para asegurar, si es preciso por medio de la fuerza, que el mandamiento sobre la norma individual creada sea efectivamente cumplida.

Este aspecto, del cual ya se trató en líneas anteriores, al hacer referencia al Contrato Social y la importancia del monopolio de la fuerza en manos del Estado, deja en evidencia la estrecha colaboración entre ambas estructuras, con lo cual se concluye que el concepto de Jurisdicción no es extraño al Arbitraje.

Quizás, de los tres conceptos fundamentales propuestos en esta sección de la investigación, es la *Acción* la institución más peculiar y controversial. ¿Puede afirmarse verdaderamente que existe Acción en el arbitraje? Antes de responder a la pregunta central, debe afirmarse que no es intención de quien suscribe, traer a colación interminables debates del verdadero lugar y

⁴⁰ Artículo 19: El Juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia.

la naturaleza de la acción dentro del derecho procesal, de lo cual Windscheid y Muther respecto a la “actio” en el derecho Romano se encargaron en su momento de presentar a la palestra, así como el resto de los grandes tratadistas con las diversas teorías al respecto. Sabiamente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo llegó a advertir respecto a la acción que: no sabemos aún ni lo que es ni dónde está⁴¹.

Si de forma preliminar se presenta a la acción como el poder jurídico de acudir a los tribunales⁴² o sencillamente como un derecho subjetivo procesal perteneciente única y exclusivamente a las partes involucradas en un hipotético conflicto, debe desprenderse su finalidad, es el impulso de la actividad jurisdiccional (composición de la Litis) para buscar un resultado objetivo.

La acción es el poder creador de invocar la efectiva activación de los tribunales para expresar por vía de una demanda las pretensiones que buscan ser sustanciadas a través de un proceso con las garantías debidas. Si anteriormente se afirmó que la CRBV oficializó la función jurisdiccional del árbitro, se debe concluir de manera lógica que la acción sí se presenta en el Arbitraje. Cabe recordar que este medio de resolución de controversias transcurre a través de dos etapas marcadas, la primera, de naturaleza contractual y la segunda, una vez presentado el conflicto, una fase enteramente procesal.

La acción en este instante se manifiesta justo en el momento cuando la parte decide adoptar una posición activa, cuyo destinatario serán los árbitros y el aparato conexo que lo complementa, es decir, los centros de arbitraje (en el caso que sea utilizada la fórmula institucional). Si se observa lo anterior, desde la óptica más abstracta, la Acción es una consecuencia

⁴¹ RENGEL- ROMBERG, Aristides. op.cit p.139.

⁴² COUTURE J. Eduardo : Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Cuarta Edición. Editorial B de f. Montevideo-Buenos Aires 2005. p.50.

inmediata de la activación de la cláusula de arbitraje; es en ese momento, cuando la parte suscriptora del acuerdo, procederá a individualizar tanto la disputa, el medio para resolverla y los sujetos que a modo de institución lo canalizarán y sustanciarán.

Ahora bien, para que pueda materializarse en la realidad la acción, necesita de un conductor organizado en etapas donde se estipulen todas y cada una de las relaciones jurídicas que se presentan entre las partes y el árbitro que se encuentra en el conocimiento del caso en específico.

Es imposible, por tanto, concebir un arbitraje sin el concepto propio del proceso, el último de las tres instituciones más importantes del Derecho Procesal. Cabe preguntarse entonces ¿Es el concepto de Proceso en el arbitraje, un sistema ajeno al previsto en la jurisdicción ordinaria? La respuesta debe ser negativa. La serie consecutiva de actos que se originan como producto de la interacción de los sujetos procesales, puede ser orientada sólo mediante un proceso.

Las variables procedimentales presentes en un arbitraje, en contraposición a las observadas en sede judicial ordinaria, no son sustanciales, más bien, tienden a armonizar sus formas. Sin embargo, dentro de la doctrina, hay quienes sostienen que hablar de “Proceso” dentro del arbitraje es impropio, ya que ello significaría trasladar todas y cada una de las formalidades que sobre este concepto recaigan, para dicha corriente es más acertado encausar el arbitraje bajo un auténtico “procedimiento”.

Uno de los indicios más importantes para determinar definitivamente la existencia del Proceso dentro de los Arbitrajes, son todas y cada una de las causales de nulidad presentes en el artículo 44 de la LAC, que contiene un catálogo estricto de motivos sobre las cuales puede ser atacado un laudo arbitral.

Es de observarse que todas y cada una de ellas, en nada tienen que ver con el fondo de la controversia, la cual, a partir de la emisión del laudo, adopta de manera automática la cualidad de cosa juzgada. La impugnación se debe exclusivamente a aspectos de forma del arbitraje, es decir, a las irregularidades que pudieran haberse presentado con ocasión al proceso.

CAPÍTULO II

2.1. Referencia sobre la prueba; concepto

El derecho procesal como disciplina debe nutrirse de múltiples instituciones para alcanzar los fines propuestos como herramienta al servicio de la sociedad. El derecho en sí mismo no tendría sentido alguno sin la existencia de la prueba, que viene a representar uno de los eslabones fundamentales a la hora de llevar un hecho a la realidad jurídica.

Ya lo indicaba Devis Echandia al expresar que a diferencia de lo que ocurre con ciertas instituciones y conceptos jurídicos, que atañen sólo a determinada rama del derecho, como la procesal, la civil o la penal, la noción de prueba no sólo guarda relación con todos los sectores del derecho, sino que trasciende el campo general de éste, para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive a la vida práctica cotidiana⁴³.

La prueba puede definirse de manera preliminar como la verificación de afirmaciones formuladas por las partes relativas, en general, a hechos y excepcionalmente a normas jurídicas, que se realizan utilizando fuentes las cuales se llevan al proceso por determinados medios⁴⁴. Por supuesto, en la doctrina existen multiplicidades de conceptos, debido a que cada autor interpreta a la prueba desde distintas ópticas. Yanutzzi, por ejemplo, se enfoca en la prueba “(...) como la actividad comparativa entre las afirmaciones de hecho vertidas de las partes, en las oportunidades establecidas en el ordenamiento jurídico para realizar sus alegaciones, con la

⁴³ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Editor Victor P. de Zavalía, Buenos Aires 1993. p. 9.

⁴⁴ SENTIS MELENDO, Santiago. La Prueba. Editorial EJEA, Buenos Aires. 1990 p. 16 .

realidad, a través de medios ofrecidos por la legislación, a fin de convencer al operador de justicia de su certeza⁴⁵.

Frente a la posición de “actividad de parte”, *Rivera Morales* adopta a la prueba y más específicamente la acción de “probar”, como el **derecho** que tienen las partes a presentar las fuentes de prueba a través de los medios o instrumentos probatorios en las formas autorizadas por la ley, que contengan los elementos de convicción, para que el juez de la certeza de los hechos alegados⁴⁶.

Se adhieren a esta investigación, los postulados formulados por Couture, para quien la prueba tiene un doble ámbito, “(...) en primer lugar, es un método de averiguación y en segundo lugar, un método de comprobación. Sostiene además, que el convencimiento del magistrado depende, en el derecho vigente, en manera muy especial, de la actividad probatoria de las partes. Más que un método científico de investigación, la prueba civil se asemeja, como se ha dicho, a la prueba matemática: es una operación de verificación de la exactitud o el error de otra operación anterior”⁴⁷.

La prueba, es ciertamente, una herramienta que trasciende cualquier rama del conocimiento y por supuesto el arbitraje no podría ser extraño a ello. En cualquier procedimiento arbitral en el mundo, la prueba conforma una parte fundamental para llevar a la realidad procesal los hechos que pretenden ser demostrados, todo ello con la finalidad de crear en el árbitro la convicción necesaria al momento en que éste proceda a dictar el laudo correspondiente. No en vano Bentham decía que el arte del proceso no es esencialmente otra

⁴⁵ YANUTZZI RODRÍGUEZ, Salvador. Constitución, Proceso, Pruebas y Reforma Procesal. El derecho a la prueba en la constitución de la República Bolivariana de Venezuela. XXXVII Jornadas J.M Domínguez Escovar. Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Ricardo Hernández Álvarez. Barquisimeto, 2012. p.p 143-144.

⁴⁶ RIVERA MORALES, Rodrigo. Las Pruebas en el Derecho Venezolano. Séptima Edición. Librería J. Rincón, Barquisimeto, Venezuela 2013. pp. 47-48.

⁴⁷ COUTURE J. Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Cuarta Edición. op cit. p.p 178-180.

cosa que el arte de administrar las pruebas⁴⁸. Como se expresará más adelante, a pesar que el arbitraje no es ajeno a las pruebas y al resto de las instituciones de índole procesal, las partes involucradas en dichos procesos poseen una amplia libertad para componer el procedimiento arbitral. El modo de concebir y trasladar la prueba, así como su forma de evacuarla y posteriormente valorarla por el árbitro, puede revestir de formalidades distintas a las observadas en la jurisdicción ordinaria, lo que a propósito de esta investigación, constituye uno de los pilares básicos, todo ello con la intención de esclarecer cuál es el alcance de la denominada “flexibilidad probatoria arbitral”.

2.2. Principios aplicables al procedimiento arbitral en Venezuela

Tal como señala Couture “(...) los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley (...)”⁴⁹ los cuales son fundamentales para informar al proceso y brindarle el sentido debido al mismo. Para una mejor comprensión de la prueba y su inserción en el procedimiento arbitral venezolano, se realizará a continuación debido análisis de los principios procesales más importantes presentes en la ley de arbitraje comercial de Venezuela.

2.2.1- Principio de Igualdad.

Una de las cualidades más destacables de cualquier sistema judicial y que lo convierte en una estructura fiable para sus administrados es el *principio de la igualdad*, el cual consiste básicamente en que toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición.⁵⁰ Significa que los derechos, las cargas y las

⁴⁸ BENTHAM Jeremy: Tratado de las Pruebas Judiciales, Buenos Aires. Editorial Ejea. Vease en DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Editor Victor P. de Zavallia, Buenos Aires 1993. Op cit. p.13 .

⁴⁹ COUTURE, Eduardo. Op. cit p. 150.

⁵⁰ Ibid p.p 150-151.

responsabilidades que nacen de la llevanza de un proceso se conceden, recaen o se imponen, respectivamente, sobre las partes sin discriminación entre ellas, de tal modo que el resultado a que cada cual aspira no puede ser favorecido por privilegios a favor ni gravámenes en perjuicio.⁵¹ Si no existe igualdad, el proceso se encuentra viciado desde su inicio, lo cual hace imposible su continuación con todos los extremos expresados por la ley.

Uno de los momentos más álgidos en donde se pone a prueba dicho principio, es en la práctica de la prueba. En todo procedimiento arbitral, sin importar su tramitación, de manera independiente o institucional, se debe garantizar que las partes involucradas, tengan las mismas oportunidades procesales para promover, oponer y evacuar pruebas ya que ello le permite de forma directa, controlar a su vez, la prueba de la contraparte y saber de antemano las expectativas reales que se profesan sobre dicho juicio; si lo anterior les fuere impedido, una vez finalizado el proceso arbitral, con la emisión del laudo, pudiera ser impugnado por medio del Recurso de Nulidad de acuerdo al artículo 44, literal b de la LAC. Todo lo anterior, se refleja además en el artículo 15 del CPC⁵²

2.2.2- Principio de la competencia.

El mismo tribunal que ha conocido de las alegaciones debe conocer de las pruebas que se aportan para contrastar los hechos aducidos.⁵³ Tradicionalmente, en la práctica jurídica, el tribunal que recibe de manera formal la demanda, debe sustanciar igualmente la incidencia probatoria en dicho juicio. En el arbitraje esto no es una excepción. La propia LAC así lo establece respecto a la primera audiencia de trámite, ya que una vez activado el acuerdo y conformado así el panel arbitral (...)”las partes podrán

⁵¹ PIETRO-CASTRO Ferrandiz; “Derecho Procesal Civil”, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Volumen I, 1968, pág.287.

⁵² “ Los jueces garantizarán el derecho a la defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, los mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir”.

⁵³ RIVERA MORALES, Rodrigo. Las Pruebas en el Derecho Venezolano. Op.cit p. 95.

aportar, al formular sus alegatos todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar (...)"⁵⁴.

En el arbitraje no se produce desdoblamiento alguno respecto al conocimiento y sustanciación de la prueba, tal como se indicaba en la transcripción anterior de la LAC, que se corrobora posteriormente en la norma, cuando el mismo tribunal arbitral podrá realizar audiencias que considere necesarias, con o sin la participación de las partes y decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales (...)"⁵⁵. Lo realmente destacable en este punto, se produce en el instante de la evacuación de las pruebas en dicho proceso, ya que el tribunal arbitral puede apoyarse en los tribunales de la jurisdicción ordinaria para llevar a cabo esta etapa del proceso, lo cual, en primer término, resulta lógico debido a que la presencia del Estado en estas etapas, lo cual reviste a esta colaboración bajo una utilidad práctica indudable. Un ejemplo de lo anterior, se produce al llevar a cabo inspecciones judiciales en localidades distintas a la sede en donde se encuentra el tribunal arbitral. Es en esos casos, donde surge la utilidad y la conveniencia en la estrecha colaboración de ambos tribunales, que juntos conforman el sistema de justicia venezolano.

2.2.3- Principio de la publicidad discrecional

Dentro de todo proceso judicial, es regla general que las partes, los terceros involucrados y cualquier otra persona que puede tener conocimiento sobre el estado de los actos procesales que conforman un determinado proceso, puedan tener acceso a las actas que conforman el expediente. Así lo establece nuestra ley adjetiva civil al expresar que "*Cualquiera persona puede imponerse de los actos que se realicen en los Tribunales y tomar de ellos las copias simples que quiera, sin necesidad de autorización del juez, a*

⁵⁴ Artículo 24 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela.

⁵⁵ Artículo 27 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela.

*menos que se hayan mandado a reservar por algún motivo legal*⁵⁶. Lo anterior se corresponde también con lo establecido en el artículo 24 de la misma norma y que se concatena además con el artículo 49, numeral 1 de la constitución, que ordena a que las partes puedan tener acceso a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa.

Es de tal importancia la aplicación de tal principio que Duque Corredor establece que es tal la preocupación que a ningún interesado se le niegue el derecho de informarse sobre los expedientes judiciales, que el legislador se preocupó de regular hasta el detalle de la simultaneidad del ejercicio de tal derecho, al determinar que, en este caso, el secretario distribuirá proporcionalmente el tiempo destinado para ello⁵⁷, haciendo alusión directa a lo dispuesto en el artículo 110 del CPC. En el caso concreto de las pruebas, la publicidad, al menos entre las partes involucradas en el conflicto, resulta de vital importancia ya que como se advirtió supra, es la única forma de la cual se dispone para que el control de la prueba se lleve a cabo con éxito. La publicidad en esta etapa, asegura también la previsibilidad sobre los argumentos que busca probar la parte contraria en el proceso, lo que genera además la posibilidad real de presentar observaciones a las mismas. Aunque también es cierto que a pesar de la vigencia de la norma antes mencionada la práctica jurídica actual lo coloca en destiempo.

Ahora bien ¿Cómo se aplica el principio de publicidad en el arbitraje comercial? La norma es muy clara al señalar que la confidencialidad de los actos realizados en sede arbitral es la regla y su publicidad, la excepción⁵⁸. Cabe destacar que la reserva que se presenta en este caso opera esencialmente sobre todas aquellas personas que son ajenas al conflicto;

⁵⁶ Artículo 190 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela.

⁵⁷ DUQUE CORREDOR, Román J. "Apuntaciones sobre el procedimiento Civil Ordinario" Ediciones de la Fundación Projusticia. Segunda Edición. Caracas. 2000. p.79.

⁵⁸ Artículo 42 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela.

incluso una vez terminado el proceso arbitral y emitido el laudo, su contenido es confidencial.

En este sentido, establece Henriquez que el proceso arbitral está informado por el sistema dispositivo. Sólo a las partes conciernen las materias de índole mercantil, susceptibles de transacción (Art. 3° Lac) que se ventila. Como la actividad mercantil presupone una imagen de solidez y solvencia para lograr los fines lucrativos a los cuales se preordena, es obvio que la ley coadyuve a preservar esa imagen declarando confidencial la litis o el pleito donde se discuten y dirimen actos objetivos o subjetivos de comercio⁵⁹. Las partes integrantes del arbitraje, a diferencia de aquellas que se someten a la justicia ordinaria, poseen un amplio margen de disponibilidad sobre las riendas del proceso arbitral y la forma en cómo este puede transcurrir hasta su finalización, gracias al propio acuerdo de arbitraje y su posterior esquematización y alcance en la denominada acta de términos de referencia, de la cual se realizará debido análisis en líneas posteriores.

De esta forma, si los involucrados así lo desean, pueden relajar el postulado de la confidencialidad establecido en la LAC y permitir a personas ajenas al juicio, informarse sobre la forma en la que han sido promovidas, evacuadas y valoradas, por ejemplo, las pruebas que rielan en autos. Como es lógico, la confidencialidad en el arbitraje no es oponible a la contraparte ni permite secretos de una parte con el árbitro. Nada puede realizarse a espaldas de las partes.

La LAC así como el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, en lo sucesivo “CACCC” en su artículo 9, y el reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, en lo sucesivo “CEDCA” en su artículo 42, por ejemplo, sólo se limitan a exaltar el carácter confidencial de las actuaciones, evidencias y funcionarios involucrados en

⁵⁹ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. El Arbitraje Comercial en Venezuela. op. cit. p.18.

el procedimiento arbitral como ya se sostenía, pero cabría preguntarse ¿Es posible que el tribunal arbitral pueda, con ocasión al artículo 24 del CPC, proceder a puertas cerradas por iniciativa propia, en un determinado acto en nombre de la decencia pública? Desde la perspectiva de esta investigación, se puede concluir que si las partes, por deseo expreso, han manifestado aplicar extensivamente el principio de la publicidad, el tribunal arbitral no puede contrariar dicha voluntad y si lo hiciera, se pudiera estar en presencia de una causal para anular posteriormente el laudo arbitral. Y en caso de colusión, es lógico que sea el tribunal arbitral quien decida sobre éste supuesto.

2.2.4- Principio de congruencia

Este postulado, uno de los pilares fundamentales en el proceso, tiene una relación intrínseca entre la pretensión del actor y la excepción del demandado, vinculadas con las pruebas aportadas en el juicio con el destinatario llamado a valorarlas al momento de emitir la sentencia/laudo sobre la materia sometida a su conocimiento; es el caso del juez/árbitro. En este sentido, Pesci Feltri establece que “(...) *el juez debe declarar la voluntad concreta de la ley que pone fin al juicio, ateniéndose a lo alegado y probado en autos por las partes y a instancias de ella*”⁶⁰ que representaba para Cuenca, el regulador del proceso venezolano y padre espiritual de la sentencia⁶¹. El CPC contiene dicha disposición en su artículo 12, en cuyo extracto se puede decir que el juez “(...) *debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados.*”

Tan importante es este principio, que la LAC ha querido guardar las formas esenciales del proceso y permitirle a las partes en el artículo 44 del referido

⁶⁰ PESCI FELTRI, Mario. Breve exposición sistemática de los principios del derecho procesal civil para el desarrollo de un comentario exegético del Código de Procedimiento Civil. En: Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. N° 2. julio – Diciembre 1999. Librosca. Caracas 2000, p. 80.

⁶¹ CUENCA, Humberto “Curso de Casación Civil” U.C.V., Tomo I, p. 155, Caracas, 1962.

instrumento, poder atacar vía nulidad el laudo arbitral cuando éste último “(...)se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo del mismo.” Recordemos que la incongruencia se configura cuando el árbitro se desaparta de las alegaciones de las partes hacia algo distinto (a lo alegado por el demandante y las defensas o excepciones del demandado y generalmente por un choque entre los motivos y el dispositivo del laudo. La incongruencia es diferente a la ultrapetita ya que esta última toma en cuenta los basamentos de la litis pero concede más u otro añadido no pedido y sólo se da en la parte dispositiva del laudo.

.2.2.5- Principio de la libertad probatoria

En cualquier proceso ventilado en la jurisdicción ordinaria, las partes, en virtud del derecho a la defensa que los asiste, no sólo tienen el derecho de presentar sus alegatos con la finalidad de probar los hechos que sirven de base para fundamentar sus pretensiones, sino además pueden valerse de cualquier medio de prueba que los ayude a respaldar sus aseveraciones, tal como lo establece el artículo 395 del CPC, el cual enuncia que no sólo son admisibles los medios de prueba previstos en el CCV, el CPC y otras leyes, sino cualquier otro medio no expresamente prohibido por la ley y que se consideren conducentes a la demostración de sus pretensiones.

Es importante acotar que la libertad probatoria no sólo reside en los medios de prueba sino también en su objeto. Respecto a este punto, la Sala Político Administrativa del TSJ ha establecido que:

“...Conforme ha sido expuesto por la doctrina procesal patria y reconocido por este Tribunal Supremo de Justicia, el llamado sistema o principio de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio

probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones...⁶²

Este principio se corresponde directamente con el artículo 24 de la LAC, el cual establece que “... Las partes podrán aportar, al formular sus alegatos, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.” La libertad probatoria, constituye una de las manifestaciones más importantes en un proceso arbitral, ya que brinda la oportunidad que los hechos puedan ser trasladados a la realidad jurídica de las más diversas formas, lo cual aumenta las probabilidades de tener éxito en el planteamiento de las pretensiones.

A pesar de lo anterior, en el caso de los arbitrajes de corte independiente, al celebrarse la primera audiencia de trámite, tal como lo señala el artículo mencionado con anterioridad o cuando se acude a los llamados arbitrajes institucionales, donde es común la figura del acta de misión o de términos de referencia, en los cuales, deben especificarse de manera precisa, los medios de prueba que las partes emplearán a lo largo del proceso, todo esto con la finalidad de brindar un mayor marco de previsibilidad al conflicto planteado. Por último, es necesario aclarar que la denominación “libertad probatoria” en nada se corresponde y se opone con uno de los planteamientos principales de la investigación, basado en la tesis de la “flexibilidad probatoria” en los procedimientos arbitrales, de la cual se realizará un estudio correspondiente al final del presente capítulo.

⁶² Sentencia Sala Político Administrativa de fecha 16 de julio de 2002, Ponente Magistrado Dr. Levis Ignacio Zerpa, interplanconsult, S.A. Exp N°: 01-0299.

2.2.6- Principio de la exhaustividad probatoria

Todo árbitro debe decidir según lo alegado y probado por las partes en el procedimiento el cual dirige, lo que configura el principio de congruencia ya explicado anteriormente. Precisamente, el postulado anterior y el que se encuentra en estudio, tienen como destinatario al árbitro, quien se encuentra en la obligación de valorar todas y cada una de las pruebas que fueron formalmente admitidas en el juicio y cursan en el expediente de dicha controversia.

Ese deber de observancia del juez/árbitro no puede ser relajado ni derogado por éste ya que el legislador ha previsto que la única forma en la cual se pueda alcanzar la verdad procesal y la justicia es comprender mediante la adecuada valoración el cúmulo de pruebas que se presenta ya que es la herramienta capaz de forjar en el magistrado la convicción sobre los hechos controvertidos.

Tanto en la primera audiencia de trámite prevista por la LAC y posteriormente materializada en un acta de misión o de términos de referencia, las pruebas presentadas por las partes son sagradas en el argot procesal y por tanto acompañarán la suerte de ese proceso hasta su finalización, incluso de aquellas que no aporten o propicien en el árbitro la convicción necesaria, porque se reitera, la exclusión de las pruebas es una acción prohibida por la ley.

Dentro de la exhaustividad, están involucrados, desde la óptica constitucional, el derecho a la defensa y el debido proceso y de igual forma, tal como lo señalaba Rivera Morales, la exhaustividad está conectada directamente con la tutela efectiva, en el sentido que tenemos derecho a ser oídos, pero de la misma forma a tener respuesta de nuestras peticiones y alegatos; está inscrito el análisis total de prueba y el señalamiento de su

eficacia en el proceso en el derecho de obtener resolución fundada en derecho, lo cual forma parte de la tutela efectiva⁶³.

2.2.7- Principio del control de la prueba

El control de la prueba constituye uno de los pilares fundamentales del derecho a la defensa, desde donde se desprenden otros principios como el de la igualdad procesal y el de la contradicción. Como parte integrante de un proceso se necesita conocer las expectativas de la otra parte involucrada y la mejor forma de anticipar sus intenciones respecto a las defensas formuladas es tener acceso a las pruebas promovidas y por supuesto supervisar el momento en que se lleve a cabo su evacuación.

Del control y la contradicción de la prueba, aspectos que se encuentran en una franca relación, se desprende a su vez los modos de expresarlo en la realidad jurídica. Ello es posible mediante la posibilidad de oposición y la impugnación de tales pruebas. Es importante recordar que el ejercicio del control de la prueba es un derecho de parte y además es completamente facultativo, pudiera decirse que representa un imperativo a su propio interés.

Mientras se pueda controlar de forma más efectiva la prueba del adversario, se asegura un mayor conocimiento del proceso que se ventila y se supervisa, además del tribunal, la legalidad en los extremos de la evacuación de un determinado medio probatorio. En Venezuela, una de las voces más autorizadas para hablar de este punto, es Cabrera Romero, quien refiriéndose al control de la prueba señala que:

“(...) Pero en materia de pruebas, existe otra institución que también emana del derecho a la defensa, la cual es el control de la prueba. El ejercicio del principio del control requiere que las partes tengan la posibilidad de conocer antes de su

⁶³ RIVERA MORALES, Rodrigo. Las Pruebas en el Derecho Venezolano. op.cit. p.123.

evacuación los medios de prueba promovidos, así como el momento señalado para su recepción en autos, a fin de que asistan a la evacuación y hagan uso de los derechos que permitan una cabal incorporación a la causa de los hechos que traen los medios.⁶⁴”

En un proceso arbitral el control de la prueba debe realizarse en el momento preciso para ello, según se especifique en la primera audiencia de trámite o cuando se haya formulado el acta de términos de referencia, ya que si una de las partes desea hacer constar las observaciones formales sobre cualquiera de las pruebas promovidas por la contraparte, tiene que llevarse a cabo de manera expresa. Las conductas presuntas o tácitas en el control no son válidas; dichos comportamientos son aceptados por el tribunal arbitral como una renuncia a tal derecho y una manifestación de convalidación del acto llevado a cabo.

2.2.8- Principio de la comunidad de la prueba

Así como se advertía en líneas anteriores que las partes que suscribieron una cláusula arbitral, llegado el momento de iniciado el conflicto, la esfera de su conocimiento y sustanciación se escapaba de ellas, siendo el árbitro, el único investido de función jurisdiccional para dirigir el proceso, de una forma similar sucede con las pruebas aportadas en dichos procesos. Al momento de ser evacuada una determinada prueba, la misma ya escapa del estricto sentido subjetivo de quien la aportó al juicio y automáticamente pertenece al proceso.

El sentido de realizar una comparación preliminar sobre la naturaleza del arbitraje y la comunidad de la prueba como principio, es enunciar que en ambas se produce una especie de “traslado” ó “desdoblamiento” que genera

⁶⁴ CABRERA ROMERO, Jesús E. “Contradicción y control de la prueba legal y libre, tomo I, Editorial jurídica ALVA. Caracas. 1997. p. 24.

una consecuencia jurídica determinada. En la primera, denota la transición contractual a una instancia verdaderamente procesal del arbitraje y en la segunda, toda prueba aportada queda identificada frente a ese procedimiento como una parte integrante de éste y la suerte de su práctica puede ser en el mismo grado, tanto favorable como desventajosa al sujeto que la promovió. Está fuera de toda duda que el principio adquisitivo despliega plenos efectos sobre la prueba admitida y practicada en el proceso: en su virtud, el juez puede valerse de cualquier prueba para fundar su resolución, con independencia de cuál de las partes sea la que la ha aportado al proceso y del efecto, positivo o negativo, que tenga para la aportante⁶⁵.

Una vez aportadas las pruebas al proceso, se convierten en parte integrante de éste y los efectos jurídicos que ellas generen van más allá del deseo particular de las partes al aportarlas al proceso, puesto que la prueba está llamada a demostrar de manera objetiva los hechos que pretenden ser demostrados a través de ella . Al respecto la Sala de Casación Civil ha dicho:

“... Según el principio de la adquisición procesal, la actividad de las partes no determina la conducta del juez en la formación de su convicción acerca del mérito de las pruebas, las cuales se consideran adquiridas para el proceso y no para cada una una de las partes individualmente consideradas. Según éste principio, una vez incorporada la prueba al proceso, deja de pertenecer al litigante que la ha producido, para transformarse en común, que es la denominada “comunidad de la prueba”; cada parte puede aprovecharse, indistintamente de su prueba como de la producida por la contraparte, y a su vez, el juez puede utilizar las resultas probatorias aún para fines diferentes de aquellos que contemplan

⁶⁵ VALMAÑA CABANES, Antonio. El Principio de adquisición procesal y su proyección de la prueba no practicada. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, España. 2012. p. 25. Consultado en http://www.indret.com/pdf/888_es.pdf.

las partes que la producen, de modo que el juez puede valorarlas libremente, conforme a las reglas de la sana crítica, aún en beneficio del adversario de aquella parte que ha producido la parte...»⁶⁶

A pesar que las partes tienen una amplia influencia en el establecimiento de las condiciones generales del proceso arbitral a través del acta de términos de referencia y siempre con la debida supervisión y aprobación del tribunal arbitral, desde esta investigación se puede establecer que la referida flexibilidad probatoria no puede alterar la esencia de los principios indicados hasta ahora y menos aún al de la Comunidad de la Prueba. Sería absurdo un acuerdo que prevea la alteración en la colocación de la prueba en el arbitraje planteado, de un modo tal que la misma siga en la esfera individual del litigante y no pueda gozar de los efectos jurídicos pertinentes que ya se mencionaron respecto a la comunidad de la prueba.

2.2.9- Principio de la inmediación

Es quizás en el arbitraje donde el principio de la inmediación encuentra una de sus mayores virtudes. Según se desprende de la LAC y de los reglamentos del CACCC y del CEDCA, se observa que el mismo árbitro, se encuentra desde el inicio hasta el fin del proceso arbitral, lo que genera en consecuencia, en primer lugar, un contacto físico cercano con las partes involucradas en el conflicto y en segundo lugar, la posibilidad de apreciar de manera más estrecha todos y cada uno de los actos procesales del juicio arbitral, lo cual permite una percepción directa de tales actuaciones y un sentido global del proceso.

Puede afirmarse igualmente que en el arbitraje comercial venezolano y los reglamentos de los principales centros sobre la materia, existe una marcada

⁶⁶ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. N° 0070 del 24 de marzo de 2000. Exp. N° 98-0757.

influencia hacia la sustanciación del proceso por medio de la oralidad, lo que facilita y exalta el principio de la inmediación. Respecto a lo anterior, señala De Miguel que "(...) la observación directa por parte del juez de todo el desenvolvimiento de los medios probatorios le ha de llevar a un convencimiento muy diferente al que pueda tener si se basa únicamente en escritos, en actas, que puedan recoger el desarrollo de dichas pruebas pues en definitiva su resultado que trata de obtener el convencimiento judicial, será tema de la sentencia."⁶⁷. Puede afirmarse que la regla general en el arbitraje es la inmediación, la cual sólo es interrumpida cuando sea necesaria la asistencia de los Tribunales de Primera Instancia a tenor de lo establecido en el artículo 28 de la LAC para la evacuación de las pruebas.

Dentro de este principio existe un aspecto interesante que puede resultar una excepción en el arbitraje, el cual se procederá a abordar. Según el artículo 234 del CPC⁶⁸ en su único aparte prohíbe que la evacuación de ciertos medios de prueba tales como la inspección judicial, pueda comisionarse dentro de la misma jurisdicción del tribunal. ¿Qué ocurriría si, vistas las circunstancias especiales del proceso se requiere de la asistencia de los Tribunales de Jurisdicción Ordinaria para practicar una de múltiples inspecciones judiciales que se tengan previstas dentro de la misma jurisdicción del tribunal arbitral?

Vista la naturaleza del arbitraje, donde son las mismas partes quienes deciden el rumbo de tal procedimiento, es de la opinión de quien suscribe la presente investigación que dicha prohibición, queda sin efecto si las mismas partes, consienten dicha práctica dentro de los límites del Acta de Términos de Referencia. Pero también pueden encontrarse soluciones intermedias a

⁶⁷ DE MIGUEL y ALONSO, Carlos. El Principio de la inmediación dentro del sistema formal de la oralidad. Biblioteca Jurídica de la Universidad Autónoma de México. p. 794. Consultado en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art12.pdf>.

⁶⁸ Todo Juez puede dar comisión para la práctica de cualesquiera diligencias de sustanciación o de ejecución a los que le sean inferiores, aunque residan en el mismo lugar. Esta facultad no podrá ejercerse cuando se trate de inspecciones judiciales, posiciones juradas, interrogatorios de menores y casos de interdicción e inhabilitación.

este tipo de situaciones. Sin abandonar completamente la intermediación como principio y en atención a otras soluciones brindadas por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el tribunal comisionado puede proceder al uso de la tecnología para grabar la inspección judicial que se va a practicar y de esta forma el tribunal comitente no tenga una percepción limitada a un acta escrita. Es la denominada intermediación de segundo grado⁶⁹

El carácter innovador que ofrece la norma arbitral sobre la supremacía de la oralidad sobre la escritura, es un reflejo de la adecuación del derecho frente a las nuevas tendencias, que permite disminuir la verticalidad de la relación Juez-parte y propiciar un contacto más directo entre los mismos, aspecto del cual el CPC debe ser partícipe para mantener en el tiempo un sentido práctico de los procesos judiciales.

2.2.10- Principio de la contradicción

La contradicción es uno de los principios más importantes que posee el derecho procesal y es la esencia a cualquier procedimiento de naturaleza contenciosa. Si bien el arbitraje es una herramienta alterna para dirimir controversias, dicho postulado no es ajeno a éste. Dentro del proceso, existen numerosos actos procesales que se generan por las múltiples incidencias que son resultado de la dinámica de los sujetos involucrados en ella, quienes buscan a través de las herramientas que les brindan las normas adjetivas, aportar lo mejor posible sus pretensiones y alcanzar así, la convicción necesaria en el juez/árbitro de la causa. Un juicio justo, parte de la premisa que las partes tengan la oportunidad de rebatir los alegatos de su adversario y ello resulta más palpable en la fase probatoria.

El principio de bilateralidad del proceso no es, en sustancia, sino una consecuencia de la bilateralidad de la acción, que se presenta como una petición que una persona hace al órgano judicial de una providencia

⁶⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ Caso: ASODEVIPRILARA del 21/8/2003

destinada a obrar sobre la esfera jurídica de otra persona; y presupone, por consiguiente, que frente a quien pide la sujeción de otro (actor en el proceso civil; acusador en el proceso penal), se encuentra alguien que debe ser sujeto (demandado en el proceso civil, imputado en el proceso penal), quien, por el principio de contradicción debe ser siempre admitido a hacer valer ante el juez todas las razones de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento del reclamo de la contraria⁷⁰. Cabe recordar, a propósito de lo expresado por *Calamandrei* que el fenómeno de la bilateralidad en la acción sólo es posible cuando exista la denominada reconvencción. Se puede afirmar que la contradicción en la prueba tiene dos formas distintas de ser expresada, lo cual, Cabrera Romero ilustra adecuadamente al decir que en la primera, se manifiesta al momento de la oposición a la admisión, la cual tiene un sentido preventivo (...) la otra la impugnación propiamente dicha que tiene un sentido correctivo⁷¹.

Pudiera afirmarse que en la primera audiencia de trámite establecida en el artículo 24 de la LAC empieza a formarse la contradicción de la prueba, cuando en presencia de ambas partes ya se hace referencia a las pruebas a presentar por cada una de ellas. Inclusive, cuando el reglamento del CACCC habla del Acta de Misión, insta que la misma sea elaborada dentro de la audiencia preliminar o dentro de los próximos cinco (5) días por cada una de las partes, para que luego el Tribunal pueda emitir el Acta definitiva donde se contendrá la forma cómo serán evacuadas las pruebas traídas al proceso. De esta forma se puede decir que la contradicción transcurre en los mismos términos en estos procedimientos a lo observado en la jurisdicción ordinaria ya que los involucrados pueden oponerse no sólo a algunas disposiciones en materia de prueba que hayan sido incluidas en los términos de referencia

⁷⁰ CALAMANDREI, Piero: "Instituciones de Derecho Procesal Civil", traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, volumen I, 1973, pág. 238-239. A través de LOUTAYF RANEA. Roberto: Principio de la Bilateralidad o de la contradicción. Véase: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/principio-de-bilateralidad-o-contradiccion/at_download/file.

⁷¹ CABRERA ROMERO, Jesús E. "Contradicción y control de la prueba legal y libre. Tomado de RIVERA MORALES, Rodrigo. Las Pruebas en el Derecho Venezolano. op. cit p.100.

sino en el posterior auto de admisión pruebas y seguidamente en la evacuación de las mismas.

2.2.11- Principio de la probidad probatoria

La probidad es precisamente aquella que identifica el ámbito moral y el correcto proceder de las partes en todo proceso judicial. Como lo afirma Rengel, se trata de una materia delicada que ha preocupado siempre a los sujetos del proceso, porque en ella intervienen la conciencia moral del sujeto y las condiciones objetivas que determinan la moralidad de los actos humanos⁷². Todo sujeto tiene el derecho, en base al artículo 49.1 de la CRBV de valerse de la prueba como el vehículo fundamental en la demostración de los hechos que sirven de base a sus pretensiones y ese es el correcto uso que debe ser aplicable por ellos al proceso, a diferencia de aquellos quienes utilizan esta fase para encubrir o esconder intenciones, llevando la controversia a situaciones desafortunadas que no permiten alcanzar la justicia. La probidad, pretende mantener precisamente los caminos regulares del procedimiento, evitando que la práctica de la prueba se convierta en un fraude real contra el propio tribunal arbitral y al sistema de justicia que éste representa. La jurisprudencia ha reiterado con base en los artículos 17 y 170 del CPC que:

*(...) Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte ha actuado con temeridad o mala fé cuando deduzca en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas y cuando maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa, o cuando obstaculicen el desenvolvimiento normal del proceso (...)*⁷³

⁷² RENGEL ROMBERG, Aristides. . op. cit p. 189.

⁷³ Sentencia de la Sala de Casación Civil del 8 de Mayo de 2002 Exp. Nº: 2002-000235.

2.3. La prueba y su presencia en las diversas etapas del arbitraje

En esta sección se estudiará el nexo de la prueba frente a las diferentes etapas sobre las cuales transcurre el arbitraje, lo cual es distinto al abordaje de los *momentos de la prueba*, es decir, su promoción, evacuación y valoración. Algunos tratadistas, consideran propicio hablar de la prueba desde el mismo momento en el cual se ha suscrito la cláusula de arbitraje, éste último definido como "(...) un contrato en el cual sus partes se comprometen a someter a decisión de árbitros la delimitación de los derechos y obligaciones disponibles y controvertidos, surgidos o que puedan surgir entre ellas con motivo de un contrato diferente al propio acuerdo de arbitraje o de una obligación de índole extracontractual (...)"⁷⁴ Porque se considera que allí nace cualquier intención de las partes de querer renunciar expresamente a la jurisdicción ordinaria y se esquematiza la manera en cómo puede llegar a ser dicho procedimiento, estableciendo para ello, el tipo de arbitraje a emplear (institucional o de corte independiente), el idioma a ser utilizado en el proceso, el derecho aplicable y en definitiva su examen por vía de equidad o por normas de derecho.

Frente a lo anterior ¿Es factible incluir aspectos probatorios en esta primera etapa? Una corriente se inclina hacia una postura afirmativa, argumentando que una vez conocida la materia sobre la cual se ha estipulado la cláusula arbitral se puede prever, sobre la base de un posible conflicto, cuáles pueden ser algunas normas respecto a los medios de prueba a utilizar e incluso, asomar alguna disposición especial sobre los lapsos que pueden ser aplicados frente a las ya estipuladas por el CPC.

Esta postura es recogida por el Ramón Alvins, quien además sostiene que dicha estipulación cumple una doble función "(...) Primero, permite a las partes producir durante la ejecución del contrato los respaldos que sean

⁷⁴ ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. op.cit p. 41.

necesarios con las formalidades que se acuerden y así resolver en la propia ejecución del contrato las controversias mismas; segundo, producir oportunamente cualesquiera pruebas que en caso de surgir un arbitraje permita evidenciar cual era la situación de hecho que en un momento particular en el tiempo existía.”⁷⁵

La posición transcrita, contiene un sentido de la previsibilidad que en opinión de la presente investigación puede no llegar a ser del todo conveniente, tomando en cuenta el carácter dinámico y volátil que puede adoptar una controversia una vez generada. Asegurar la forma de practicar la prueba en la cláusula de arbitraje, puede atar directa o indirectamente cualquier estipulación que en contrario pueda contemplarse o ser necesaria más adelante, luego de celebrada la primera audiencia de trámite o cuando se suscriba posteriormente el acta de misión o de términos de referencia.

A pesar que el destinatario de la primera posición ya planteada, son esencialmente los abogados de las partes correspondientes, para quienes podría resultar práctico y útil prever los posibles medios de prueba a utilizar y la manera en cómo podrían ser éstos evacuados, lo cierto es que, desde la firma de la cláusula de arbitraje, dentro de un contrato o de manera independiente a este, son muchos los acontecimientos que pueden ocurrir hasta presentarse el conflicto entre sus clientes, entre ellos, el cambio parcial del objeto del contrato principal sobre el cual versa el acuerdo o la inclusión de nuevas obligaciones entre los suscriptores, lo cual origina en consecuencia que el bosquejo de ese posible proceso arbitral cambie en el aspecto comentado supra. Es por ello que en el marco del presente trabajo se aboga por tratar la prueba desde el momento en el cual se ha formado el acta de términos de referencia.

⁷⁵ ALVINS, Ramón. op.cit. p. 302.

2.3.1- La prueba y su inserción dentro del acta de misión o de términos de referencia

Cuando se planteaba la posibilidad y la factibilidad de fijar un criterio investigativo que pudiera englobar a la prueba frente a los procedimientos arbitrales comerciales en Venezuela, sin duda alguna, el Acta de Términos de Referencia se presentaba como uno de los pilares fundamentales para su estudio y además la base para comprender en la parte final del presente capítulo lo que debe entenderse por flexibilidad probatoria y cómo ella debía desarrollarse en el marco de los momentos de la prueba.

Lo expresado, aunado con la característica principal de este medio alternativo de resolución de controversias que es la supremacía de la **libre voluntad de las partes**, crea las condiciones perfectas para imaginar un proceso capaz de moldearse a las necesidades particulares de cada conflicto y producir una verdadera evolución respecto a la práctica de las principales instituciones adjetivas en Venezuela. Tan pronto se instale el tribunal arbitral, se convocará a las partes para conocer de éstas los puntos controvertidos y sus pretensiones, de manera que el tribunal arbitral elabore un *acta que determine los términos de referencia, también referida como acta de misión, que expresará los asuntos a los que se circunscribirá la controversia objeto de arbitraje*. Con base en los términos de referencia que contiene los asuntos controvertidos, el tribunal arbitral dictará el laudo correspondiente.⁷⁶

El Acta de Términos de Referencia viene a representar básicamente el parámetro sobre el cual se va a sustanciar el proceso arbitral, su importancia es tal que permite a las partes involucradas formarse una hoja de ruta definida que el árbitro debe de igual manera respetar sustanciado las etapas del procedimiento y dictando un laudo ajustado al alcance de la controversia

⁷⁶ Guía Práctica para la comprensión y utilización del arbitraje. Asociación Venezolana de Arbitraje. Caracas 2014. p. 21. Consultado en: http://www.araquereyna.com/sites/default/files/archivos-pdf/guia_practica_para_la_comprension_y_utilizacion_del_arbitraje_0_2.pdf.

fijado en este instrumento. El Acta de Misión, constituye una pieza esencial del procedimiento arbitral en el arbitraje internacional y, cada vez más, en el arbitraje interno, ya que da forma y organización a todo el procedimiento. La utilidad de este instrumento de organización procesal es incuestionable en el ámbito internacional y muy recomendable en el doméstico, porque, gracias al mismo, el tribunal arbitral precisa con exactitud cuál es la misión que le ha sido encomendada⁷⁷

Dentro de los dos principales centros de arbitrajes en Venezuela, se establece el acta bajo análisis en los siguientes términos:

El artículo 28.2 del reglamento CEDCA expresa:

En la primera audiencia, el Tribunal Arbitral elaborará con base a los escritos de las partes y teniendo en cuenta lo expuesto por éstas en dicha audiencia, un documento que precise los términos de referencia. Para mayor celeridad, el Tribunal Arbitral procurará enviar previamente a las partes un borrador preliminar del documento para su revisión y comentarios.

Respecto al tema específico de la prueba, el artículo 28.3 *letra f* del reglamento del CEDCA establece

Un resumen de las pruebas que cada una de las partes considera necesarias, a los efectos de elaborar el calendario provisional de instrucción de la causa. El Tribunal Arbitral podrá interrogar a las partes sobre el propósito de cada prueba a fin de procurar acuerdos que permitan evitar la evacuación de pruebas innecesarias.

El artículo 50 del reglamento del CACCC sobre el acta de misión establece:

⁷⁷ DE HOYOS ISCAR, Javier. El Arbitraje Institucional. Revista Jurídica de Castilla y León. N° 29, 2013. p.p 18-19.

En la audiencia de constitución del tribunal arbitral, o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, las partes deberán presentar un proyecto de acta de misión. Finalizado este lapso, el Tribunal Arbitral tendrá diez (10) días hábiles para preparar el acta de misión definitiva. El acta de misión deberá contener lo siguiente:

- *Precisiones relativas a las reglas aplicables durante el procedimiento, incluyendo al lapso probatorio.*
- Cualesquiera otras menciones que a juicio de los árbitros, sean útiles para el buen cumplimiento de su misión, incluyendo la posibilidad de transmitir escritos o memorias de forma electrónica...

Cada uno de los reglamentos, bajo criterios similares, exalta el acta de misión como una fase esencial para la definición del proceso arbitral. Si realizáramos una analogía al respecto, dicho instrumento puede guardar cierta relación con las incidencias previas a los procedimientos establecidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la cual busca una finalidad “saneadora” del proceso. Ello se denota, por ejemplo, cuando el reglamento del CEDCA menciona que *el Tribunal Arbitral podrá interrogar a las partes sobre el propósito de cada prueba a fin de procurar acuerdos que permitan la evacuación de pruebas innecesarias.*

A propósito de la investigación, el acta de misión, característica de los arbitrajes institucionales o las audiencias previas en los denominados arbitrajes independientes, representan la base para la estipulación de la flexibilidad probatoria. En nombre de la voluntad de las partes, en dicha oportunidad pueden pautarse los lapsos para la práctica de las pruebas, los cuales pueden ser distintos a los observados en el CPC. “(...) Debe recordarse que son las partes las que establecen las dilaciones para el

cumplimiento de los actos del proceso arbitral, y por el pacto arbitral tanto ellas como los árbitros deben darles cumplimiento.”⁷⁸

La creación de una especie de calendario donde quede estipulado la oportunidad en la cual se llevarán a cabo cada uno de los momentos de la prueba, resulta útil y práctica para el tribunal y las partes involucradas. Tal como lo indica el reglamento CEDCA, al momento de convocar a las partes para la primera audiencia, el tribunal arbitral deberá solicitarles que preparen, para el día de la audiencia, un estimado realista del número mínimo de días que requerirán para presentar sus argumentos y pruebas. Tomando en cuenta lo anterior, así como necesidad de dictar el laudo arbitral en el menor tiempo posible, el principio de celeridad y continuidad del arbitraje y el plazo máximo fijado para dictar el laudo, el tribunal arbitral deberá elaborar un calendario que fijará la fecha, hora y lugar para cada una de las audiencias y demás actos de instrucción que se haya acordado celebrar.⁷⁹

De igual forma, es válido que utilizan esta oportunidad para adelantar la forma en como las pruebas serán evacuadas y estipular de antemano en cuales de ellas el tribunal arbitral puede valerse de la colaboración de los tribunales de primera instancia de la jurisdicción ordinaria para su efectiva práctica. Incluso, como se analizará en el capítulo IV, cabría la posibilidad de modificar la manera en cómo el árbitro valorará ciertos tipos de pruebas, siendo necesario analizar antes, si ésta materia es de estricto orden público o no.

Cabe recordar, aparte del tema probatorio ligado al acta de términos de referencia, que ésta fórmula procesal debe valerse por sí misma durante

⁷⁸ BARNOLA, José Pedro. “El respeto a la igualdad de las partes y al derecho a la defensa”. El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivos de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercia. Reseña histórica del arbitraje comercial en Venezuela publicación con ocasión del libro homenaje a los 15 años de la promulgación de la ley de arbitraje comercial de Venezuela “El Arbitraje en Venezuela”. Caracas. 2013 . p. 316.

⁷⁹ Guía para el Árbitro CEDCA. Véase: http://www.cedca.org.ve/documentos/normativa_arbitraje/GUIA%20DEL%20ARBITRO.pdf.

todo el procedimiento arbitral y convertirse en la principal fuente del principio dispositivo. Tal como lo establece Fernando Aguilar con ocasión al análisis del Acta de Misión inserta en el nuevo reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) “(...) El acta de misión tiene por función delimitar la competencia del tribunal arbitral que, por ser de fuente convencional, viene fijada en escalones sucesivos por el contrato, la cláusula arbitral, y el total de las presentaciones de las partes desde el escrito de inicio, en adelante.”⁸⁰

Una vez que se hayan delimitado los límites y el alcance de los medios de prueba a emplear en el proceso, sólo resta el pronunciamiento final del tribunal arbitral, expresado en un auto de admisión de pruebas, en concordancia al artículo 398 del CPC. Debe recordarse que la admisibilidad de las pruebas, es una actuación que corresponde únicamente al árbitro de la causa, dicho pronunciamiento es indelegable. Dentro de la libertad que ofrece este medio de resolución de controversias y dependiendo lo que hayan establecido la partes en la primera audiencia de trámite o en su defecto en el acta de misión, pudiera incluso pensarse en la posibilidad de revisar alguna decisión inicial sobre la pertinencia o no de una prueba determinada. Respecto a la naturaleza misma de la admisión de las pruebas. La Sala Político Administrativa del TSJ señaló:

“...la providencia o auto interlocutorio a través del cual el juez se pronuncia sobre la admisión de las pruebas promovidas, que es el resultado del juicio analítico efectuado por él respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el CPC, atinentes ellas

⁸⁰ AGUILAR, Fernando. El Acta de Misión en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI, 2012. Consultado en: <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id16/el-acta-de-mision.pdf>.

*a las de su legalidad y las de su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y establecer los hechos, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictar respecto de la legalidad del acto impugnado. (...) pues sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal o impertinente, y por tanto inadmisibile (...)*⁸¹

A pesar de la amplia libertad en el arbitraje, respecto a las formas de practicar los actos que conforman el proceso, lo claro es que nunca puede sacrificarse el debido proceso y en general, cualquier otra manifestación que menoscabe el derecho a la defensa y a la tutela efectiva de las partes. Como se anunciaba en anteriores líneas, uno de los principios que informa a la prueba dentro de los arbitrajes, es precisamente la libertad probatoria, pero ello se contrapone o tiene como límite, la licitud que debe guardar para que la misma sea admitida, tal como ya se expresó. El árbitro, en este caso, debe ser sumamente cuidadoso en el examen preliminar de las pruebas ya que de él depende la regularidad y legalidad del proceso arbitral que se sustancia.

Toda prueba que es ilegal, debe ser eliminada por completo del cúmulo probatorio ya que de mantenerse, luego de haber estado planteada en el acta de términos de referencia y ratificada posteriormente en el auto de admisión de pruebas, las garantías constitucionales aplicables en esta instancia se encontrarán en peligro. Al respecto, Parra Quijano enuncia que:

“(...)Tampoco puede cobijar con el manto de la impunidad la violación de esos derechos y mucho menos llegar al colmo de

⁸¹ Sentencia de la Sala Político Administrativa del 14 de Noviembre del 2000. Exp N° 16.332

estimar los frutos de esa violación como si nada hubiera ocurrido. Si el Estado asume esos criterios, el proceso tendría mácula y autorizaría al << juego sucio>> dentro de él, desvirtuando entonces su finalidad, la cual es la de ser mecanismo ideado por el hombre para administrar justicia en forma inmaculada. Valorar y apreciar la prueba ilícita en el proceso es estimular y autorizar su consecución; por el contrario, restarle todo valor es desestimarla”⁸²

2.4. Aproximación a la flexibilidad probatoria arbitral

Luego de haberse planteado en ésta primera parte de la investigación las nociones generales del arbitraje y de la prueba, a modo de enlazar ambas instituciones para los fines propuestos, ha llegado el momento de analizar un concepto que servirá no sólo de transición para los capítulos siguientes del trabajo, sino además, representará la base para entender por qué el arbitraje es un mecanismo sustancialmente distinto a lo observado en la jurisdicción ordinaria.

Este medio de resolución de controversias es fácilmente distinguible por la simplicidad de sus formas y la practicidad dentro del propio procedimiento, lo cual ha sido un ideal que ha alcanzado la LAC, así como los principales reglamentos de centros de arbitraje del país⁸³ que han seguido el espíritu de lo observado por el arbitraje internacional en cabeza de sus distintas normas y centros especializados en la materia, como el caso de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁸⁴.

A pesar de lo anterior, no se debe olvidar que hoy en día el arbitraje aún transcurre sobre un cierto clima de escepticismo de parte de algunos operadores de justicia. A este tenor sostiene Coronel que en todo proceso de cambio cultural, el sistema de arbitraje ha enfrentado dificultades,

⁸² PARRA QUIJANO, J.. op. cit p.145.

⁸³ Casos específicos del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

⁸⁴ www.iccwbo.org.

resistencias y temores, especialmente por parte de los operadores jurídicos: abogados, jueces e inclusive los propios árbitros quienes, formados con las ideas de respeto profundo a las normas procesales e inclusive inclinados hacia el formalismo y ritualismo en la práctica litigiosa, se ven abocados a lidiar con una modalidad de resolución de controversias que privilegian ampliamente el contenido sobre la forma, la agilidad y celeridad por sobre el rito y las fórmulas sacramentales⁸⁵.

El primer bosquejo en referencia a la prueba en el arbitraje, se dio a conocer mediante algunos principios procesales que lo informan y que permitieron concluir preliminarmente que no estamos en presencia de una figura extraña o aislada del derecho procesal, ni tampoco del sistema judicial, gracias a su consagración en el artículo 258 de la Constitución, más bien, podría decirse que es un mecanismo que utiliza distintos medios para conseguir el mismo ideal de justicia que se pretende alcanzar en sede ordinaria. Una de las notas más resaltantes respecto a esta materia es la increíble capacidad de maniobrabilidad de la misma en cuanto a los aspectos de forma que deben cumplirse en el proceso.

Quizás, para los tratadistas más clásicos del derecho procesal, quienes pudieran ver al arbitraje como una figura que transforma de manera excesiva los modos procesales olvidan precisamente que debe ser este aspecto el que debe guardar la mayor previsibilidad y legalidad ya que las causales de nulidad establecidas en el artículo 44 de la LAC, se enfocan sobre los aspectos formales (pero no en formalismos no esenciales) y no de fondo de la controversia sustanciada por este medio.

Por tanto, analizar el concepto de la flexibilidad probatoria también debe comprender responsabilidad en cuanto al alcance que esta deba tener y el límite de su conveniencia respecto al orden público. Se centrará esta sección

⁸⁵ CORONEL JONES, Cesar. Arbitraje y Procedimiento en Ecuador. *Latin Arbitration Law*. Consultado en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/arbitraje-y-procedimiento-en-ecuador/>.

por tanto, a .tratar la acepción de flexibilidad no desde el punto de vista del proceso arbitral sino más restrictivamente, es decir, respecto a la prueba y su práctica.

Necesario es iniciar en primer orden con el concepto de “flexibilidad”, el cual es una cualidad de aquello que es flexible, y en palabras de la Real Academia Española significa aquello que tiene disposición para doblarse fácilmente; también, aquello susceptible de cambios o variaciones según las circunstancias o necesidades; o en tercer lugar, que no se sujeta a normas estrictas, a dogmas o a trabas⁸⁶. De los conceptos transcritos, es el tercero el cual guarda una relación evidente frente a la noción que se pretende construir. La flexibilidad simboliza justamente un ideal de no sujeción total frente a un orden o patrón que lo regula. Seguidamente, si añadimos la noción de flexibilidad frente a la prueba, se puede construir un concepto inicial que se presenta como la cualidad que define a la prueba en el arbitraje, dentro de su propia realidad adjetiva, y que consiste básicamente en la disminución de la rigidez formal, en cuanto a la manera de promover, evacuar y valorar las pruebas en procesos arbitrales, sin sacrificar aspectos intrínsecos a la institución probatoria como el Debido Proceso y el Derecho a la Defensa. La flexibilidad como postulado es, en sí misma, sinónimo de efectividad y eficacia.

Lo primero que se desprende de la noción planteada es la búsqueda de la disminución de la *rigidez formal*. Pero: ¿en qué medida debe ser concebida la misma? Una de las características más palpables del derecho como ciencia del conocimiento es precisamente lograr definir postulados jurídicamente indeterminados, siendo la *rigidez formal* un concepto amplio que podría entrar dentro de esta categoría.

⁸⁶ Diccionario de la Real Academia Española Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=flexible>.

Por tanto, la manera más práctica de visualizarlo es mediante ejemplos palpables que permitan saber, dónde nos encontramos frente a la institución y hacia donde se pretende encaminarlo como objeto de estudio de la investigación. En materia de tacha de testigos, contemplada en los artículos 499 al 501 del CPC, debe constar expresamente en el expediente que sustancia la causa⁸⁷. Pero como el legislador venezolano ha propiciado con su silencio un vacío en la forma exacta de *formalizarla (entendiendo por formalizar la manera en la cual la parte interesada lleva a la realidad dicha actuación procesal al expediente)*, cualquiera de las partes en un proceso arbitral puede determinarla mediante un escrito de carácter formal o una simple diligencia. También puede ser expresada oralmente en audiencia si el acta de términos de referencia ha estipulado un número de audiencias para impugnar y realizar observaciones a las pruebas de la contraparte y hacerlas constar posteriormente en un acta que se levante luego de llevarse a cabo la referida audiencia.

De lo mencionado, es importante discriminar que la alternatividad en las formas procesales para expresar en la realidad jurídica una actuación de parte, no comporta violación alguna a las garantías y principios constitucionales de la partes en el proceso. El arbitraje permite “flexibilizar” la materia de pruebas.

Distinto es observar un tribunal arbitral que frente a la tacha presentada ante éste, no deje constancia en autos de su realización o no permita a la contraparte realizar el debido control de prueba que se estime conveniente al caso. En esas circunstancias, una formalidad esencial al acto ha sería violada y por ende se produciría un vicio de nulidad. El caso de la tacha de testigos es tan sólo ilustrativo de como el arbitraje se vale de fórmulas prácticas que, aún separadas de la rutinaria práctica del proceso judicial

⁸⁷ Configura una formalidad esencial que no admite estipulación en contrario y por ende es una rigidez que el legislador ha previsto sobre la forma del acto procesal

ordinario, no comportan sacrificios indebidos en los derechos de los justiciables.⁸⁸

Otros supuestos que permiten ilustrar la ausencia de rigidez formal y la flexibilidad son los lapsos correspondientes para las actuaciones dentro del proceso arbitral. Sin duda alguna, el factor temporal en los actos tiene que presentarse de manera racional ya que de lo contrario habría que soportar un procedimiento inviable en la práctica por su extensión en el tiempo. Es del conocimiento general que el CPC muestra un sistema predeterminado en cuanto a los tiempos para la práctica de las fases en el proceso, lo que genera consigo una oportunidad específica para que los justiciables se sirvan de ella para su propio interés (carga procesal). El árbitro debe velar que efectivamente cada etapa del procedimiento pueda ser separable en el tiempo cada actuación. Ello es un aspecto irrenunciable y marcado por una estricta rigidez esencial para su validez; pero lo que efectivamente puede ser moldeable a efectos de cada juicio en particular no es la oportunidad del acto (lo cual es inderogable por las partes) sino el período que permita separar el momento de cada fase. De esa forma, en la audiencia de trámite o en el acta de términos de referencia puede anunciarse un lapso preestablecido para evacuar ciertas pruebas con la salvedad de que existan prórrogas razonables dependiendo si la naturaleza de la controversia así lo requiere.

Lo anterior no significa que dicha libertad sea sinónima de extender innecesariamente su práctica, sino entender bajo parámetros lógicos las necesidades de ese proceso específico sin perder el norte de todo arbitraje que es la brevedad, tal como reza la LAC⁸⁹. En ninguno de los dos planteamientos antes expuestos se busca sacrificar el proceso, ni mucho

⁸⁸ La rigidez formal siempre estará presente en el marco de los procesos judiciales a modo de primer testigo en el mantenimiento de las reglas del "juego procesal" pero su inclusión jamás debe considerarse sinónima de mantenimiento de formalidades no esenciales que sacrifiquen a la postre la justicia como finalidad del proceso.

⁸⁹ Artículo 22: Si en el acuerdo de arbitraje no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses contados a partir de la constitución del tribunal arbitral. Este lapso podrá ser prorrogado por dicho tribunal una o varias veces, de oficio o a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. Al término antes señalado se sumarán los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

menos alterar sus formas fundamentales. El fin esencial en la búsqueda de la simplicidad de la que se ha hecho referencia es relegar fórmulas sacramentales inútiles a un segundo plano y así centrar la atención en el verdadero interés de las partes y los árbitros que es la raíz de la disputa planteada. Tal como establece Díaz-Candia, en el arbitraje la tendencia natural (en nuestro criterio, correcta y beneficiosa) es ir al fondo de la causa, a sus méritos reales y tratar de acercarse lo más posible a la realidad material. Ello es así para el arbitraje de derecho inclusive, a pesar de que es menos flexible – al menos en aspectos sustantivos- que el arbitraje de equidad.⁹⁰

Cabe destacar con ocasión de la investigación, que la *flexibilidad probatoria* admite ser demostrada no tanto en el campo del arbitraje de equidad, definido como aquel en el cual los árbitros resuelven conforme a sus conocimientos y a su leal saber y entender y pueden apartarse de las pautas legales, tanto las de orden procesal como las sustantivas. No hay impedimento legal para que en el arbitraje de derecho se acepte la convención de las partes sobre reglas probatorias específicas, sean las legales u otras creadas por ellas o por los centros de arbitraje.

El juez arbitrador actúa en la sentencia con entera libertad, «consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad»⁹¹. Más bien, el interés se centra en el arbitraje de derecho, donde es puesto a prueba la observancia de las normas por parte del árbitro vs. La flexibilidad desde un ámbito adjetivo.

Cuando se pretende hablar de flexibilidad probatoria aplicada al arbitraje, no se puede circunscribir su estudio a un solo aspecto de ella. Entender esta tendencia es aceptar su entorno de manera global y no restrictivamente.

⁹⁰ DIAZ-CANDIA, Hernando. op. cit. p.66.

⁹¹ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. op. cit. p.p 46-47.

Para mayor ahondamiento sobre el tema del Arbitraje de equidad, consultar sentencia de la Sala Político Administrativa N° 716 Caso: CVG Industria Venezolana del Aluminio, C.A.

Si sólo se circunscribe el análisis sobre la *posibilidad de servirse de cualquier medio probatorio, no prohibido por ley*, sólo nos centraríamos en dilucidar hasta dónde puede extenderse el Principio de la Libertad Probatoria en el proceso. En cambio, en el arbitraje, se pretende ir más allá, buscando todas y cada una de las particularidades que pueden generarse y flexibilizarse, con oportunidad a cada uno de los momentos de la prueba (Promoción, oposición, evacuación y valoración). Dentro de las corrientes más conservadoras del derecho, se podría decir que una vez promulgada la constitución de 1999 la responsabilidad de los árbitros y de los centros especializados en la materia ha aumentado de forma exponencial, puesto que el arbitraje por primera vez en Venezuela junto a otros medios de resolución de controversias ha alcanzado rango o mención constitucional. Lo mencionado pudiera traducirse en descartar la flexibilidad probatoria en esta institución, obligándola a transcurrir a la misma medida que los tribunales ordinarios. Para nosotros eso no sería correcto. Luego de quince años de la carta magna, la jurisprudencia poco a poco ha ido encargándose de interpretar el cada vez más creciente sentido autónomo del cual goza el arbitraje⁹².

A pesar que dicha institución se encuentra inserta en el sistema judicial y que sus árbitros poseen verdadera función jurisdiccional, ello no puede impedir el desarrollo de este instrumento bajo sus propias fórmulas y parámetros especiales. A modo complementario, tal como señala Wallis, si bien el arbitraje constituye, al igual que el procedimiento civil ordinario, un cauce a través del cual fluye el caudal de la “verdad procesal”, este viene a ser un cauce llano, de poca profundidad formal; vale decir, es un proceso en el cual no privan las formalidades, sino que constituye un verdadero instrumento

⁹² Al respecto ha establecido la Sala Constitucional: (...) el arbitraje trasciende el simple derecho individual de los particulares a someterse al mismo -en los términos de las normas de derecho comparado- 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 (...). Extracto de la Sentencia N° 1541 de la Sala Constitucional del año 2008.

para conocer el fondo de la controversia⁹³. Sería inapropiado y hasta irresponsable postular hoy en día que la previsión constitucional del arbitraje obligaría a una sumisión absoluta a la imagen de la justicia ordinaria, permitiendo solo sustanciar un proceso bajo el cristal de las normas adjetivas del CPC. Se debe recordar que la autonomía de la voluntad de las partes juega un papel fundamental en la figura bajo estudio y sólo ello tendrá límite en el orden público y en el mantenimiento de las formalidades esenciales. “(...) Debe, por tanto, balancearse o adminicularse el positivo reconocimiento jurídico del arbitraje, sin convertirlo en una institución formalista, ni demasiado parecida a la jurisdicción judicial (...)”⁹⁴.

Por todo lo antes indicado, frente a la noción preliminar de flexibilidad probatoria arbitral se concluye que es una *cualidad procesal que tiene origen en el arbitraje, capaz de armonizar los postulados más tradicionales de la prueba y su inserción en el proceso, a través de la disminución de la rigidez formal, respetando a su vez la naturaleza intrínseca de la institución probatoria, como mecanismo ideal para alcanzar la verdad material, sin sacrificar las garantías y derechos constitucionales de las partes involucradas en el procedimiento arbitral ni el orden público que pudieran reflejarse en ellas* .

CAPÍTULO III

3) Promoción y evacuación de pruebas en el procedimiento arbitral comercial en Venezuela

3.1. De la promoción de las pruebas

En el derecho procesal, la promoción de pruebas es la actuación mediante la cual se *ofrecen* el conjunto de pruebas que representarán la base de las

⁹³ WALLIS, Bernardo. Las Pruebas en el procedimiento arbitral. Legal Report/ CEDCA. Agosto de 2010. p.74.

⁹⁴ DIAZ-CANDIA, Hernando. op. cit. p.89.

alegaciones de las partes. Es el primer instante que identifica a la prueba en el proceso judicial. La proposición de las mismas en el juicio depende de igual forma del tipo de medio probatorio del cual se pretenda servir. Desde el mismo momento en el cual la parte actora presente el escrito libelar, debe presentar con éste los documentos fundamentales entendidos aquellos de los cuales se desprendan directamente la pretensión⁹⁵; no todos los documentos son fundamentales ni deben ser acompañados al libelo inicial. Algunos pueden tramitarse con la promoción de prueba; y si son públicos hasta el acto de informes. Para el juicio civil ordinario se dispone que *“dentro de los primeros quince (15) días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que quieran valerse, salvo disposición especial de la ley. Pueden sin embargo las partes de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tengan interés”*⁹⁶. Es en este lapso donde se presentarán aquellos documentos.

La jurisprudencia ha dejado claro los criterios a ser tomados en cuenta a la hora de promover pruebas y el cual es expuesto en los siguientes términos:

(...) La regla general en Venezuela de la promoción de las pruebas la establece el artículo 396 del CPC. Es un lapso perentorio y preclusivo salvo las excepciones legales. La mayor parte de las pruebas que deben promoverse dentro de este lapso son: los instrumentos privados de la demanda, y la de éstos en los casos de excepción a que se refiere el artículo 434; la exhibición de documentos; la confesión o posiciones juradas; la experticia; la inspección judicial, la prueba de testigos; las reproducciones, copias y experimentos; la prueba de informes y cualquier medio

⁹⁵ Artículo 340.6 del CPC.

⁹⁶ Artículo 396 del CPC.

*probatorio no contemplado expresamente en la ley (las pruebas innominadas). Las excepciones a la regla anterior son varias: algunas pruebas deben promoverse con el libelo de la demanda, como los instrumentos públicos o privados en que se fundamente la pretensión; otras pruebas pueden ser promovidas en todo tiempo hasta los últimos informes (...)*⁹⁷

Preliminarmente, se pudiera deducir de la LAC que la misma no es del todo precisa en cuanto a las fases probatorias, ni del tiempo preciso para llevar a cabo cada una de ellas a diferencia de los reglamentos de los centros de arbitrajes anteriormente señalados donde se hace alguna mención más específica al respecto. La LAC sólo se limita en el artículo 24 a mencionar que “(...) Las partes podrán aportar, al formular sus alegatos, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar”.⁹⁸ Más adelante se expresa que el tribunal arbitral realizará audiencias que considere necesarias, con o sin la participación de las partes, y decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas presentadas (...)⁹⁹.

Frente a lo anterior, el artículo 24 *eiusdem* hace alusión a la promoción probatoria que inicia desde el mismo momento de presentar la solicitud de arbitraje con la introducción de la demanda y posteriormente en la contestación, a las cuales se acompañarán pruebas de carácter *documental*, tanto públicos como privados o haciendo mención a ellos para su posterior

⁹⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 25 de Junio de 2003. Exp N° 01-0166.

⁹⁸ Artículo 24 de la LAC. Recoge el espíritu a su vez de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas en su artículo 23.1: (...) Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

⁹⁹ Artículo 27 de la LAC.

exhibición¹⁰⁰. La LAC no se limita a documentos fundamentales. Adicional a ello, podrá realizarse la mención debida al resto de los medios de prueba que posiblemente vayan a utilizarse en el proceso, tanto las nominadas como las innominadas.

En los llamados arbitrajes institucionales, una audiencia puede servir de marco preparatorio para el *acta de misión* o de *términos de referencia*, en donde se pueden definir las pruebas a ser ofrecidas, su forma de ser evacuadas y los lapsos con los cuales se contarán para cada una de estas etapas. Así lo establece el artículo 25 del reglamento del CACCC al referir que en dicha acta se podrán establecer *precisiones relativas a las reglas aplicables durante el procedimiento, incluyendo el lapso probatorio*. El artículo 33 del Reglamento del CEDCA establece que (...) Esta facultad conferida al Tribunal Arbitral, incluye la de determinar la admisibilidad, el modo, lugar y tiempo para la evacuación de las pruebas, así como su valoración y el establecimiento de fechas límites para la presentación de todas las pruebas.

En relación con la promoción de pruebas, en la Ley de Arbitraje Española¹⁰¹, así como en la LAC, no se establece lapso específico para llevar a cabo esta fase de la prueba. En ese sentido, *Jurado Beltrán* establece en primer término, que “(...) no previendo la Ley Arbitral (en referencia a la norma española) una concreta preclusión en cuanto a la aportación de pruebas, entendemos que ni tendrán que anunciarse los medios probatorios en los escritos iniciales de alegaciones, ni tan siquiera acompañar a los mismos la correspondiente prueba documental”.¹⁰²

¹⁰⁰ Artículo 434 del CPC: Si el demandante no hubiere acompañado su demanda con los instrumentos en que la fundamenta, solo se le admitirán después, a menos que haya indicado en el libelo la oficina o el lugar donde se encuentren, o sean de fecha posterior, o que aparezca si son anteriores, que no tuvo conocimiento de ellos.

¹⁰¹ Artículo 30 Ley 60/2003, de 23 de diciembre. Ley española de arbitraje.

¹⁰² JURADO BELTRÁN, David. Aspectos prácticos que plantea la prueba en el Procedimiento Arbitral. Capítulo Xº de la obra “Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa”. Editorial Difusión Jurídica 2011. Consultado en: [http://Aspectos%20prácticos%20que%20plantea%20la%20prueba%20en%20el%20procedimiento%20arbitral.%20\(%20Perspectiva%20Española\).html](http://Aspectos%20prácticos%20que%20plantea%20la%20prueba%20en%20el%20procedimiento%20arbitral.%20(%20Perspectiva%20Española).html).

Si de forma analógica se quisiera trasladar dicha apreciación a la realidad arbitral venezolana ¿Puede afirmarse como correcta la apreciación antes transcrita? El artículo 340 del CPC en su ordinal 6° señala que *el libelo de la demanda debe contener los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo*. El artículo que se cita, es la manifestación más cercana de la cual puede valerse supletoriamente la LAC, respecto a este tipo de procedimientos. Si se asume una postura estrictamente liberal sobre la situación que se somete a análisis, se podría decir que la libertad en el arbitraje permite ese tipo de posturas ya que lo contrario, significaría dirigirlo a un camino distinto al de sus formas, lo que originaría una manifestación de judicialización de esta institución.

Pero, como ya se dijo, existen determinadas actuaciones que son esenciales en los fines que persigue todo proceso, inclusive el arbitral, y en donde una vez más, entran en juego el concepto de flexibilidad vs. el de rigidez. Si se presenta el escrito libelar con un conjunto de pretensiones, las cuales no se encuentran avaladas por los documentos fundamentales (aquellos de donde se deducen directamente la pretensión), ello dejará en un limbo al demandado, quien al momento de contestar la demanda, no sabrá de los argumentos imputables contra éste, lo cual genera la dificultad obvia de no poder preparar sus defensas de la forma idónea.

De permitir el tribunal arbitral esta situación, estaríamos –en nuestro criterio– a las puertas de una franca violación del derecho a la defensa de una de las partes involucradas y que seguramente sería una circunstancia que potencialmente activaría, luego de pronunciado el laudo, el recurso de nulidad. La preponderancia de las formas que exige el artículo 340, ordinal 6, del CPC, se considera en esta oportunidad esencial para la validez del libelo de la demanda y la suerte del resto del proceso. Ya la Sala Político

Administrativa ha reiterado la importancia de lo que se establece en los siguientes términos:

*(...) La obligación de acompañar al libelo los documentos de los cuales se derive inmediatamente el derecho reclamado, ..., se relaciona no sólo con la necesidad de permitir al juez determinar claramente la pretensión del demandante, sino también con la posibilidad que el demandado pueda ejercer adecuadamente los mecanismos más idóneos en defensa de sus derechos (...)*¹⁰³

A diferencia de lo comentado *supra*, una de las fórmulas que sí permite flexibilizarse, es el lapso para la promoción de las pruebas. La propia LAC, no hace ninguna mención al respecto y ceñirse en este caso al lapso de quince (15) días contemplado en el CPC si pudiera ser sinónimo de una rigidez innecesaria ya que no se coloca en peligro el derecho a la defensa de las partes ni alguna otra garantía constitucional.

3.2. De la evacuación de las pruebas

3.2.1- Breve referencia a la institución

A excepción de la documental, que es incorporada de manera temprana al proceso, la prueba es formalmente practicada en el lapso de evacuación. Ese uno de los momentos de la prueba más importantes ya que se exalta a

¹⁰³ Sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 11 de Mayo de 2004. Sentencia N° 0449.

la realidad jurídica el conjunto de alegatos de las partes. Cada medio de prueba presenta una forma particular de ser evacuada brindando a esta institución diversas modalidades a ser estudiada y comprendida.”(...) La evacuación o práctica de la prueba no es un acto simple, está integrado por diversos actos, los cuales son algunos comunes a todos los medios y otros específicos a cada medio en particular. La práctica de los medios de prueba depende, lógicamente, de cada uno de ellos, pues es evidente, que no puede ser lo mismo realizar la actividad de tomar la declaración a testigos que la realización de una experticia (...)”¹⁰⁴. La práctica de la prueba, al igual que la promoción, necesita de un lapso específico de tiempo para llevarse a cabo¹⁰⁵. Lo anterior es muestra de la preclusividad de los lapsos que ya se estudiaba en líneas anteriores, a excepción del convenio particular de las partes de evacuar ciertos medios de pruebas en cualquier estado y grado del proceso tal como lo ordena el artículo 396 del CPC. La Sala Constitucional respecto al lapso de la evacuación ha sostenido que:

*(...) El lapso de treinta días para la evacuación de las pruebas contemplado en el artículo 392 del CPC, así como el lapso para su promoción, admisión y oposición será computado por días en que efectivamente el tribunal despache, en atención a lo dispuesto en el art. 197 del CPC, por encontrarse vinculada directamente la naturaleza de dicho acto al derecho a la defensa y al debido proceso de cada una de las partes (...)*¹⁰⁶

Al iniciarse la evacuación de las pruebas, una vez que haya constado en el expediente de la causa, el auto de admisión y no existiere oposición sobre el mismo, el rol de las partes y del juez/arbitro en dicha controversia, se definen

¹⁰⁴ RIVERA MORALES, Rodrigo. Las pruebas en el derecho venezolano. op. cit p. 353.

¹⁰⁵ Artículo 400 del CPC: Admitidas las pruebas, o dadas por admitidas conforme a los artículos precedentes, comenzarán a computarse los treinta días destinados a la evacuación (...).

¹⁰⁶ Sala Constitucional, sentencia N°0319 del 9 de marzo de 2001.

de una manera particular. Como contraparte, llega el momento donde se aplica en mayor medida, el principio del control de la prueba, mediante la cual no sólo se tiene acceso a las pruebas promovidas sino a la supervisión debida de las mismas cuando son practicadas, por ejemplo, estar en presencia conjuntamente con el tribunal, en la inspección judicial que se practique y constatar el correcto ejercicio de la prueba, o también, llegado el día de los interrogatorios a los testigos, tener la facultad de repreguntar a los mismos sobre hechos o situaciones directamente involucradas al proceso que se ventila. Ese ejercicio de vigilancia permanente es una de las manifestaciones más importantes del derecho a la defensa y la forma de conocer ampliamente, todas y cada una de las incidencias producidas con ocasión a ese juicio determinado. De parte del Juez/ Árbitro surge otro de los principios informadores de las pruebas que es la *inmediación*.

El director del proceso, para apreciar los alegatos de las partes, no sólo debe prestar su presencia física desde el inicio hasta el fin del procedimiento, sino además debe observar un contacto directo de las pruebas que se presentan a su examen, ya que ellas serán la base para la construcción de la sentencia/laudo. En el Arbitraje, se persigue como fin, que el Tribunal, pueda valerse por sí mismo respecto a las actuaciones procesales generadas en dichos procesos. En el caso de la prueba, se pretende que en materia de inspecciones judiciales, por ejemplo, su evacuación sea llevada a cabo por los árbitros en compañía de otros funcionarios pertenecientes a la terna arbitral (caso del secretario) si así fuere el caso. Pretende disminuirse el uso de los tribunales de primera instancia de la jurisdicción ordinaria para la práctica de dicha prueba, a menos que la propia naturaleza del conflicto o la lejanía del lugar donde pretende ser evacuada, obligue a la referida asistencia.¹⁰⁷

¹⁰⁷En criterio de quien suscribe, a pesar de no tratarse directamente del tema central de la investigación, el aspecto de la asistencia de los tribunales ordinarios, merece debida atención respecto a la práctica de las medidas

No existe previsión alguna en la LAC sobre los lapsos para los momentos de la prueba en los artículos 24 y 27 de la norma. Eso brinda un espacio para que las mismas partes o el árbitro, dependiendo del nivel del ejercicio de la potestad de este último, puedan modificar el lapso de los treinta días establecido en el CPC¹⁰⁸. La flexibilidad en el arbitraje se presta para hacer posible la variación de los lapsos, bajo la prerrogativa de otorgar oportunidades a tracto sucesivo para la práctica de las pruebas. Tanto en el procedimiento administrativo como el arbitral, la flexibilidad autoriza –y requiere- cierta discrecionalidad a los operadores (funcionarios y árbitros, respectivamente), en cuanto a la exigencia de requisitos y cuestiones de detalle que no sean fundamentales, de modo que se les permita solucionar asuntos prácticos y obtener la mayor cercanía del fondo de la causa con la realidad fáctica¹⁰⁹.

La extensión temporal es completamente posible en los arbitrajes independientes ya que son las mismas partes quienes forjan el esquema del proceso y cuentan con una mayor libertad en los plazos. En materia de arbitrajes institucionales, los centros de arbitraje en Venezuela, por lo general, a pesar de perseguir el ideal de justicia y el debido proceso, pueden ser un tanto más estrictos para alcanzar el otro fin del arbitraje que es la celeridad y brevedad.

Aún bajo esos supuestos, la autonomía de la voluntad de las partes, expresada de manera primigenia en la cláusula de arbitraje y posteriormente

cautelares. Por ejemplo, cuando un tribunal dicta una prohibición de enajenar y gravar sobre un bien inmueble determinado, el árbitro en plenitud de sus funciones puede no sólo dictar dicha prohibición, sino además, buscar ejecutarla mediante el envío de un oficio al Registro Subalterno en donde se encuentre dicho inmueble y con ello, la medida cautelar habrá sido materializada, sin la necesidad de la asistencia de los tribunales ordinarios, consiguiendo de esta manera, brevedad y practicidad en la actuación procesal. Distintos son los casos del secuestro, el embargo y cualquier otra medida cautelar de carácter innominado que por la naturaleza en el modo de su ejecución, se requiera de la debida asistencia.

¹⁰⁸ Adicionalmente, puede decirse que, a diferencia del resto de las etapas de la prueba, la mención realizada en el artículo 396 del CPC al expresar que (...) *Pueden sin embargo, las partes, de común acuerdo, en cualquier estado y grado de la causa, hacer evacuar cualquier clase de prueba en que tengan interés*, brinda dicho enunciado, una mayor libertad a las partes de disponer de la práctica de los medios de prueba, lo que indica que este artículo, es de aquellos que mejor adapta y armoniza al espíritu de la flexibilidad probatoria de la LAC en su artículo 27

¹⁰⁹ DIAZ-CANDÍA, Hernando. op. cit. p. 119.

en el acta de misión o de términos de referencia tiene completa prelación frente a otros factores externos. Así lo estableció la Sala Constitucional en cuanto a la autonomía de la voluntad en el arbitraje:

“(...)el arbitraje responde en primer lugar al principio de voluntariedad o de autonomía de la voluntad, que permite el ejercicio por parte de un tercero de funciones de orden jurisdiccional y comporta que una vez instaurado el correspondiente proceso arbitral, el mismo debe responder a las garantías y límites que establece el ordenamiento jurídico aplicable”, por lo que no existiendo límites en el ordenamiento jurídico estatutario aplicable, en materia del idioma a ser utilizado en los procesos de arbitraje, no puede derivarse del Texto Constitucional tal restricción. Ciertamente, no puede afirmarse que al integrar el arbitraje al sistema de justicia, ello comporta su inclusión entre los órganos y entes de los Poderes Públicos, en los términos antes expuestos en relación al idioma oficial (artículo 9), ya que tal consideración llevaría al absurdo de sostener tal conclusión respecto de todos los abogados en ejercicio, lo cual no es compatible con el contenido de la Constitución (...)”¹¹⁰

A continuación, y en aras del desarrollo práctico del presente trabajo, se procederán a analizar algunos de los medios de prueba en cuanto a la forma de ser evacuados. Será necesaria la confrontación frente a la doctrina comparada, para buscar en cada caso concreto el mayor carácter universal sobre el ejercicio de la prueba y de esa manera precisar algunas modalidades actuales en este tema, que confirman el carácter dinámico del arbitraje.

¹¹⁰ Sala Constitucional, sentencia N° 1541 del 17 de Octubre de 2008. Ver también sentencia de la misma Sala bajo el N° 1784 del 30 de Noviembre del año 2011 que ratifica el criterio transcrito sobre la importancias de la autonomía de la Voluntad de las partes en el arbitraje.

3.2.2- La prueba de testigos

El testimonio es una declaración de las expresiones más concretas de la oralidad dentro de los medios de prueba y de las más antiguas del sistema procesal. Resulta de la expresión de un sujeto, distinto a las partes y los funcionarios del tribunal, quien brinda con base en su propia percepción una narración sobre determinados hechos que pretenden una utilidad directa o indirecta sobre el objeto de la controversia.

Por ser el testimonio un juicio sobre el hecho percibido por el testigo, y por tanto, fruto de una percepción personal y directa del deponente, corresponde al ámbito del conocimiento histórico (...) ¹¹¹. Es una presunción lógica, que las declaraciones brindadas por el individuo frente al proceso, deben revestir una vinculación estrecha con el tema central de la disputa judicial, ya que de lo contrario, la prueba resultaría desechable e inútil.

El nivel de entendimiento de los testigos frente a la realidad es complejo y diverso debido a que en ella se conjugan factores como la edad o impedimentos físicos diversos que trae como consecuencia que la valoración que realice el juez/árbitro sobre los mismos se avoque a cada caso en concreto. El testimonio es un *acto procesal* eminentemente *personal*, el cual no puede ser delegado a otros sujetos para su práctica, ya que la percepción sobre un determinado acontecimiento está directamente influenciado por los sentidos del individuo que lo presencié.

Este es otro ejemplo de las formalidades que las partes no pueden relajar con motivo a un procedimiento arbitral, ya que desvirtúa por completo la finalidad de la prueba y su manera de ser evacuada. De igual forma, son requisitos esenciales a la validez de dicha prueba, en primer lugar, la capacidad del testigo para prestar la declaración, así como la determinación del tribunal de la causa, una vez admitida la prueba, del tiempo y la forma en

¹¹¹ RENGEL- ROMBERG, Arístides: op.cit p.290.

cómo va a practicarse este medio de prueba. Aspecto de importancia respecto a este punto, es la separación que debe existir entre el testigo y el interés sobre el proceso que se está ventilando, así lo establecía Devis Echandia al establecer que (...) el interés personal que el testigo pueda tener en los hechos que se tratan de probar, afecta la fuerza probatoria de su testimonio. Un testigo parcial es inepto para convencer al juez con su testimonio¹¹²; cuestión que califica como ineptitud subjetiva del testimonio.

Se verá a continuación la práctica de la prueba del testimonio en el arbitraje, a modo de realizar una simbiosis entre el tratamiento brindado en el extranjero y su conveniente aplicación o no sobre la realidad arbitral venezolana.

3.2.3- De la evacuación de testigos en el arbitraje

La LAC y los principales reglamentos de los centros de arbitrajes más importantes del país no contemplan de forma expresa reglas procedimentales sobre la forma en como evacuar pruebas, lo cual es sinónimo de flexibilidad en cuanto a su práctica y sustanciación en el proceso. "(...) respecto a la prueba de testigos, es el hecho de que no existe restricción alguna sobre la persona del testigo. Es decir, cualquier persona puede ser testigo: un tercero, obviamente, pero también un empleado, directivo o aun un representante de alguna de las partes, incluso sus asesores jurídicos. En principio y en ausencia de restricción impuesta de común acuerdo por las partes, no existen cortapisas sobre quienes son aptos para testificar (...) "¹¹³. Cabe recordar en base a la cita expresada *supra* donde se afirma "*cualquier persona puede ser testigo*" debe interpretarse de la forma más restrictiva posible, donde las inhabilidades establecidas para

¹¹² DEVIS ECHANDIA, Hernando. Requisitos para la Existencia jurídica, la validez y la eficacia probatoria del testimonio de terceros. p.23 Véase: http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Requisitos_para_la_existencia_juridica.pdf.

¹¹³ MANTILLA SERRANO, Fernando. La prueba en el arbitraje VI: Los testigos. Consultado en Editorial Legis: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/L/la_prueba_en_el_arbitraje/la_prueba_en_el_arbitraje.asp?CodSeccion=15. p.1.

testificar son de estricto orden público y frente a la cual el concepto de “flexibilidad” no tiene procedencia alguna.

Una de las primeras particularidades respecto a la evacuación de testigos en los arbitrajes radica en el aspecto de la juramentación de los mismos. Gran parte de la doctrina nacional y extranjera siempre han establecido que dicha acción constituye una formalidad inherente al medio de prueba en estudio. Incluso Devis Echandía en este sentido ha dicho que (...) en el testimonio como no se trata de reconocer un hecho desfavorable a quien lo presta, sino de efectos jurídicos para otras personas (las partes litigantes), la solemnidad del juramento viene a constituir una irremplazable garantía de seriedad, veracidad y credibilidad, pese a que son más importantes las cualidades personales del testigo, que el temor a la pena por su perjurio (...) ¹¹⁴.

Ahora bien, la garantía de honestidad y veracidad que propugna el autor citado en base a la circunstancia planteada ¿es del todo empleada en los procedimientos arbitrales?. Es oportuna en esta ocasión tratar la posición de Mantilla Serrano quien explica que (...) El tribunal arbitral recibe al testigo, procede a confirmar su identidad y lo invita a confirmar que declarará con sinceridad. Normalmente, no se exige prestar juramento y se le ofrece al testigo escoger entre “jurar” o “prometer” decir la verdad. ¹¹⁵ Bajo esta postura, el tratadista pareciera relegar a un segundo plano la solemnidad del juramento debido en parte a la propia naturaleza del arbitraje, el cual propugna ser un medio de resolución de controversias capaz de deslastrarse de dichos formalismos. Otro sector de la doctrina pudiera asomar incluso la posibilidad de transitar un camino contrario al juramento porque el árbitro carece de “imperio” en el ejercicio de sus funciones.

¹¹⁴ Ibid p. 16.

¹¹⁵ MANTILLA SERRANO, Fernando. op. cit p.1.

Frente a la primera postura, el no practicar el juramento especificado en el CPC¹¹⁶ para los testigos, tiene su fundamento, para un sector de la doctrina, en que dicho acto no reviste una formalidad esencial y por tanto prescindir de él no significa que deba invalidarse la prueba evacuada. Ahora bien, frente a la realidad venezolana que nos ocupa tiene igualmente validez la otra tesis que considera la juramentación como un requisito esencial para la validez del testimonio tal como lo ha dejado en claro el máximo tribunal de la República¹¹⁷.

Respecto a la segunda postura basada en la falta de “imperio” del árbitro, esta investigación consiente de la falta de poder para ejecutar las decisiones dictadas por ellas, niega categóricamente dicha posibilidad visto el sentido que enviste al arbitraje dentro de la constitución nacional, el cual en sus artículos 253 y 258, brindan a este medio una amplitud tal que los árbitros tienen plena función jurisdiccional. Eso les permite, en el caso de practicar el juramento, valerse de los efectos jurídicos que de ella emanen y contar así con la debida colaboración de los tribunales de jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, frente a las posiciones presentadas y en aras de adoptar una postura a los fines de la presente investigación, se puede proponer una solución intermedia, la cual se basa en prestar el juramento de forma flexible y sin formalidad, pero de manera que comprometa al testigo en el acto y en el acta y lo fomente a decir la verdad. Si el testigo se niega a prestar el juramento, el tribunal arbitral podrá –en nuestro criterio- tomar u oír el testimonio, pero estimando posteriormente en la valoración, probablemente de manera negativa o adversa hacia lo dicho por el testigo, la falta de juramento.

¹¹⁶ Artículo 486: El Testigo antes de contestar prestará juramento de decir verdad y declarará su nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio y si tiene impedimento para declarar, a cuyo efecto se leerán los correspondientes artículos de esta sección.

¹¹⁷ Sentencias de la Sala de Casación Civil N°112 del 13/4/2001, ratificada posteriormente por las decisiones: N°482 del 20/12/2001, N° 516 del 11/7/2007.

Una vez verificada la conveniencia del juramento por parte del testigo bajo los términos señalados ¿Cuál sería el rol del tribunal arbitral en los casos de falsos testimonios? Es claro, tal como se señalaba anteriormente, que el tribunal arbitral carece del mismo “imperio” que un juez para hacer ejecutar de manera coactiva las decisiones que de ellos se originen. Ello no impide, sin embargo, que la conducta del testigo pueda ser tipificada como ilícita y por tanto canalizada ante las autoridades penales correspondientes para continuar con la incidencia relevante.

Siempre se debe recordar que el árbitro no es un agente extraño, es sin duda alguna parte integrante del sistema de justicia venezolano. En concordancia a lo expuesto, se comparte la visión colombiana de Marchesini al decir que mentir, falsear la verdad, retacearla o callarla ante un árbitro tiene las mismas consecuencias penales que hacerlo ante un Juez porque el fin de ambos procedimientos es el mismo, resolver un conflicto mediante un laudo o finiquitar un juicio mediante una sentencia produce para las partes idénticos efectos. Por tanto, los vicios, las alteraciones dolosamente provocados en los medios probatorios conducentes a producir ese acto resolutorio final jurisdiccional, deben ser sancionados en igual forma.¹¹⁸. El testigo en el arbitraje obedece más a un procedimiento dispositivo que inquisitorio. Es decir, la responsabilidad de la prueba está esencialmente en manos de las partes (y de sus abogados) y no al árbitro, **quien se limita esencialmente a administrarla y valorarla más que a practicarla**¹¹⁹(resaltado nuestro).

¿Puede por tanto el árbitro interrogar directamente a los testigos?¹²⁰ La referencia anterior pareciera no propiciar una acción como la prenombrada.

¹¹⁸ MARCHESINI, Martín. Los medios de prueba en el arbitraje Comercial y sus contingencias. Consultado en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/prueba_arbitraje.html.

¹¹⁹ MANTILLA SERRANO, Fernando. La prueba en el arbitraje IV: Los testigos. Consultado en Editorial Legis: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/L/la_prueba_en_el_arbitraje/la_prueba_en_el_arbitraje.asp?CodSeccion=15.

¹²⁰ Al respecto, el CPC en su artículo 487, contempla la posibilidad de que el juez pueda realizar preguntas al testigo, todas aquellas que crea conveniente para ilustrar su propio juicio. La norma, en sí misma, pareciera tener

En unas jornadas del Club Español del Arbitraje¹²¹ se advirtió la cierta inconveniencia de un interrogatorio que partiera de la terna arbitral, pero se mencionó la posibilidad conceptual de llevarlo a cabo, siempre y cuando las preguntas formuladas *no conllevaran a marcar una tendencia directa o indirecta a favor de una de las partes involucradas en dicho procedimiento*, ya que ello pudiera brindar la sensación de parcialidad y por ende el peligro de causar indefensión a una de las partes, propiciando posteriormente una posible impugnación del laudo. Lo que para nosotros siempre resultaría admisible es un interrogatorio que procediese sobre hechos auxiliares o que ampliasen la declaración sin desvirtuarla, claro está.

Las preguntas de los árbitros deben plantearse de la manera objetiva, buscando tan sólo corroborar ciertos hechos ya traídos a la controversia en voz de los propios testigos, todo ello a tenor de lo establecido en el artículo 487 del CPC. Debe apuntarse además que la actividad arbitral no debe arropar de forma invasiva el interrogatorio. Para ello, por ejemplo, se plantea la alternativa que en tribunales con pluralidad de árbitros sea el presidente el tribunal arbitral quien canalice las inquietudes del resto de los árbitros y sea el primero quien las formalice a viva voz. Sobre lo anterior, tal como se menciona en el *Legal Report* del CEDCA, el carácter cauteloso del árbitro también debe guardarse además de lo anterior, por la razón de que pueden haber cuestiones tácticas por las cuales el abogado no ha formulado ciertas preguntas pertinentes o producido ciertos testigos claves. El árbitro en principio, y salvo por lo antes señalado, no debería interferir con esa decisión ya que durante la audiencia el abogado está representando a un cliente, y el

una redacción permisiva al respecto pero ello no significa que el juez de la causa pretenda sustituir la evacuación de dicho medio de prueba correspondiente a las partes en juicio.

¹²¹ Congreso realizado con ocasión a las III jornadas del capítulo portugués del Club Español del Arbitraje. Ponencias realizadas bajo el tópico: análisis de la prueba en el arbitraje. Porto, septiembre de 2013.

árbitro, al formular preguntas, puede dar la impresión que el abogado esté mal preparado o aparezca como incompetente a los ojos de su cliente.¹²²

Respecto al lugar para llevar a cabo las deposiciones, es recomendable por supuesto la asistencia de los testigos a la sede del tribunal arbitral pero, frente a contingencias por la ubicación de los testigos y por los fines perseguidos en el arbitraje pueden plantearse fórmulas o soluciones adicionales para evacuar de manera efectiva a los testigos, sin necesidad de incurrir en criterios tradicionales del CPC al respecto. Por ejemplo, si la necesidad del procedimiento arbitral lo requiere y uno de los testigos propuestos se encuentra fuera del país, se puede utilizar la deposición escrita¹²³, firmada por el testigo y enviada al tribunal arbitral para su examen preliminar bajo la salvedad de requerir con posterioridad su comparecencia para el control de la prueba.

De igual manera, gracias a los avances de la tecnología nada impediría la realización de la audiencia con los testigos mediante conferencias digitales, empleando mecanismos como *Skype*¹²⁴ e instrumentos similares, lo cual reduciría costos y colaboraría además con la celeridad de dicho proceso, evitando el viaje, algunas veces innecesario, de los testigos al lugar donde se encuentren el tribunal. Comisionar algún tribunal de jurisdicción ordinaria para la práctica o toma del testimonio es en teoría aceptable, pero puede en cierta medida mermar la inmediación del árbitro con las pruebas. Pero, en aquellos casos en los que luego de haber dado una declaración escrita el testigo se ausente o niegue el día correspondiente para declarar oralmente sin justificación debida, el tribunal arbitral estará en plena facultad de no

¹²² Legal Report del CEDCA: El examen de Testigos en el Arbitraje. Octubre de 2009. Tomado del trabajo "Evidencia y prueba en el arbitraje" del Árbitro Martín F. Scheinman, Esq. publicado por H.R. Press an imprint of Cornell University Press.

¹²³ Al respecto, el Código de buenas prácticas arbitrales del Club Español del Arbitraje establece que en Arbitrajes Internacionales, se recomienda permitir las declaraciones escritas de los testigos, pudiendo los árbitros convocar a esos testigos, además, a una declaración oral, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes.

¹²⁴ Skype es una plataforma digital a modo de software, mediante el cual sus usuarios pueden realizar llamadas y video conferencias desde cualquier parte del mundo. Información adicional Consultado en: <https://support.skype.com/es/faq/FA6/que-es-skype>.

tomar en cuenta su testimonio¹²⁵. Otra práctica posible que se adapta al carácter dinámico del arbitraje, es llevar las declaraciones juradas de los testigos obtenidos mediante la figura del retardo perjudicial, que brinda la oportunidad de evacuar la declaración del testigo (con control de la prueba) siempre que exista el temor razonado de perder la forma o medio para obtener la prueba. La presencia de la contraparte en el caso planteado es fundamental para que se pueda obtener un debido control de la prueba y de esta forma no se produzca indefensión.

Para concluir el estudio sobre algunos de los aspectos que conforman la evacuación de los testigos, cabe resaltar uno de los aspectos más característicos de los arbitrajes y que se contrapone con la mayoría de los ordenamientos procesales en el mundo, el cual se refiere al carácter confidencial de las audiencias pautadas para las deposiciones de los testigos¹²⁶. El sello de la discrecionalidad es típico en este medio, el cual sólo podría ser relajado por las propias partes involucradas en el proceso, bien que de ello se deje constancia en el acta de misión o de manera especial mediante alguna audiencia de carácter probatoria¹²⁷ que al respecto determine el tribunal arbitral donde puedan definirse este tipo de detalles, tal como lo prevé la LAC.

Se debe tener presente que la confidencialidad opera frente a terceros extraños al proceso y no para los involucrados directamente en él. No permitir a la contraparte la entrada el día pautado para la práctica testimonial le impedirá realizar el debido control de la prueba y por ende se constituiría una violación flagrante al derecho a la defensa.

¹²⁵ Reglas de la International Bar Association (artículo 4 de los testigos) p.13 Rules on the taking of evidence in international arbitration.

¹²⁶ En sentido contrario, el CPC dispone en su artículo 485: “Los testigos serán examinados en público, reservada y separadamente unos de otros (...).

¹²⁷ Audiencia Probatoria: ‘Audiencia Probatoria’ significa cualquier audiencia, ya sea llevada a cabo en días consecutivos o no, en la que el Tribunal Arbitral, sea en persona, por teleconferencia, videoconferencia u otro método, produzca prueba oral o de otro tipo. Tomado de las Reglas de la International Bar Association. Ibid. p.4

3.2.4- La prueba de experticia

Frente al resto de medios de prueba que pueden ser utilizados en el marco del proceso, es la experticia la que posee el carácter más técnico de todos ellos. Tiene como común denominador un sujeto, el cual posee un conocimiento comprobado en alguna ciencia o arte sumada a su experiencia en la práctica, que es útil para apreciar determinados hechos que el ejercicio del juez no pudiera concluir mediante su propia apreciación. Cabe recordar que una vez juramentado el experto (requisito éste indispensable) la cualidad que adquiere el perito es de un auxiliar de justicia.

En palabras de *Bello Tabares*, la experticia "(...) procede a instancia de parte o de oficio, por medio de la cual pueden demostrarse ciertos hechos controvertidos en el proceso, vale decir, la existencia o no, falsedad o no de hechos discutidos que escapan del conocimiento general del operador de justicia, mediante el dictamen, argumentos o razones de carácter científico, artístico, práctico o de cualquier naturaleza especial, que aporten los expertos en la materia, los cuales no son vinculantes para el juez"¹²⁸ Otra de las notas significativas de esta prueba es que trabaja en función de los hechos aportados por las partes en el procedimiento judicial que se trate y sobre ellos se procede a realizar el examen debido, sobre el cual el juez, obtendrá una mayor ilustración de aquello que se le presenta a su consideración como director del proceso.

Sobre lo anterior, es necesario resaltar que el dictamen que presenten los expertos debe circunscribirse únicamente a los límites que se han propuesto en el marco del juicio y sobre aquello que los sujetos del proceso hayan pedido pronunciamiento. De lo contrario se presenta un estudio que puede ser impugnado perfectamente por alguna de las partes. La experticia no introduce en el proceso afirmaciones fácticas relacionadas con las

¹²⁸ BELLO TABARES., Humberto. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo II. Ediciones Paredes. Caracas, 2007. Pág. 991.

afirmaciones de las partes en el proceso concreto, sino que introduce máximas de experiencia técnica especializadas de validez universal para cualquier tipo de proceso¹²⁹.

Al igual que en la prueba testimonial, se exalta el carácter histórico, visto que el experto con su dictamen extrae de los hechos ya ocurridos, una conclusión técnica, es decir, en principio traslada el pasado hacia la realidad del proceso para obtener de ella una percepción objetiva. Aunque ello no obsta a que el experto pueda con su análisis mirar o proyectar hacia el futuro, como el caso del cálculo del lucro cesante por ejemplo. Igualmente es necesario rescatar que una de las características fundamentales de la experticia es su carácter personal.

Además, en concordancia a la apreciación de Rengel, el carácter técnico de las apreciaciones del experto no lo convierten tampoco en una persona imprescindible a la luz del proceso. Esto quiere decir que una persona “A” llamada a juicio en calidad de experto puede ser sustituida por individuo “B” que posea los mismos conocimientos sobre el tema, “(...) hace que se le pueda calificar de fungible, pues su conocimiento no tiene que ser de propia experiencia, y puede ser sustituido por cualquier otra persona que tenga los conocimientos especiales requeridos (...)”¹³⁰.

El perito debe guardar un rasgo esencial que es su idoneidad en el análisis de aquello que se presenta a examen, es decir, debe emplear los métodos precisos y adecuados para que el juicio que emane de éste individuo sea una fuente creadora de máxima de experiencia útil al proceso. La experticia busca cubrir un campo que el propio juez no puede llenar con su conocimiento lógico y experiencia, por tanto debe tratarse de hechos que ameriten ésta asistencia en un tercero calificado.

¹²⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales. Tomado de RIVERA MORALES, Rodrigo. Op. cit p. 675.

¹³⁰ RENGEL- ROMBERG, Arístides. Op.cit p.384.

3.2.5- De la evacuación de la experticia en el arbitraje

Uno de los primeros aspectos a analizar respecto a la forma en cómo debe evacuarse este medio de prueba, es el juramento que deben prestar los peritos antes de desempeñar sus funciones. La LAC al respecto guarda silencio, por tanto, se podrían formular fácilmente dos posturas; la primera de ellas, se dirigirá en el sentido formalista, al establecer que si la norma supletoria de la LAC en cuanto a su procedimiento es el CPC¹³¹, debería ser lógico el presupuesto del juramento, ya que ésta última norma incluso le brinda al experto la cualidad de auxiliar de justicia. Siendo ello así, ignorar dicho requisito, podrá constituir una anomalía dentro del proceso y una razón para considerar nulo el dictamen del perito.

La segunda postura, en cambio, se orienta a brindar completa autonomía a las partes involucradas en el arbitraje, lo que permite que existiendo previamente convención en contrario a la primera postura, el procedimiento puede continuar normalmente y la evacuación que de la prueba se realice es completamente lícita. Si se estudiara esta incidencia en los arbitrajes internacionales, quizás las consideraciones respecto de ésta línea de investigación pudieran ser distintas, pero analizar la prueba en el marco de la LAC, también significa adoptar una posición que, sin desmeritar la autonomía de la voluntad de las partes, brinde una posición realista frente a aspectos intrínsecos del proceso, considerando en esta oportunidad apoyar la primera postura planteada.

En cambio, el término para la juramentación que se establece en la norma adjetiva civil del artículo 458 de utilizar el tercer día siguiente a aquel en el cual se haya hecho el nombramiento de los expertos, se considera rígido frente a la naturaleza flexible de la institución en estudio. El tribunal arbitral

¹³¹ Artículo 458 del CPC: El tercer día siguiente a aquel en el cual se haya hecho el nombramiento de los expertos por las partes, a la hora que fije el juez, los nombrados deberán concurrir al tribunal sin necesidad de notificación a prestar juramento de desempeñar fielmente el cargo (...).

en consenso con las partes puede fijar términos o incluso lapsos distintos acorde con las necesidades de este juicio en particular en las audiencias que se fijen para definirlo, luego de emitido el auto que admitió la prueba.

Cuando se trate de cuestiones de entendimiento más que de conocimientos técnicos, no es necesaria la designación de un perito, puesto que las partes esperan que sean cuestiones que pueden ser resueltas por el tribunal arbitral, asimismo, las partes esperan que no se deleguen a otra persona, ya que confían en el tribunal arbitral¹³². En la práctica de los arbitrajes no existe impedimento alguno para que las partes y el propio árbitro nombren al experto para practicar la prueba en estudio.

La perspectiva argentina, en voz de *Villamayor Alemán*, se inclina más hacia el nombramiento del perito por parte del tribunal arbitral en consenso con las partes y agrega además que (...) En los tribunales no permanentes, que no tienen listas de peritos, los árbitros pueden elegir a la persona que consideren mejor para el caso, pudiendo ser conveniente o necesario solicitar la indicación de uno o más nombres a la institución que nuclea a los profesionales de que se trate. En este caso, para elegir al especialista que corresponda habrá que remitir, junto con el pedido, los puntos de pericia propuestos y, eventualmente, dispuestos por el tribunal, eliminando todas las menciones que hubiera aptas para identificar al arbitraje.¹³³

En Costa Rica, por ejemplo, el tribunal arbitral puede decidir, ya sea *motu proprio* o a iniciativa de una de las partes, nombrar un perito cuyo cometido sea realizar un dictamen sobre determinados puntos técnicos. Si el tribunal arbitral ordena un peritaje, es aconsejable que brinde a las partes la oportunidad de formular al perito sus comentarios en torno a los puntos

¹³² Comisión de Mediación y Arbitraje Comercial De la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. Recomendaciones para el Desahogo de la Prueba Pericial. Consultado en: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=16&con=informacion>.

¹³³ VILLAMAYOR Alemán. La Prueba en el Arbitraje. p.61 Consultado en: <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id14/la-prueba-en-el-arbitraje.pdf>.

técnicos, y también que las partes tengan conocimiento de las conclusiones del perito¹³⁴. Si se observa la visión del CEDCA¹³⁵, bajo su reglamento es factible que a petición de una de las partes éstas puedan tener la oportunidad de interrogar al perito designado a los efectos de la controversia por el tribunal arbitral o por cualquiera de las partes involucradas en dicho proceso. De igual forma, la norma adjetiva civil venezolana contempla la posibilidad que las partes puedan realizar observaciones a los peritos¹³⁶.

Bajo la visión de la *Internacional Bar Association* en lo sucesivo (IBA) en su reglamento sobre la práctica de las pruebas en el arbitraje internacional, se aboga por contemplar la proposición del perito tanto en cabeza de las partes como del árbitro. Pero si es éste último quien lo promueve debe consultarlo a las partes¹³⁷ ya que debe recordarse que la autonomía de la voluntad de las mismas es la reina de los postulados en el arbitraje, su consentimiento es fundamental. De las Jornadas del Capítulo Portugués del Club Español del Arbitraje ya citadas, se expresó en cuanto a la experticia, que lo más importante es evitar el sesgo que pueda tener la prueba cuando una de las partes de manera maliciosa se haya valido de la misma para obtener fraudulentamente una ventaja, por ello se busca preferencialmente que el perito sea escogido por el Tribunal Arbitral y en los casos en los cuales ambas partes escojan un experto, el examen sobre los hechos debe realizarse de manera conjunta y con ello se disminuye sustancialmente el riesgo de dictámenes maliciosos.

Si se hubiera pactado la designación de un solo experto y al momento de su nombramiento no se alcanzare acuerdo entre las partes, es el tribunal arbitral

¹³⁴ Centro de Comercio Internacional. Edición especial para Centroamérica. "Arbitraje y la solución alternativa de controversias. Escrito por Lica, CCI, Wto, y la OMC. El caso de Costa Rica. p.77 Consultado en: <https://books.google.co.ve/books?id=UfAqAAAAYAAJ> .

¹³⁵ Artículo 33.5 del reglamento del CEDCA.

¹³⁶ Artículo 463 del CPC.

¹³⁷ Artículo 6 reglamento sobre la práctica de la prueba en el Arbitraje Internacional de la IBA: El Tribunal Arbitral, después de consultar a las partes, podrá designar uno o más Peritos independientes para que dictaminen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral, previa consulta a las Partes, establecerá los términos de la tarea a desarrollar por el Perito. El Tribunal Arbitral remitirá a las partes una copia de la versión final de esos términos.

quien debe decidir al respecto, ya que tiene plenas facultades para ello. Un aspecto de gran relevancia, el cual se trató al momento de definir este medio de prueba es que los peritos deben basar su análisis únicamente en los hechos que las partes o el árbitro piden que sea objeto del estudio técnico, los cuales pueden estar plasmados en el acta de misión o en cualquier otro instrumento análogo producto de las deliberaciones por medio de audiencias.

Pero como la esencia del arbitraje es su confidencialidad, esta investigación, considera pertinente que el experto no tenga conocimiento del global de las actuaciones del expediente de la causa y sólo se circunscriba su acceso a los aspectos sobre los cuales versará su trabajo. Se debe agregar, a modo de nota complementaria que, dentro de los deberes de los expertos, aparte de la entrega del dictamen contentivo de su análisis, los mismos se encuentren en la imposibilidad de destruir o inutilizar las cosas sometidas a su examen sin la debida autorización del árbitro, espíritu que se recoge del artículo 464 del CPC.

Nada impide que, una vez presentado el dictamen se fijen audiencias, todas aquellas necesarias, según el sentido genérico de la LAC en su artículo 27 para que el experto asista al Tribunal Arbitral y proceda a explicar el contenido de su dictamen tanto a los árbitros como a las partes involucradas, y pueda aclarar cualquier sentido técnico no entendido por los sujetos del proceso o simplemente esclarecer alguna duda respecto al alcance del estudio realizado. Lo anterior, debe interpretarse igualmente en la posibilidad de ampliar el contenido del dictamen, sin desvirtuarlo de su sentido original, una vez que éste es presentado.

3.2.6 – De la prueba documental

La prueba documental constituye uno de los medios fundamentales de los cuales el hombre se ha valido para demostrar hechos del entorno que lo rodea. El documento, entendiendo éste concepto en su sentido más amplio, es la expresión más generalizada sobre la cual se plasma la escritura y sus formas de percepción, lo cual incluye desde la más amplia variedad de idiomas, símbolos y demás patrones de expresión del ser humano. No es la intención de la investigación que se propone, realizar un análisis exhaustivo de esta prueba, la cual se encuentra suficientemente desarrollada por la doctrina y jurisprudencia venezolana.

En esta sección se busca el estudio de esta institución de manera superficial para entender la manera como puede ser evacuada en los procedimientos arbitrales. Siendo el documento, independientemente de su categoría, un medio de prueba indirecto, guarda similitud frente a la prueba de testigos y la experticia porque es de carácter *histórica*, ya que en ella se plasman cualquier clase de hechos sin importar su temporalidad. El documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento¹³⁸

Esa manifestación material no es otra cosa que el carácter corporal sobre el cual debe estar representado el documento ya que sería inútil hablar de un instrumento que no pueda ser palpable por medio de los sentidos. La información que se contiene en un documento puede ser de la más diversa naturaleza y los efectos jurídicos que de ella pueden derivarse, son múltiples, es por ello que la prueba documental es una de las más ricas en el derecho procesal ya que ofrece a quienes lo promueven variadas formas de representar hechos o actos jurídicos que pueden ser relevantes a la luz del proceso judicial.

¹³⁸ Concepto clásico de Chiovenda de su obra Principios del Derecho Procesal Civil, tomo II. p.354 y tomado de la Obra de VEGA-VEGA, José Antonio: El documento jurídico y su electrificación. Editorial Reus España, 2014. p.17.

Por ejemplo, una partida de nacimiento ofrece una convicción real sobre el hecho mismo de la vida y el cual es jurídicamente relevante respecto de la personalidad del individuo. Un documento de propiedad sobre un inmueble brinda título suficiente frente a terceros para demostrar el estado de poder que se ostenta el individuo sobre ese bien determinado. En el derecho procesal, actos importantes de la prueba también pueden ser plasmados en dichos documentos, entre ellos, el acta que contiene la evacuación de una inspección judicial o la de un testigo.

La prueba documental transcurre bajo una clasificación general de públicos y privados. El primer caso es aquel que ha sido autorizado por las solemnidades legales por un registrador, por un juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fé pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado¹³⁹. En cambio el documento privado, tal como advierte *Rengel (...)* representa hechos o declaraciones, negociales o no, de las partes; indica el autor o los autores, la fecha y lugar de la documentación, y lleva la suscripción de sus autores; requisitos todos éstos, de la eficacia documental de la escritura privada, sin que en ella haya intervenido ningún funcionario o autoridad con facultad de darle fé pública.¹⁴⁰.

3.2.7- De la evacuación de la prueba documental en el arbitraje

En el proceso arbitral son admisibles toda clase de documentos tanto públicos como privados que directamente relacionado al proceso en curso, puedan corroborar determinados hechos. El punto central con el documento no radica en su naturaleza, la cual se traspola exactamente igual a lo observado en la jurisdicción ordinaria, sino en su forma de tramitación.

En líneas anteriores se había comentado que si la parte da inicio oficial al proceso arbitral mediante la “solicitud de arbitraje” materializada en un escrito

¹³⁹ Sala de Casación Civil, del 7 de Marzo de 2002. Sentencia N° 0140.

¹⁴⁰ RENGEL- ROMBERG, Aristides. op.cit p.159.

libelar, se preguntaba si debía o no estar en la obligación de acompañarlo conjuntamente con los documentos fundamentales que sirven de base a ella. Se reitera al respecto, que dicha formalidad si resulta esencial, ya que la parte contraria debe saber al momento de su notificación aquello sobre lo cual se le acusa, para preparar debidamente sus alegatos en el escrito de contestación. La razón básica de lo mencionado es el resguardo de las garantías constitucionales más básicas en Venezuela como lo son el derecho a la defensa, el debido proceso y la igualdad. Así lo ha dejado claro la Sala de Casación Civil al establecer que:

(...) a pesar de que de esos documentos deriva su carácter de propietarias y emana su cualidad para demandar la resolución del contrato de arrendamiento. Al no presentarlos junto con la demanda, ni tampoco hacer uso de las excepciones que contempla el artículo 434 del C.P.C, la parte actora perdió la oportunidad para producir eficazmente estos documentos, siendo extemporáneos por haber sido presentados en el lapso de promoción de pruebas (...)¹⁴¹

Por lo expuesto anteriormente, esta línea de investigación se muestra en desacuerdo, frente a posiciones como las establecidas en la doctrina extranjera por Villamayor Alemán, quien expone frente a la realidad argentina que normalmente los reglamentos generales suelen admitir la presentación de documentos en cualquier etapa del proceso, debiendo los árbitros, en tal caso, asegurar siempre el derecho de defensa de la contraparte y, también, evitar la presentación injustificada y escalonada de documentos que tenga como finalidad demorar la marcha del arbitraje¹⁴². Asegurar siempre el derecho a la defensa, resulta una afirmación un tanto contradictoria puesto que sin aportación de documentos esenciales que permitan saber las

¹⁴¹ Sala de Casación Civil, sentencia N° 0081, exp N° 01-0429 de fecha 25 de Febrero de 2004.

¹⁴² VILLAMAYOR, Alemán. La Prueba en el Arbitraje. op.cit p.58 Consultado en: www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id14/la-prueba-en-el-arbitraje.pdf.

pretensiones del demandante en su escrito libelar, los denominados documentos fundamentales, el demandado en su escrito de contestación siempre quedará en un franco limbo, aunque el tribunal arbitral posteriormente le brinde posteriores oportunidades para el ejercicio del derecho a la defensa.

La LAC, así como los principales reglamentos de centros de arbitraje en Venezuela, no hace mención alguna sobre la posibilidad de presentar los documentos mediante copias certificadas o simples. Pareciera en una visión preliminar que si las partes han pactado presentar la totalidad de los documentos en copia simple, el procedimiento pudiera transcurrir con plena normalidad pero se comparte la opinión de aquellos que es fundamental que dichos instrumentos (los que tengan esa condición) sean presentados al tribunal mediante copia certificada, ya que ello brinda certeza y seguridad de la fuente de donde emanan los mismos y que disminuye igualmente la alta probabilidad de ser tachados por la contraparte en el desarrollo del proceso. Ahora bien, otro de los aspectos que resulta interesante en los arbitrajes respecto a la prueba documental se centra en la posibilidad de solicitar la exhibición de dichos instrumentos.

Mediante esta petición, cualquiera de las partes puede requerir de la otra que aporte documentos en su posesión que sean relevantes y pertinentes para la solución de la controversia. En el arbitraje, la petición de exhibición debe identificar el documento requerido o definir de manera concreta y específica la categoría de documentos que se piden, evitando peticiones generales y abstractas que harían de este ejercicio algo dispendioso, costoso y de poca utilidad, a fin de no convertirlo, como en EE.UU., en un arma de hostigamiento procesal.¹⁴³ Es lógico que si a la parte a la cual se le solicita el documento, no la presenta al tribunal en el plazo que se indique o no la incorpora al expediente de la causa, el árbitro pudiera dar por válido el

¹⁴³ MANTILLA SERRANO, Fernando. La prueba en el arbitraje. Artículo publicado en *Ámbito Jurídico* de LEGIS el 13 de noviembre de 2013.

instrumento presentado por el solicitante y usar de manera analógica las disposiciones del CPC al respecto¹⁴⁴. Excepcionalmente, si la exhibición de ese instrumento es vital para el proceso, sobre todos de aquellos en poder de terceros, los tribunales tienen la facultad no sólo de solicitarlos sino además si operare una posible negativa del sujeto quien lo detenta, la terna arbitral puede valerse de los tribunales de la jurisdicción ordinaria para obtener los mismos de manera coactiva.¹⁴⁵

3.3 – Colaboración de los tribunales judiciales en la práctica de las pruebas

Como ya se indicaba en el capítulo I de la presente investigación, el arbitraje en Venezuela logró un posicionamiento impensado para la doctrina antes de 1998. Los grandes esfuerzos se materializaron con el Constituyente del 99 y un año antes con la promulgación de la LAC, instrumento central del trabajo propuesto. La constitucionalización del arbitraje trajo consigo un nivel de autonomía notable para este medio de resolución de controversias y de función jurisdiccional a sus árbitros¹⁴⁶ para dictar, con plenas facultades, todas las decisiones interlocutorias y definitivas de ese proceso pero, como es de suponerse es una institución con ciertas limitaciones estructurales. Los árbitros poseen tan sólo autoridad, pero les falta potestad (poder efectivo) que es atributo exclusivo del Estado. «Los árbitros tienen una jurisdicción limitada, ya que poseen la *notio*, la *vocatio* y la *iuditium*, mientras que los jueces agregan a las anteriores la *coertio* y la *executio*. Por ello los jueces

¹⁴⁴ Tercer aparte del Artículo 436 del CPC: Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento (...)

¹⁴⁵ A modo ilustrativo, dentro del arbitraje internacional, se encuentran prácticas complementarias a la exhibición del documento y su tratamiento como el caso de las reglas de la IBA en el cual en su artículo 3 Ordinal 13 puede brindar la cualidad al documento como confidencial si éste no fuera del dominio público.

¹⁴⁶ En mi opinión ello es tan palpable en la realidad venezolana tal como el propio Roque Caivano reitera aseverando que la jurisdicción que detentan los árbitros está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de la libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares. Consultado en: CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, segunda edición. p.24.

pueden ser requeridos aun desde la iniciación del arbitraje —medidas cautelares— hasta su finalización —ejecución del laudo arbitral¹⁴⁷.

A lo anterior, también puede añadirse la potestad de los árbitros de solicitar al tribunal de la jurisdicción ordinaria, la asistencia para la evacuación de ciertos medios de prueba.¹⁴⁸ Es evidente que para ejecutar un laudo arbitral o para determinadas medidas cautelares, la posición del tribunal arbitral no le permite ir en un camino distinto que no sea servirse de los tribunales ordinarios para hacerlas cumplir, debido a la falta de imperio ya referido por Henríquez.

Pero, de la redacción de la norma, pareciera que la nota distintiva es el carácter *facultativo* que tiene la terna arbitral de verse asistido por el Estado para la práctica de las pruebas, al mencionar que el “Tribunal Arbitral ***podrá*** pedir asistencia (...)”¹⁴⁹. Ese vocablo no resulta del azar del legislador redactor de la norma, porque si ello comportara un *deber*, estaríamos en presencia de una disminución notable del principio de inmediación que debe observar el árbitro que sustancia el procedimiento y una extensión poco afortunada del concepto de imperio del cual carecen los referidos funcionarios.

Ahora bien, ¿Qué sucedería si por las circunstancias y la naturaleza del procedimiento arbitral, necesitare de la fuerza pública para conseguir la evacuación de una prueba? Si se observa una visión peruana al respecto, la interpretación del artículo 40 de la anterior Ley General del Arbitraje del Perú¹⁵⁰, sustituida por la nueva ley peruana de arbitraje de 2008, se establece que una petición de esa naturaleza (tendiente a que el juez

¹⁴⁷ HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo.. op. cit. p.35.

¹⁴⁸ Artículo 28 de la LAC: El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con aprobación del tribunal arbitral podrá pedir asistencia al Tribunal de Primera Instancia competente para la evacuación de pruebas necesarias y para la ejecución de las medidas cautelares que se soliciten.

¹⁴⁹ Artículo 28 de la LAC.

¹⁵⁰ Artículo 40.- «*Auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas* El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir Auxilio Judicial para la actuación de pruebas (...) El juez dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de cinco (5) días, bajo responsabilidad, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba».

ordinario cite a una persona a declarar como testigo a un juicio arbitral o que intime a una entidad a contestar un pedido de informes solicitado por los árbitros) debería tener un tratamiento equivalente al de un oficio proveniente de un juez de jurisdicción ordinaria.

Ello, en la medida de que el árbitro, al igual que un juez de distinta jurisdicción, tiene facultades jurisdiccionales pero carece de la potestad de hacer uso de la fuerza pública en ese territorio. Si bien las razones por las cuales ambos carecen de ese *imperium* son diferentes (el juez, porque su competencia está limitada a un territorio diferente; el árbitro, porque la suya está privada de este atributo), la situación resulta, desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de *imperium* para suplir esa carencia.¹⁵¹

Lo más importante para contemplar la asistencia de los tribunales ordinarios, es dejar plasmado en el acta de misión o de términos de referencia el modo en la cual las pruebas serán evacuadas, con especial mención de aquellas que requieran asistencia. También puede ocurrir que de manera sobrevenida sea imposible la práctica de la prueba bajo los casos ya ejemplificados más arriba y por tanto sea necesaria la referida colaboración. Una vez que se haya presentado el supuesto y el tribunal de primera instancia proceda a evacuar la prueba ¿Puede éste último revisar aspectos propios de la admisibilidad del medio de prueba antes su práctica?

La respuesta tiene que ser necesariamente negativa, puesto que la colaboración no es sinónima de alteración de las condiciones de los medios de prueba y su forma de evacuarlas, las cuales ya estaban prefijadas por las partes y la terna arbitral anteriormente. En efecto, la asistencia que debe prestar el Tribunal de Primera Instancia para la evacuación de una

¹⁵¹ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000. Tomado de: CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita: *Asistencia Judicial en el Arbitraje: Intervención Complementaria del Poder Judicial*. Lima, Perú 2007 p.7.

determinada prueba se debe circunscribir a lo expresado en la solicitud que en tal sentido remita el tribunal arbitral, no pudiendo en consecuencia, negarse a darle trámite a la misma.¹⁵² La única excepción que podría dar lugar a la intervención de los tribunales ordinarios y en concordancia con los autores de la cita anterior, es que de manera razonada y justificada se nieguen a practicar la prueba porque se considera que existe algún vicio en la forma en cómo se ha permitido mediante el auto de admisión, la entrada de la prueba al procedimiento en curso, ya que pudiera potencialmente violar disposiciones fundamentales como la defensa o el debido proceso. Dicha excepción cobra aún más fuerza si se ha verificado la violación del orden público y las buenas costumbres.

Sin embargo, es el *deber ser* que dichas situaciones no sean cotidianas en la práctica, ya que existe *per se* una presunción que opera a favor del tribunal arbitral, el cual, producto de un minucioso examen del caudal de las pruebas presentado ante los árbitros, su análisis es basado en los mismos postulados de eficacia y validez de las pruebas propuestas ante un juez de la jurisdicción ordinaria. Si la negativa persistiere sin razón justificada, el tribunal arbitral podrá ejercer bajo pleno derecho, la formulación de un reporte sobre la situación anómala ante la Inspectoría de Tribunales correspondientes a la jurisdicción de dicho juzgado y dejar constancia al momento de la emisión del laudo de tales circunstancias. En conclusión, la colaboración de los tribunales ordinarios para el caso de la práctica de las pruebas, debe circunscribirse lógicamente al supuesto que exista resistencia evidente para su evacuación de las mismas (caso de la inspección judicial en la cual se le impida al tribunal arbitral acceder al lugar acordado). Para el resto de situaciones, dicha asistencia puede ser completamente facultativa. A continuación se procederá a analizar brevemente algunas de las materias

¹⁵²ALMANDOZ, Alfredo. PERERA Pedro, ANGRISANO. Humberto. GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge: La Colaboración de los Tribunales Ordinarios. Publicación con ocasión del libro homenaje a los 15 años de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela "El Arbitraje en Venezuela" op.cit.p.470.

tradicionales en el derecho procesal, con la finalidad de conocer su pertinencia o no frente al arbitraje comercial y su procedimiento contenido en la LAC.

3.4- De la confesión ficta en el arbitraje

La confesión ficta es descrita como la consecuencia inmediata de la no contestación de la demanda y la ausencia de pruebas por el demandado. Todo proceso judicial se inicia básicamente con la presentación de un escrito libelar donde se contienen las pretensiones de quien activa formalmente la controversia ante los tribunales competentes. Posteriormente, una vez practicada la debida citación al demandado, se debe proceder a contestar el escrito libelar en el lapso fijado por ley. Se plantean así de forma inicial las expectativas de ambas partes, allanando el camino para la demostración de sus aseveraciones en la fase probatoria.

Si el demandado o emplazado entra en rebeldía y omite la presentación formal de la actuación antes descrita, el legislador prevé un efecto procesal conciso y determinante en la suerte de la controversia. [E]l citado artículo 362 (CPC) consagra la institución de la confesión ficta, que no es más que la conjunción de una serie de reglas destinadas a imponer una sanción rigurosa al demandado contumaz por no cumplir con su carga, esto es, para el caso en que el demandado no diere contestación a la demanda dentro de los plazos indicados, ni presentare la contraprueba de los hechos alegados en el libelo, y siempre que las pretensiones del actor no sean contrarias a derecho (...)"¹⁵³.

De lo transcrito debe advertirse, tal como sostiene pacíficamente la doctrina y la jurisprudencia, que la condición de confeso es, *per se*, una presunción *juris tantum*, es decir, admite prueba en contrario. Para que se configure

¹⁵³ Sala de Casación Civil, Sentencia de fecha 19 de Julio de 2005. Exp N° 03-0661.

completamente la confesión ficta debe conjugarse la ausencia del escrito de contestación y no probarse nada que favorezca al demandado contumaz.

Ahora bien, ¿Puede trasladarse fielmente el tema o institución en discusión hacia el arbitraje regulado en la LAC? Si se acude al CPC, en especial al procedimiento de arbitramento, el cual a pesar de su vigencia teórica se encuentra en un franco desuso, se pudiera visualizar un primer antecedente: el artículo 614 del mismo código¹⁵⁴.

Un aspecto que recogió la norma adjetiva vigente a diferencia de sus predecesoras es el valor que se le brinda a la cláusula de arbitraje suscrita, la cual no puede ser desechada por mero capricho de cualquiera de los sujetos que no crea conveniente, una vez configurado el conflicto, someterse a ese medio de resolución de disputas. Aunado a esta nota distintiva, se puede afirmar que de manera implícita la institución de la confesión ficta puede verificarse del artículo 614 mencionado. Ni la doctrina nacional ni la extranjera brindan un panorama claro a seguir respecto al uso o no de la confesión ficta en el arbitraje; sin embargo, se han encontrado posiciones que desestiman por completo el uso de este mecanismo procesal.

La transcripción que se muestra a continuación, pertenece a un tribunal superior en materia civil del Área Metropolitana de Caracas, el cual, con ocasión al examen de la procedencia de la nulidad sobre un laudo arbitral transcribe una interesante postura de una de las partes del proceso recogidas en la sección de “antecedentes”, planteada en los siguientes términos:

(...) Respecto el literal b) del artículo 44 eiusdem, señaló que, [n]o procede en el caso sometido al conocimiento de esta Superioridad por cuanto la parte aquí

¹⁵⁴ “Si el ciudadano no compareciere, se tendrá por válida la cláusula compromisoria, y los árbitros resolverán la controversia ateniéndose a las cuestiones sometidas al arbitraje por el solicitante. Los árbitros se atenderán también a esta última regla, si en los casos previstos en el artículo 613 el citado no expresare las cuestiones que quiera someter al arbitramento, en las oportunidades allí fijadas.”.

recurrente y allí demandada, admite haber sido citada para el procedimiento y, a pesar de haber sido contumaz en el ejercicio de las defensas de fondo que le correspondían en derecho, y de haber comparecido a postular casi tres meses luego de haber transcurrido el lapso de contestación a la demanda, sus argumentos fueron escuchados y tenidos en cuenta, y se declaró –en su obsequio- que la confesión ficta no surte efectos procesales en materia arbitral por no haber norma legal expresa que la sancione(...).”¹⁵⁵

Si bien es cierto que la LAC no contiene de manera expresa la norma relativa a la confesión ficta, ello no es, en opinión de la investigación, un motivo suficiente para desechar del todo o ignorar dicha institución ya que de ser así, gran parte de los mecanismos adjetivos reconocidos resultarán extraños al arbitraje. Puede que la confesión ficta no sea aplicable en arbitraje con la rigurosidad y el peso del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil, pero la misma puede ser tenida como guía persuasiva cuando el demandado no presenta alegatos ni pruebas en arbitraje.

Desde el mismo momento en el cual el demandado no comparece a la primera audiencia de trámite del artículo 24¹⁵⁶, y no presentare el escrito de contestación, el procedimiento arbitral podrá continuar normalmente, sustanciado sólo con una de las posiciones en la controversia (la del demandante). Es lógico que si una vez se plateen las audiencias necesarias para promover las pruebas continúa la ausencia del demandado, opere de manera automática un lapso menor para que pueda emitirse el laudo arbitral con base sólo en los argumentos de la parte actora, y ciertas inferencias por la ausencia del demandado, mientras que aquéllos no sean contrarios a

¹⁵⁵ Tribunal Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Exp N° AC71-R-2011-000146 (11-10665) del 13 de marzo del 2013.

¹⁵⁶ No sólo habría ausencia física del demandado en la referida audiencia sino también se imposibilita la formación de una acta de misión o de términos de referencia.

derecho. Sin embargo, en nuestro criterio, la ausencia del demandado, si bien debe ser tomada en cuenta por los árbitros, no exime totalmente al demandante de la carga de probar sus afirmaciones.

Resultan interesantes algunos criterios sostenidos en diversos laudos arbitrales que se han pronunciado al respecto. El primer ejemplo, es una decisión que desechó abiertamente la posibilidad de confesión ficta ya que a consideración del tribunal arbitral con motivo de esa causa en particular, dicha figura no procede en caso de comparecer quien carezca de representación. Resultaría inconstitucional, a juicio de ese tribunal, acordar una confesión ficta con base un excesivo ritualismo formal.¹⁵⁷ En ese caso se desechó la confesión porque el arbitraje no debe nutrirse de formalismos o ficciones procesales que pongan en peligro el derecho a la defensa de alguna de las partes y la búsqueda de la verdad material.

Un segundo laudo se pronunció sobre la confesión ficta en los siguientes términos:

“(…) que no existe en el reglamento (en referencia al reglamento CEDCA) norma alguna que sancione procesalmente la contumacia de la parte demandada a dar contestación a la demanda. Por tanto, la falta de comparecencia de la demandada a dar contestación a la demanda en el presente procedimiento no puede tenerse como confesión ficta de dicha parte y así expresamente lo declara este Tribunal arbitral.”¹⁵⁸

El argumento en este segundo caso asentó un criterio basándose en una interpretación literal del reglamento del CEDCA, el cual no contiene de manera expresa la confesión ficta y por tanto, representa en opinión de esa

¹⁵⁷ Memoria Arbitral II. Compendio de Laudos. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) Caracas 2014. Expediente N° 033-08 de fecha 30 de Junio de 2009. p.91.

¹⁵⁸ Ibid p.162.

terna arbitral, motivo suficiente para desechar su aplicación. Es de resaltar que los árbitros acudieron al espíritu del reglamento para tomar la decisión mencionada *supra* y no sobre la naturaleza de dicha figura y su pertinencia o no dentro del arbitraje.

En contraposición a las dos posturas anteriores, en otro laudo arbitral, los árbitros encargados de sustanciar dicha controversia sí acordaron o reconocieron la confesión ficta. Una vez que se determinó la legitimación pasiva del demandado y que efectivamente sí presentó las cualidades para ser demandable en sede arbitral, el tribunal sentó las bases para la procedencia de la figura en estudio según lo establecido por el CPC¹⁵⁹. En esta oportunidad, los árbitros analizaron el comportamiento del demandado en el proceso y concluyeron que de forma o por integración analógica la confesión ficta era procedente.

Encontramos así tres posturas. Dos casos desecharon la confesión ficta bajo un razonamiento constitucional. El tercer caso la aceptó en apego estricto a las normas que contemplan dicha institución en el CPC. Es necesario por tanto realizar un análisis que permita esbozar la verdadera identidad de este mecanismo procesal y con ello presentar una opinión propia concluyente acerca de su procedencia o no en procedimientos arbitrales.

Si se parte de un acuerdo previo de arbitraje entre las partes y llega el momento de su activación debido a la presentación del conflicto, cualquiera de ellas puede formalizar el arbitraje mediante la presentación del escrito ante el centro de arbitraje correspondiente (en el caso de estar en presencia de arbitrajes institucionales). Verificada la instalación del tribunal arbitral (cuya formación indica también el posible patrón de conducta del demandado al no ejercer el derecho que le asiste de designar o participar en el nombramiento de la terna arbitral), origina la presentación del primer

¹⁵⁹ Ibid p.286.

presupuesto relevante a efectos de verificar la ausencia del demandado en el proceso arbitral y la cual se verifica mediante su emplazamiento o notificación.

Si del emplazamiento realizado no se verificare en el expediente la carga del demandado de contestar a la demanda arbitral, lo cual confirmaría su contumacia, el tribunal arbitral puede continuar el procedimiento brindando al demandado una nueva oportunidad (a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción ordinaria) para manifestar su posición frente a la controversia. En el arbitraje independiente o no institucional, ello se da con la citación a la cual hace mención el artículo 23 de la LAC que fija un lapso de 10 días hábiles para la comparecencia de las partes a la primera audiencia de trámite.

Celebrada la primera audiencia de trámite según el alcance del artículo 24 de la LAC, ocasión que resulta fundamental puesto que en esta etapa el tribunal arbitral invita a las partes a la formación de un documento central denominado acta de términos de referencia o acta de misión, que puede enunciar el conjunto de pruebas a aportar en el proceso e incluso las reglas procedimentales a utilizar para la evacuación de las pruebas y su valoración, si el demandado no se presenta, el tribunal arbitral deberá sustanciar el proceso a la espera de la última oportunidad procesal. En opinión de quien suscribe, esa última oportunidad se desprende del artículo 27 de la LAC que prevé la posibilidad de realizar las “audiencias que sean necesarias” para que en ella puedan sostenerse los momentos de la promoción de pruebas y sobre todo de la evacuación de las mismas. En observancia del caso en particular, que una vez evacuadas las pruebas de la única parte formalmente presente en la controversia sin que en el transcurso de aquellas el demandado procediere a manifestar cualquier defensa a su favor, los árbitros en el arbitraje independiente, mediante auto razonado, pueden aplicar la confesión ficta, pero siempre con flexibilidad, no de manera absoluta, y en atención los demás elementos que se desprendan de expediente.

De la explicación anterior se puede concluir que si la institución en estudio efectivamente puede ser incluida en el arbitraje, aunque sin rigidez. El demandado tiene mayores prerrogativas bajo este sistema que lo observado en la jurisdicción ordinaria, ya que los árbitros pueden en atención a la naturaleza flexible del arbitraje brindarle en el tiempo mayores oportunidades al demandado para oponer sus defensas, ya que la LAC lo hace posible y apropiado.

Ahora bien, ¿Puede la única parte presente en el procedimiento arbitral al momento de realizar el acta de misión o de términos de referencia contemplar unilateralmente el momento en el cual el tribunal arbitral deba acordar la confesión ficta? A pesar que la libre voluntad de las partes es uno de los postulados sobre los cuales reposa el arbitraje, se considera que sólo el tribunal arbitral en estos casos tiene la potestad de determinar el momento en el cual el demandado deba ser declarado confeso en dicho proceso. Relajar un postulado como éste pudiera contradecir el derecho a la defensa y el debido proceso y la naturaleza del arbitraje como mecanismo que debe acercarse a la verdad material.

Sin embargo, a pesar de la procedencia relativa o matizada que pueda tener la confesión ficta y su factibilidad dentro del procedimiento establecido en la LAC, tal como se desarrolló en líneas anteriores, incluirlo en el arbitraje de manera estricta y rígida, significaría procesalizar de manera desafortunada este medio de resolución de controversias. Actualmente el arbitraje ha alcanzado una de sus principales metas, reflejada en el carácter vinculante que tiene el acuerdo o cláusula de arbitraje, frente a la cual se decide de manera inequívoca prescindir de la jurisdicción ordinaria hasta la emisión del laudo.

El acuerdo de arbitraje trasciende además a la rebeldía que pueda presentarse por parte del demandado el cual no puede impedir (tal como si

ocurría en los códigos de procedimiento civil de Venezuela de 1916 y sus predecesores) el curso del procedimiento arbitral. Por tanto no es necesaria ni indispensable la presencia o uso de la confesión ficta para que los árbitros entiendan y apliquen, por vías más flexibles, las consecuencias jurídicas e inferencias que la falta de comparecencia del demandado origine en estos procedimientos. Precisamente, el norte del arbitraje es deslastrarse de los formalismos o ficciones que no se identifican con su naturaleza siendo la confesión ficta uno de ellos.

Lo que sí pareciera ser un criterio reiterado por el TSJ es la forma de aplicar la “renuncia tácita del arbitraje” que precisamente tiene dentro de una de sus premisas la confesión ficta. Al respecto la Sala ha dicho:

b´1) La denominada “Renuncia Tácita al Arbitraje”, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en “forma: ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta)¹⁶⁰

Este supuesto, si bien se relaciona con el arbitraje, no tiene incumbencia directa dentro del propio proceso arbitral; se trata más bien de un efecto que lo afecta de manera colateral. Se presenta cuando una de las partes no sólo entra en rebeldía frente a la institución arbitral, sino además pretende ignorarla y desconocerla acudiendo a la Tribunales Ordinarios, y la otra parte no contesta la demanda ni prueba nada que le favorezca.

¹⁶⁰ Sala Político Administrativa, sentencia N° 687 el 21 de mayo de 2009.

3.5- El traslado de la prueba

Las pruebas, como ya se ha mencionado a lo largo de la investigación, resultan una de las actividades más importantes dentro de todo proceso judicial, ya que constituyen el único medio idóneo para confirmar o desmentir el conjunto de alegatos presentados por las partes. La prueba, en sí misma, no sólo es el resultado de su proposición directa en un determinado proceso, sino que ella también puede insertarse en el expediente de la causa, teniendo como origen algún otro litigio, independientemente de si fueron o no las mismas partes involucradas.

Tal como lo enuncia *Baumeister*, el traslado de la prueba “(...) se trata realmente de una prueba originalmente producida o provocada con ocasión de un juicio diferente a aquel en que, en el momento actual pretende de nuevo hacerla valer y como resulta igualmente obvio, no cabe duda que se trata de una prueba cuya evacuación ha sido extra litem, pero que se la lleva a otro proceso, con el rigor de cualquiera otra prueba normal, y que por tanto debe revestir todos los caracteres formales y materiales de una prueba producida en ese juicio”¹⁶¹. Indudablemente toda prueba debe ser aportada al proceso cumpliendo las normas para su correcta incorporación al mismo y la prueba trasladada no escapa de ello. El tribunal que admita el traslado, debe asegurarse (en caso de configurarse este supuesto) que las partes involucradas en el juicio actual hayan tenido en el proceso primigenio la posibilidad de control de la prueba.

Si bien los procesalistas más clásicos no estaban convencidos de utilizar el traslado, puesto que propugnaban una indefensión real a las partes en el proceso, ello ha quedado completamente descartado, siempre y cuando se verifique, en primer lugar, la posibilidad del control de la prueba, a efectos del

¹⁶¹ BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. Anotaciones sobre el Traslado de la prueba (o pruebas trasladadas) en el proceso civil. p.2 Consultado en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2008/BolACPS_2008_146_165-184.pdf.

ejercicio del derecho a la defensa. Adicionalmente, es necesario que las actas contentivas de las pruebas que se están trasladando, estén certificadas para corroborar su autenticidad (para el caso de pruebas documentales)¹⁶². En tercer lugar, las mencionadas pruebas tuvieron que haber sido practicadas de manera formal en el litigio primario. En cuarto lugar el traslado sólo pudiera ser contemplado a un proceso con las mismas partes y hechos ventilados en la causa primigenia.

La antesala antes descrita resultaba necesaria para confrontar la naturaleza del traslado frente al arbitraje de corte comercial. Al respecto, se destacan del propio autor Baumeister las siguientes consideraciones sobre la interacción de ambas instituciones:

*“(...) En el supuesto de pruebas en procesos arbitrales, estimamos que son aplicables los mismos principios en los casos de arbitramento civil, pero si se tratare de “arbitraje comercial” por lo general en los mismos se impone **obligación de secreto** habitualmente contemplada para dichos casos, en cuyo supuesto estimamos que tales pruebas, a pesar de llenar todos los demás requisitos, no podrán ser aportadas válidamente en el otro proceso por violación a los principios de legalidad. (Secreto de la prueba). (...)”¹⁶³*

Respecto al procedimiento de arbitramento regulado en el CPC, son pocas las consideraciones que realizar al respecto. Pero en materia de arbitraje comercial bajo la LAC resulta necesario realizar algunas observaciones a la visión propuesta por el autor citado supra. Se considera perfectamente válida

¹⁶² Tal como lo advierte BAUMESITER a través de PARRA QUIJANO, en el caso de pruebas documentales, cuando la parte trae dicha prueba al juicio, la otra parte contra la cual obre dicho medio y no habiendo sido ella parte en el litigio anterior, tendrá todo el derecho a tacharla, a pesar de haber sido correctamente practicada con anterioridad. Lo ideal en las pruebas trasladadas es llevar a cabo su ratificación, como en el caso de la prueba de testigos donde se procederá a evacuar de nuevo al testigo en el proceso actual para corroborar sus declaraciones. Sin ratificación, ese tipo de pruebas sólo alcanzará la condición de un indicio.

¹⁶³ BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. Anotaciones sobre el Traslado de la prueba. Op.cit p.12.

la posibilidad, la cual *Baumeister* no previó, de trasladar pruebas de un proceso judicial ocurrido con anterioridad al juicio arbitral, siempre y cuando se observen las mismas formalidades que ya se mencionaron en líneas anteriores además de observarse en ambos procesos las mismas partes y hechos relevantes. En definitiva, nada impide que algunas de las partes puedan valerse de dicha posibilidad de traslado.

Por otra parte, a la inversa, ¿Será realmente inaplicable el traslado de la prueba de un procedimiento arbitral hacia otro litigio sustanciado en sede ordinaria? La primera acotación sobre el planteamiento es la acepción de “secreto” para calificar una de las cualidades más notables de todo arbitraje. Dicha expresión se considera un tanto restrictiva porque lo equipara prácticamente al ámbito de lo “íntimo” y ello resulta inconveniente frente a la naturaleza del arbitraje, más bien podría definirse en el ámbito de lo confidencial; sin embargo este carácter reservado no es inderogable ni tampoco se inmiscuye en él el orden público, es sencillamente una práctica común que se ha vuelto costumbre sobre este tipo de procedimientos.

A pesar del aforismo planteado en el marco de este trabajo, la “*confidencialidad es la regla y la publicidad la excepción*”, se puede concluir que si en el marco del proceso arbitral anterior las partes decidieron, con base en el acta de términos de referencia o por cualquier instrumento similar pautado en cualquiera de las audiencias que los árbitros hayan pautado para ello plantear la publicidad de los actos celebrados en él, deja el compás abierto a que situaciones futuras como las pruebas trasladadas sean factibles. En cambio, si se considera la posibilidad de valerse del traslado sin haberse previsto la publicidad en el referido arbitraje, las opciones son prácticamente nulas, excepto que, dependiendo del tipo de arbitraje sustanciado (institucional o independiente), una de las partes en el proceso actual consiga el consentimiento expreso de los sujetos integrantes del otrora procedimiento arbitral.

Con lo anterior, surge el problema de la ratificación de los documentos si se trata de un arbitraje independiente ya que sólo podría proceder una declaración a modo de acta que haga constar la veracidad de dichos instrumentos por parte del árbitro quien sustanció en aquel entonces el procedimiento.

Si por el contrario, se acudió a la vía institucional, la letra de sus reglamentos acerca de la confidencialidad y la aceptación de la misma por las partes involucradas en dicho momento, complican completamente la posibilidad de relajar cualquier precepto al respecto. El traslado de la prueba, en consideración de estas líneas de investigación, resulta un mecanismo útil para las partes en un arbitraje ya que son manifestaciones alternas que mantienen en vigencia el derecho a la defensa de las mismas en dichos procedimientos. La ratificación es importante para que el valor de esas pruebas puedan trascender más allá en su valor que de un simple indicio. Se considera igualmente importante que la pertinencia o no del traslado también transcurra por el pronunciamiento del tribunal arbitral, el cual debe atender a la situación particular determinando si ello contribuye al esclarecimiento de los hechos del proceso actual.

CAPÍTULO IV

4- La valoración de la prueba

Una vez examinados los extremos del arbitraje como institución y su progresiva confrontación frente a la teoría general de la prueba en vía judicial, se pretende tener en la valoración de la prueba el aspecto cumbre de la presente investigación. Una vez que haya constado en el proceso, la promoción y la efectiva valoración de los medios de prueba, inicia una de las fases más decisivas en el derecho procesal que es la valoración que realice el juez sobre el cúmulo de elementos fácticos por las partes.

Dentro de la apreciación de la prueba la doctrina más autorizada distingue las operaciones de “interpretar” y “valorar” (vocablos introducidos por el tratadista Sentis Melendo). Se dice que “interpretar” una prueba supone fijar el resultado, mientras que “valorar” una prueba significa otorga la credibilidad que merece atendiendo al sistema de valoración –tasado o libre- establecido por el legislador.¹⁶⁴ Por su parte, Devis Echandia establece que valoración o apreciación de la prueba judicial entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez; es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria.¹⁶⁵

Esta etapa, coloca en contacto directo al juez con las pruebas en el proceso, es el instante donde se procede a analizar minuciosamente todo aquello que intentaron demostrar los sujetos en el procedimiento judicial. De ese examen, debe generarse la plena convicción en el juez sobre el rumbo que debe tomar la controversia ventilada y que le permitirá corroborar además las percepciones obtenidas durante la sustanciación del juicio. El juez debe no sólo buscar el sentido y alcance de cada medio de prueba, sino además hilar

¹⁶⁴ ABEL LLUCH, Xavier. Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. p.1 Consultado en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>.

¹⁶⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. po. Cit. p. 287.

una secuencia lógica en base a ellos para lograr el esclarecimiento de un hecho determinado. Mediante la valoración se realiza un recorrido histórico por el proceso judicial cuya recopilación coloca a esta fase de la prueba en el epicentro de la institución, ya que a través de ella todo confluye en un solo universo, capaz de sentenciar la veracidad o no de una prueba presentada o cuál debe ser el valor que la misma debe tener frente a la controversia (en alusión al sistema legal y de libre convicción). Tan delicado es el ejercicio valorativo, que en ella se forja el concepto de la verdad procesal (como deber ser) y por ende el de la justicia.¹⁶⁶

Así como se conoce que las partes tienen la carga de demostrar los argumentos por ellas esgrimidas que son protagonistas en los anteriores momentos de la prueba, en la valoración, el destinatario es el juez porque el ejercicio comprensivo y lógico de apreciación para una posterior construcción del silogismo, que devenga en la imposición de una consecuencia jurídica por medio de la sentencia, sólo puede ser atribuible al director del proceso. La expresión de la justicia es indelegable, por ello los jueces o árbitros son una derivación directa del concepto de Jurisdicción, una versión corporal del control social ejercido por el estado.

El raciocinio pasa a ocupar en este punto un factor fundamental en el correcto análisis de las pruebas; el derecho como ciencia tiene, por así decirlo, una labor interpretativa- transformadora, porque el juez no sólo debe saber aplicar el derecho, lo cual es la última actividad en su labor intelectual, sino además, debe inferir de los hechos controvertidos, la cualidad que presentan cada uno de ellos y canalizarlos correctamente a través del embudo de la norma. Es por ello que una operación lógica como la anterior, requiere de operadores de justicia lo suficientemente capacitados, para

¹⁶⁶ La idea que pueda formarse el juez sobre las pruebas, es completamente variada, ello gracias a que cada medio de prueba tiene una naturaleza particular y que lo ayuda a percibir de manera directa o indirecta los hechos controvertidos del proceso. La idoneidad de la Experticia y de la Inspección Judicial, por ejemplo, son diferentes, ya que si bien es cierto, ambas pretenden esclarecer un hecho controvertido la percepción sensorial en ellas se canaliza de manera distinta por el juez.

mantener en todo momento, un sentido equilibrado de los hechos debatidos en el proceso.¹⁶⁷

4.1- Sistemas de valoración de la prueba

Una vez llegado el momento del examen del juez sobre las pruebas y luego de haber realizado éste una labor analítica sobre la idoneidad de dichos medios para corroborar o no determinados hechos, debe conocer el magistrado el valor o tarifa que debe imprimir a cada prueba. El primero de ellos es el sistema de la *prueba o tarifa legal*¹⁶⁸ que en palabras de Couture distingue a este sistema como aquel donde la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio.¹⁶⁹

En este sistema, el legislador ha procurado suplir la actividad del propio juez, al punto tal que el primero, se convierte en un auténtico operador de justicia. El principio de que el instrumento público hace plena prueba en ciertos aspectos, el de que la confesión lisa y llana también es plena prueba¹⁷⁰, el que priva de eficacia al testigo, son otras tantas supervivencias de una etapa histórica en la cual el legislador aspiraba a regular de antemano, con la máxima extensión posible la actividad mental del juez en el análisis de la prueba¹⁷¹.

En contraposición al sistema de la tarifa legal, se encuentra, en segundo lugar, *la libre convicción*, que se basa en el examen de las pruebas mediante la apreciación lógica del juez, aquí no interviene la norma para tarifar la prueba; el carácter subjetivo que se observa en esta modalidad no debe convertirse en la excusa para sesgar irresponsablemente la forma de

¹⁶⁷ Consciente se debe estar igualmente que el juez es un ser humano y por tanto pudiera cometer errores de percepción sobre la misma norma o aspectos de carácter procedimental, para lo cual el legislador ha previsto la segunda instancia y los medios impugnativos para llegar a ella.

¹⁶⁸ En Venezuela, tiene vigencia respecto a la valoración de los documentos públicos y privados cuyos parámetros se desarrollan desde el art. 1358 al 1363 del CCV. Para el caso de los testigos en los artículos 1387, 1399 y 1403 y para la confesión en los artículos 1401 y 1402 de la referida norma.

¹⁶⁹ COUTURE J. Eduardo. ob. cit. p.219.

¹⁷⁰ A pesar de la validez de esta afirmación según se recoge de los artículos 1401 y 1402 del Código Civil, la confesión también puede desvirtuarse si de la consideración y examen de otras pruebas ello pueda ser posible.

¹⁷¹ Ibid.

apreciar una determinada prueba, configurándose una auténtica arbitrariedad. (...) la libre convicción, es convicción razonada, derivada de un juicio crítico, apoyada tanto en las reglas lógicas que gobiernan el buen juicio, como en las reglas o máximas de experiencia que indican lo que generalmente ocurre en la vida ordinaria.¹⁷²

A las dos estructuras explicadas, se encuentra la regla de la sana crítica, (...) que puede considerarse como una categoría intermedia..., el Juez guiado por la función inductiva-deductiva de su intelecto, y por su conocimiento de la experiencia, llega a persuadirse racionalmente de la certeza del hecho controvertido en el proceso (...)¹⁷³. La sana crítica como método de valoración, se presenta como una tercera categoría entre la tarifa legal y la libre convicción razonada. Sin embargo, al desarrollar la siguiente sección donde se explica la valoración de la prueba en el arbitraje se concluirá que esta clasificación de tres sistemas de valoración ha quedado en el pasado.

4.2 La valoración de la prueba en el arbitraje

Uno de los puntos focales de la presente investigación, trata el tema de la valoración de las pruebas frente a este tipo de procedimientos. Desde un punto de vista netamente procesal, la figura de la valoración, no cabe duda, debe estar presente en el árbitro para analizar la prueba y crear para sí mismo la convicción necesaria sobre los hechos relevantes del juicio. Dos de las interrogantes que se deben plantear a efectos de este tema son: ¿Posee el arbitraje un sistema de valoración totalmente distinto a los tres que se expusieron anteriormente? ¿Existe para el árbitro una sumisión absoluta respecto a las reglas de la tarifa legal para ciertos medios de prueba?

¹⁷² RENGEL- ROMBERG, Aristides: Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano... op.cit p. 415.

¹⁷³ Sentencia de la Sala de Casación Civil, Exp. N° 89-0258 del 23 de Mayo de 1990. Tomado de: BAUDIN, Patrick. Código de Procedimiento Civil Venezolano. Ediciones Paredes. 3ra. Edición. Caracas – Venezuela 2010-2011. p.749.

Respecto a la primera interrogante, esta institución como se reitera, no es extraña a las fórmulas procesales, que son el sustento de las actuaciones que se llevan a cabo en dichos procedimientos. Se piensa que el problema no radica en el aspecto de su existencia sino en la forma en como debe ser aplicado. La LAC, como ya ha sido reiterado, guarda silencio en cuanto este tipo de disposiciones, salvo el reglamento del CEDCA que brinda de forma genérica autonomía al tribunal arbitral para la valoración¹⁷⁴. Tradicionalmente, la *tarifa legal*, *libre convicción razonada* y *sana crítica* han fueron consideradas como los tres principales sistemas de valoración de pruebas. Sin embargo en la actualidad “(...) mayoritariamente se ha considerado que las llamadas reglas de la sana crítica para la valoración de la prueba y la libre valoración significan lo mismo: la libertad para valorar las pruebas de acuerdo con la sana lógica y las máximas de experiencia, que sean aplicables al análisis que corresponda, de acuerdo con el criterio personal del juez”¹⁷⁵. Por tanto, la clasificación mencionada se decanta entre el sistema de la tarifa legal y el de la sana crítica.

Es preciso enfocarnos en la primera de las tres categorías, es decir, el de la tarifa legal. Independientemente de los orígenes de este sistema, el cual se creó básicamente como una suerte de control frente al poder del juez, debe indicarse que hoy en día las desventajas de este mecanismo son palpables a la luz de los avances del derecho y su comportamiento en la sociedad actual.

Indicar que cierto medio de prueba tiene un determinado valor, prejuzga de inmediato la realidad de un determinado proceso judicial al igual que uno de corte arbitral. Si bien se quiso implementar una regla que pudiera abarcar y moldearse a la mayoría de las controversias, lo cierto es que cada juicio tiene

¹⁷⁴ Art. 33.1 del Reglamento del CEDCA, según el cual Tribunal Arbitral está facultado para “...dirigir la instrucción de la causa del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al Tribunal Arbitral, incluye la de determinar la admisibilidad, el modo, lugar y tiempo para la evacuación de las pruebas, así como de su valoración y el establecimiento de fechas límites para la presentación de todas las pruebas”.

¹⁷⁵ VELANDIA PONCE, Rómulo. El documento electrónico y sus dificultades probatorias. p.197 Consultado en: http://saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/123456789/2456/1/T026800005061-0-T026800004794-0-TESIS_DEFINITIVA_en_PDF_26-07-12-000-000.pdf

una naturaleza y particularidad propia, siendo injusto para el juez imponerle un criterio que no le permita razonar y apreciar debidamente un medio de prueba.

Desde un plano filosófico, la tarifa legal contradice la confianza que debe depositar el Estado en sus órganos de justicia, más específicamente en el juez, al plantearse por adelantado cómo éste debe administrar justicia. Es fácil comprender que frente a este sistema el juez desempeñaría una función casi mecánica de intermediario entre el alcance de convicción que la ley le da a una prueba y el hecho de que se le quiere convencer, pues la ley habría previsto una medida para cada hecho¹⁷⁶. Frente a la referida mecanización, el estado a través del legislador desecha por completo las cuantiosas horas que dicho funcionario ha invertido en la percepción y estimación de la prueba en el proceso judicial.

Tarifar por proteger deviene en una consecuencia desafortunada para el derecho, en el cual incluso, pudiera salir favorecida alguna parte injustamente. Acertadamente Devis Echandia estableció que la arbitrariedad de los jueces no se impide con una regulación legal minuciosa de la prueba, sino con una sólida formación moral en ellos, pues de lo contrario ya encontrarán supuestas razones jurídicas para darle apariencia de legalidad a su prevaricato¹⁷⁷.

El sistema legal impone al árbitro y al juez una *camisa de fuerza*, que les impide buscar, más libremente, la verdad plena que, en consecuencia, podrá, en el sistema tasado, sujetar la verdad a aspecto meramente formal, en detrimento del justo o de la justicia, eminentemente, de corte material.¹⁷⁸ Frente a lo ya establecido, resulta llamativa la exposición que realizara Couture refiriéndose a las ventajas del sistema de la Tarifa legal, al enunciar

¹⁷⁶ ROCHA ALVIRA, Antonio. De la Prueba en Derecho. Tomado de RIVERA MORALES, Rodrigo. Op. cit p.977.

¹⁷⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. op. cit p.91.

¹⁷⁸ BATISTA MARTINS, Pedro. Panorámica sobre las Pruebas en el Arbitraje. Revista Peruana de Arbitraje N° 8 del año 2009. p. 152.

que el derecho prefiere la seguridad de la gran mayoría a la justicia de un caso particular y con tal sistema se ha procurado más que una solución de justicia, una solución de paz, puesto que las pruebas legales en sí mismas, están más cerca de la paz que de la justicia.¹⁷⁹

Las líneas de la presente investigación se permiten diferir de lo mencionado por el autor propuesto ya que la justicia jamás debe ser sacrificada, ni debe esta conformarse con una muestra global donde la mayoría encaje frente a las disposiciones del legislador; asumir esto, significa disminuir el porcentaje de eficacia que debe tener el sistema de justicia. El dinamismo que envuelve al derecho hace incompatible el establecimiento de tarifas a los medios de prueba y esconderse en el pretexto de la paz para mecanizarlo, como antes se advertía, es el equivalente a abandonar los grandes postulados de la consecución de la justicia. Si bien la paz, es una de las grandes preocupaciones de todo estado organizado, puede asegurarse y mantenerse sin obligar al juez a predeterminar el análisis probatorio. No estamos en presencia de sistemas políticos, los cuales son sostenibles en el tiempo bajo el concepto genérico de la “mayoría”, en el derecho, la norma general siempre busca individualizarse cuando el sujeto ha encajado en el supuesto de la norma y el único que puede interpretar la conducta de éste es el juez y no el legislador.

Las variables en el comportamiento humano, así como las situaciones que dieron lugar a que sean jurídicamente relevantes, son probadas en el proceso de múltiples formas y preestablecer el valor de los medios de prueba que los trae a la realidad jurídica significaría para el juez impedirle alcanzar una visión general de los mismos.

Por tanto, ¿Cómo debe considerarse tratada la valoración de la prueba en el marco de los procedimientos arbitrales? Tal como se ha venido estudiando la

¹⁷⁹ COUTURE, Eduardo: Estudios, ed. Cit, t.II pp 84 y 220. Tomado de ¹⁷⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. op. cit p.90.

interacción de la prueba en el arbitraje, resulta este segmento uno de los más importantes y que reafirma el sentido y naturaleza de este medio de resolución de controversias.

Una vez más cabe señalar la siguiente premisa, “las partes son dueñas del proceso” y ello comporta innumerables consecuencias que en opinión de quien suscribe se traslada a esta etapa de la prueba. Frente a la interrogante ya planteada anteriormente ¿Puede el árbitro desligarse de la tarifa legal como sistema y sustituirlo por otro como la sana crítica? Es necesario concluir que si se encuentra en dicha posibilidad. La razón para afirmarlo es una principalmente. La cual transcurre en el propio sentido autónomo y flexible del arbitraje.

Fuera de la esfera nacional La IBA¹⁸⁰, ha establecido que el tribunal arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia **y valor de la prueba** (Resaltado nuestro), en otras latitudes, la Ley Española de Arbitraje deja en libertad a los árbitros **para que valoren libremente la prueba practicada**, sin que después tal valoración pueda ser revisada por la jurisdicción ordinaria a través del recurso de anulación. A lo que si vienen obligados los árbitros es a motivar tal valoración (artículo 37-4 LA) y sin que puedan en ningún caso llegar a conclusiones absurdas, por cuanto las reglas generales de la “sana crítica” no implican “libertad personal valorativa”, si no que exigen que se adecue a las “elementales directrices de la lógica humana” al “sentido común”.¹⁸¹

En Brasil por ejemplo, Martins¹⁸² establece que en el marco del arbitraje internacional la adopción de uno u otro sistema de valoración, o incluso de ambos, dependerá, como es razonable, de la sede del arbitraje, de la ley

¹⁸⁰ Reglas de la International Bar Association en referencia a las pruebas (artículo 9 admisibilidad y valoración de la prueba) p.21

¹⁸¹ JURADO BELTRÁN, David. Capítulo Xº de la obra “Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa” [http://Aspectos%20prácticos%20que%20plantea%20la%20prueba%20en%20el%20procedimiento%20arbitral.%20\(%20Perspectiva%20Española\).html](http://Aspectos%20prácticos%20que%20plantea%20la%20prueba%20en%20el%20procedimiento%20arbitral.%20(%20Perspectiva%20Española).html)

¹⁸² BATISTA MARTINS, Pedro. op. cit p.153

aplicable y de la legislación atinente la posible jurisdicción donde la sentencia podrá ser reconocida. Aunque como lo reconoce el autor, la libre convicción es el más difundido por el mundo. Con él la libertad del juzgador es amplia, lo que le posibilita, en el ámbito del arbitraje, extraer de los elementos probatorios la verdad material. Dentro de la doctrina nacional, Petit advierte que:

A la pregunta si pueden las partes cambiar el sistema de pruebas (en cuanto al valor de los medios) para sus respectivos procesos, en principio la respuesta es negativa, aunque reconocemos que “en el procedimiento arbitral, la ausencia de formas rígidas que lo caracteriza permite una mayor flexibilidad en los lapsos de ofrecimiento y producción de la prueba. En este orden, valiéndonos de esa libertad/flexibilización de las formas de la prueba, excepcionalmente estimamos posible extenderlos con el propósito de que las partes que suscriben el pacto puedan crear su propio valor de pruebas, siempre que respeten el debido proceso constitucional.”¹⁸³

A pesar que el arbitraje pertenece al sistema de justicia, su ámbito de aplicación difiere, desde el aspecto formal, de una gran cantidad de disposiciones que los tribunales ordinarios sí deben aplicar de forma obligatoria. Cabe advertir que el arbitraje es completamente ajeno a las circunstancias históricas que dieron origen a la tarifa legal de las pruebas, (...) el cual surgió como una exigencia del proceso inquisitorio, puesto que concediéndole en este proceso al juez todo poder de iniciativa, de investigación y de decisión y quedando el acusado desprovisto de su

¹⁸³ PETIT GUERRA, Luis Alberto. El sistema de Pruebas en el arbitraje, desde la asunción del debido proceso como derecho fundamental. p.13 Consultado en: <http://www.cedca.org.ve/documentos/Luis-Petit.pdf>

defensa, la presión social y las nuevas formas de pensamiento influyeron para que el legislador limitara al juez (...) ¹⁸⁴.

El Estado de derecho moderno, ha dejado atrás las grandes dificultades en aquella transición de la edad media y su sistema rudimentario hacia estado con plena autonomía de poderes. Hoy en día el juez es sinónimo y garantía de justicia, salvando por supuesto, las anomalías que presenta todo sistema de justicia en el mundo. La tendencia hacia una delimitación clara de los poderes públicos del Estado debe llevarnos a la consecuencia que la intromisión del legislador en la forma de examinar las pruebas no conlleva mucho sentido.

Incluso, deben desecharse aquellas posiciones que pretendían justificar y favorecer el sistema de la tarifa legal en prevención a la falta de preparación o de experiencia de los jueces; esto último deja de tener vigencia en el tiempo porque la tecnificación y la profesionalización de los operadores de justicia, hoy en día, resultan más palpables que en el siglo pasado y más aún en el arbitraje comercial, sobre todo en los arbitrajes institucionales, donde las listas de los posibles árbitros que puedan dirigir tales procesos poseen una vasta experiencia en el conocimiento del derecho, además de estar investidos de un sentido elevado de la moral y compromiso con la justicia. La autonomía de la voluntad de los sujetos suscriptores del acuerdo de arbitraje les permite alcanzar fórmulas, para que el juez pueda, con el menor de los formalismos y dilaciones indebidas posibles alcanzar la verdad material.

Con la suscripción del acta de términos de referencia nada impide que se llegue a un consenso sobre la forma como el árbitro valorará las pruebas que le han sido presentadas si las partes deciden que el árbitro adopte la sana crítica como sistema o si el tribunal arbitral advierte de su uso con el

¹⁸⁴ RIVERA MORALES, Rodrigo. Las Pruebas en el Derecho Venezolano. Op.cit p. 976.

consentimiento pleno de las partes. Su resolución es completamente legal porque la supletoriedad en el uso de las normas civiles no puede sustituir el deseo de los suscriptores de la cláusula de arbitraje.

Relajar esta formalidad no altera la esencia del proceso, ni tampoco lo vicia de nulidad, siempre y cuando el debido proceso y el derecho a la defensa se propugnen asegurados en esta última etapa del proceso antes de emitirse el laudo arbitral. Adicionalmente al precepto de la formalidad esencial, se considera que no todas las normas sobre valoración atentan de manera directa al orden público¹⁸⁵ porque si los involucrados deciden en consenso de los árbitros, que el análisis probatorio transcurra por medio de la sana crítica, el efecto procesal que de ella se derive, afecta sólo únicamente a las partes involucradas en dicho litigio y en ninguna forma a la colectividad. En cuanto a los indicios, los cuales forman una parte importante de todo proceso, con el cual “(...) un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de un operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos (...)”¹⁸⁶.

La importancia práctica de los indicios es a veces olvidada por los jueces al momento de la valoración de los mismos. Este último caso es aquel que, a efectos de este capítulo, interesa resaltar. Un solo indicio rara vez puede crear convicción necesaria para esclarecer un hecho controvertido. Por lo general, el indicio es un fragmento de la prueba, como aquellos eslabones

¹⁸⁵ El concepto de orden público, de la cual sería extensa una aproximación real a su concepto gracias a la cualidad indeterminada que lo enviste, no ha sido del todo clara su aplicación sobre ciertas instituciones del derecho procesal. La doctrina mayoritaria coincide en limitar la noción de orden público a los principios fundamentales atinentes a la justicia y la moral, o a los intereses esenciales del Estado requeridos en materia política, social y económica. Y en el caso preciso de la investigación, otra aproximación, esta vez dirigida hacia el Orden Público Internacional desde la óptica procesal se define en palabras de Tatiana Maekelt como aquel está relacionado con las garantías fundamentales procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa y un juicio imparcial. En este sentido, se ha señalado que debe negarse la ejecución de un laudo cuando éste es producto de corrupción, soborno, fraude o casos similares. Tomado de MEZGRAVIS, Andrés. “EL ORDEN PÚBLICO SUSTANTIVO, EL ORDEN PÚBLICO PROCESAL Y LA ARBITRABILIDAD COMO CAUSALES DE DENEGACIÓN DEL LAUDO: ESPECIAL REFERENCIA A VENEZUELA Y OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA. Artículo publicado con ocasión al III Congreso Internacional de Arbitraje del Club Español de Arbitraje. pp. 19-25.

¹⁸⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op.cit p.601.

que forman en su conjunto una cadena. Los árbitros deben observar de manera minuciosa estos elementos, los cuales sólo tienen eficacia probatoria cuando se contrastan e integran frente a otros medios de prueba. Resulta lógico sentenciar que en esta materia la valoración debe realizarse mediante la sana crítica ya que es la mejor forma de apreciar el verdadero alcance de esta prueba indirecta. En cuanto a las presunciones, definidas como consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido¹⁸⁷, el punto resaltante en relación a la presente investigación es que la llamada “flexibilidad probatoria” muy poco puede hacer al respecto.

A lo largo del planteamiento propuesto en este trabajo se ha pretendido de manera objetiva analizar por cuales caminos puede transcurrir la permisibilidad del arbitraje como medio de resolución de controversias; en esta oportunidad, se considera que las partes no pueden convenir sobre la práctica de las presunciones de derecho¹⁸⁸, aquellas que no admiten prueba en contrario, ya que el mandato de ley es claro, además de confluir en la misma línea del orden público. En conclusión, la valoración de las pruebas es un tema del cual los árbitros, con el consenso de las partes, pueden disponer, ya que en el propio sistema de tarifa legal el orden público no se encuentra inmiscuido. El árbitro es libre al valorar, puesto que este momento de la prueba se enmarca como uno de los elementos que dan vida al concepto propuesto en esta investigación de la “flexibilidad probatoria arbitral”.

¹⁸⁷ RIVERA MORALES, Rodrigo. Op.cit p. 444.

¹⁸⁸ Artículo 1395 del CCV.

CONCLUSIONES

De la investigación realizada, y con vista a los objetivos general y específicos planteados, aunado a las posturas presentadas en el presente trabajo de la doctrina nacional y extranjera, así como la visión de la jurisprudencia nacional respecto al tema de la prueba y su comportamiento frente los procedimientos arbitrales, se determinó lo siguiente:

- El arbitraje es un medio de resolución de controversias, que tuvo en la Constitución de 1999 un impulso vertiginoso que se mantiene y crece en la actualidad. Su condición constitucional unida a que forma parte del sistema de justicia venezolano, le brinda una condición a dicho medio que décadas atrás habría sido impensable. Es una herramienta eminentemente privada y autónoma que transcurre a través de dos fases perfectamente divisibles. Una de ellas, de índole contractual, expresada en un acuerdo de arbitraje inserta en la letra de un contrato determinado. Otra de naturaleza o efectos procesales, que se presenta una vez originado el conflicto entre las partes.
- A pesar que el arbitraje es un mecanismo cuya naturaleza y características son distintas a las observadas en la jurisdicción ordinaria, aquél se nutre de instituciones procesales clásicas que brindan sentido y complemento a su estructura. Todo árbitro que emite un laudo, el cual es el equivalente a una sentencia, lo dicta porque se encuentra investido de plena función jurisdiccional. Los laudos son decisiones sobre las cuales recae la cualidad de cosa juzgada, excepto en aquellos aspectos de forma sobre las cuales exista la posibilidad de impugnación ante los tribunales superiores en sede judicial, a través del recurso de nulidad.
- El arbitraje no es extraño al derecho procesal puesto que de ella se inspiran algunas de sus formas para la interacción de las partes y el árbitro en el marco de un arbitraje. Es por ello que se puede afirmar

que los conceptos de jurisdicción, acción y proceso se encuentran presentes en dichos mecanismos, ya que la función jurisdiccional del árbitro se activa de manera abstracta cuando el particular decide invocar la cláusula de arbitraje y con ella toda una estructura amparada por el sistema de justicia venezolano y el cual se desarrolla a través de un conjunto de actos organizados y secuenciales que se asimila al proceso.

- La prueba es sin duda alguna uno de los aspectos más importantes en todo proceso jurisdiccional, puesto que en ella se buscan transpolar los hechos aducidos por las partes para llevarlos a la realidad jurídica. El arbitraje no es ajeno a esa manifestación procesal, la cual se encuentra acogida en la Ley de Arbitraje Comercial de 1998. Del análisis propuesto se pudo apreciar que los principales principios procesales que informan a la prueba en el marco del arbitraje son: igualdad, competencia, publicidad, dispositivo, libertad y exhaustividad probatoria, control y comunidad de la prueba, intermediación, contradicción y probidad.
- La asistencia de los tribunales de la jurisdicción ordinaria en los procesos arbitrales, conforma una práctica que se ha mantenido pacífica en su aplicación a lo largo de los años. A pesar del carácter autónomo del arbitraje, la intervención del Estado siempre será pertinente en casos específicos como la ejecución forzosa de medidas cautelares, laudos arbitrales y por supuesto, al momento de practicar ciertos medios de prueba. En los dos primeros casos, es común el ejercicio coactivo, del cual los árbitros carecen ya que el monopolio de la fuerza sólo puede concentrarse en cabeza del propio Estado. Pero en la oportunidad de la evacuación de pruebas, la situación se presenta un tanto más atenuada. La delegación en la práctica de, por ejemplo, una inspección judicial o la declaración de un testigo, la puede delegar o comisionar el tribunal arbitral puntualmente por –

entre otras cosas- la distancia de la sede arbitral respecto al lugar donde se practicará la prueba o por la misma naturaleza (complejidad y número de pruebas a evacuar) del procedimiento que puede exigir la colaboración de dichos tribunales.

- A pesar que la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 no contiene de manera expresa la mención a otras figuras sometidas a consideración del presente informe como el caso de la confesión ficta y el traslado de la prueba, ello no es motivo inequívoco para desechar la pertinencia de las mismas. La confesión ficta es admisible, pero de manera flexible y no rígida, aun sin basarla en el Código de Procedimiento Civil, dentro de un arbitraje ya que pueden presentarse las condiciones de procedencia para ello. Resulta sin embargo inconveniente para el arbitraje como institución copiarla con apego a mecanismos que judicialicen su estructura. Para el traslado de la prueba se presentan otras consideraciones. Sin perjuicio de algunas voces autorizadas en la doctrina, cualquiera de las partes en el procedimiento arbitral puede valerse de una prueba practicada en otro proceso, siempre y cuando la misma haya sido legal y pertinente y sobre la posibilidad de utilizar en otro arbitraje o procedimiento judicial, pruebas evacuadas en procesos arbitrales. Es de la opinión de la presente investigación que si las partes han consentido expresamente relajar la confidencialidad típica en los arbitrajes y prestan autorización expresa a quien lo solicite nada impide que pueda ser procedente el traslado.
- Uno de los aspectos más relevantes en la investigación planteada es el tema de la *flexibilidad* y su pertinencia sobre la teoría general de la prueba, cuando la misma es aplicada al arbitraje. Dicha cualidad, la cual se presentó a consideración a lo largo de la investigación propuesta, transcurre en cada una de las etapas de la prueba, es decir, promoción, evacuación y valoración. La flexibilidad es, en

consideración de quien suscribe, una cualidad procesal que tiene cabida en el arbitraje, capaz de armonizar los postulados más tradicionales de la prueba y su inserción en el proceso arbitral, a través de la disminución de la rigidez formal, como mecanismo ideal para alcanzar la verdad material, sin sacrificar las garantías y derechos constitucionales de las partes involucradas en el proceso arbitral. Dicha flexibilidad puede manifestarse de distintas formas a lo largo de la fase probatoria y dependiendo del medio de prueba, tal como se trató en los casos específicos de los testigos, la experticia y el documento. De todo ello, se puede afirmar que el arbitraje es un mecanismo que dista de las fórmulas sacramentales de la justicia ordinaria. No es el norte del arbitraje subsumirse en formalismos que puedan confrontar sus principios más básicos. La idea de alterar la rigidez de los lapsos probatorios presentes en el código de procedimiento civil venezolano y la posibilidad de desechar por convenio entre las partes y el árbitro la tarifa legal de ciertas pruebas, evidencian la cualidad que reviste al arbitraje, sin que ello signifique violación al debido proceso o la defensa ni mucho menos sacrificio alguno al orden público.

GLOSARIO DE ABREVIATURAS

CRBV: Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

LAC: Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela de 1998

CCV: Código Civil de Venezuela

CPC: Código de Procedimiento Civil de Venezuela

SC: Sala Constitucional

CACCC: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas

CEDCA: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje

IBA: International Bar Association

CIAC: Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL LLUCH, Xavier. Valoración de los medios de prueba en el proceso civil. Consultado en: <http://itemsweb.esade.edu/research/ipdp/valoracion-de-los-medios.pdf>

AGUILAR, Fernando. El Acta de Misión en el nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012.

ALVINS, Ramón. La tramitación del Proceso Arbitral. Publicación con ocasión del libro homenaje a los 15 años de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela “El Arbitraje en Venezuela”. Caracas. 2013.

ANZOLA J. Eloy. Reseña histórica del arbitraje comercial en Venezuela Publicación con ocasión del libro homenaje a los 15 años de la promulgación de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela “El Arbitraje en Venezuela”. Caracas 2013.

ANZOLA J. Eloy y ZUMBIEHL, Frédéric. “El Tribunal Supremo de Justicia riñe con el Arbitraje”. Publicado por la Asociación Venezolana de Derecho y Economía, Venezuelan Law and Economics Association (VELEA).Caracas, 2005.

ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. Manual de arbitraje Comercial. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. 2011.

ARCAYA Mariano, Código de Procedimiento Civil. Tomo III. Caracas. 1964.

BATISTA MARTINS, Pedro. Panorámica sobre las Pruebas en el Arbitraje. Revista Peruana de Arbitraje N° 8 del año 2009.

BAUDIN, Patrick. Código de Procedimiento Civil Venezolano. Caracas. Ediciones Paredes. 3ra. Edición. 2010-2011.

BAUMEISTER TOLEDO, Alberto. Anotaciones sobre el Traslado de la prueba (o pruebas trasladadas) en el proceso civil. Consultado en: http://acienvpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2008/BolACPS_2008_146_165-184.pdf.

BELÉN IBOLEÓN, María: El Proceso Arbitral: una perspectiva procesal del arbitraje de consumo. Editorial de la Universidad de Granada. España.

BELLO TABARES., Humberto. Tratado de Derecho Probatorio. Tomo II. Caracas. Ediciones Paredes. 2007.

BERNAL SAMPER, Trinidad. Conflicto y Mediación. Artículo publicado ante la Universidad Autónoma de Madrid con ocasión a jornadas de medidas alternativas, caso específico de la mediación. Madrid, España. s/f.

BORJAS, Arminio, Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano, tomo V, Tercera edición. Caracas. 1964.

BONNEMAISON W. José Luis, sobre la Naturaleza y el Objeto del Arbitraje, El Arbitraje en la Práctica, Colección de cuadernos de Arbitraje I del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. 1999.

CALAMANDREI, Piero: "Instituciones de Derecho Procesal Civil", traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, volumen I.1973.

CABRERA ROMERO, Jesús E. "Contradicción y control de la prueba legal y libre, tomo I. Caracas. Editorial jurídica ALVA. 1997.

CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Segunda Edición. Buenos Aires. 2000.

CALVO BACA, Emilio. Comentado y concordado al Código de Procedimiento Civil. Caracas. Publicado por Ediciones Libra. 2007.

CASTILLO FREYRE. Orígenes del arbitraje. Lima, Perú (2004) Ver en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf

CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita: Asistencia Judicial en el Arbitraje: Intervención Complementaria del Poder Judicial. Lima, Perú 2007 Véase en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/asistencia_judicial_en_el_arbitraje_intervencion_complementaria_del_poder_judicial.pdf

Centro de Comercio Internacional. Edición especial para Centroamérica. "Arbitraje y la solución alternativa de controversias. Escrito por Lica, CCI, Wto, y la OMC. El caso de Costa Rica. Consultado en: <https://www.books.google.co.ve/books?id=UfAqAAAAYAAJ>

COUTURE J. Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Cuarta Edición. Montevideo. Editorial B de f.. 2005

Comisión de Mediación y Arbitraje Comercial De la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. Recomendaciones para el Desahogo de la Prueba Pericial. Consultado en: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=16&con=informacion>

CORONEL JONES, Cesar. Arbitraje y Procedimiento en Ecuador. *Latin Arbitration Law*. Consultado en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/arbitraje-y-procedimiento-en-ecuador/>

CUENCA, Humberto "Curso de Casación Civil". Caracas. U.C.V. Tomo I. 1962.

DE MIGUEL y ALONSO, Carlos. El Principio de la inmediatez dentro del sistema formal de la oralidad. Biblioteca Jurídica de la Universidad Autónoma de México Véase en: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art12.pdf>.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Buenos Aires. Editor Victor P. de Zavalía. 1993.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. Requisitos para la Existencia jurídica, la validez y la eficacia probatoria del testimonio de terceros. http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/Requisitos_para_la_existencia_juridica.pdf

DE HOYOS ISCAR, Javier. El Arbitraje Institucional. Madrid. Revista Jurídica de Castilla y León. N° 29. 2013.

DÍAZ-CANDIA, Hernando. "El Correcto funcionamiento expansivo del arbitraje" (Teoría General del Arbitraje). Caracas. Editorial Legis, Segunda Edición. 2013.

DUQUE CORREDOR, Román J. "Apuntaciones sobre el procedimiento Civil Ordinario". Caracas. Ediciones de la Fundación Projusticia. Segunda Edición. 2000

FREIXAS-PUJADAS, J. "Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho Romano". En *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1980.

Guía Práctica para la comprensión y utilización del arbitraje. Asociación Venezolana de Arbitraje. Caracas 2014. Consultado en: http://www.araquereyna.com/sites/default/files/archivos-pdf/guia_practica_para_la_comprension_y_utilizacion_del_arbitraje_0_2.pdf

HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. Instituciones de Derecho Procesal. Teoría General de la Prueba. Caracas. Ediciones Liber. 2005.

HENRIQUEZ LA ROCHE, Ricardo. El Arbitraje Comercial en Venezuela. Caracas. Segunda Edición. 2014.

HERNANDEZ-BRETON, Eugenio: Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental". Arbitraje Comercial Interno e Internacional, reflexiones Teóricas y experiencias prácticas. Caracas. Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas y Sociales. 2005.

HUNG, Francisco, Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, XXVI Jornadas J.M. Domínguez Escovar, Barquisimeto. 2001.

JURADO BELTRÁN, David. Aspectos prácticos que plantea la prueba en el Procedimiento Arbitral. Capítulo Xº de la obra "Arbitraje: comentarios prácticos para la empresa". Editorial Difusión Jurídica 2011

Legal Report del CEDCA: El examen de Testigos en el Arbitraje. Octubre de 2009. *Tomado del trabajo* "Evidencia y prueba en el arbitraje" del Árbitro Martin F. Scheinman, Esq. publicado por H.R. Press an imprint of Cornell University Press. Véase en: <http://www.cedca.org.ve/sites/default/files/octubre.pdf>

MANTILLA SERRANO, Fernando. La prueba en el arbitraje IV: Los testigos. Editorial Legis. Véase en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/L/la_prueba_en_el_arbitraje/la_prueba_en_el_arbitraje.asp?CodSeccion=15

MARCHESINI, Martín. Los medios de prueba en el arbitraje Comercial y sus contingencias. Consultado en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/prueba_arbitraje.html

Memoria arbitral II compendio de laudos. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Caracas. Impreso por Editorial Torino. 2014

MÉLICH-ORSINI, José. Doctrina General del Contrato. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales Quinta Edición, Primera reimpresión. 2012.

MURGA, J.L. Derecho Romano Clásico II. El proceso. Zaragoza. Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Tercera Edición. 1989.

OGÁYAR, Tomás: El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. 1977.

PARRA QUIJANO, J. "Ideas sobre la prueba ilícita", Memorias IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal, San Cristóbal.

PESCI FELTRI, Mario. Breve exposición sistemática de los principios del derecho procesal civil para el desarrollo de un comentario exegético del Código de Procedimiento Civil. En: Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. Nº 2. julio – Diciembre 1999. Caracas. Librosca. 2000.

PETIT GUERRA, Luis Alberto. El sistema de pruebas en el arbitraje, desde la asunción del debido proceso como derecho fundamental. en: <http://www.cedca.org.ve/documentos/Luis-Petit.pdf>

RODRÍGUEZ, Nuvia. Historia del problema limítrofe de Venezuela en la Guayana Esequiba y algunas reflexiones pertinentes al caso. Consultado en: <http://alainet.org/active/49961&lang=es>

PRIETO-CASTRO Ferrandiz; "Derecho Procesal Civil", Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, Volumen I, 1968.

RENGEL ROMBERG, Arístides. Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano. Caracas. Organización Gráficas Capriles C.A. 2003.

RIVERA MORALES, Rodrigo. Las pruebas en el Derecho Venezolano. Séptima Edición. Barquisimeto. Librería J. Rincón. 2013.

SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Buenos Aires. Editorial EJE. 1990.

TORREALBA LEDESMA, Henry. Arbitraje comercial en Venezuela. ¿ Independiente y Autónomo de los Tribunales Ordinarios?. Artículo publicado en el "Legal Report" del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA). Caracas. Marzo/ 2010 Consultado en: http://www.cedca.org.ve/documentos/legal_report/MARZO2010.pdf

VALMAÑA CABANES, Antonio. El Principio de adquisición procesal y su proyección de la prueba no practicada. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, España. 2012. Consultado en http://www.indret.com/pdf/888_es.pdf

VEGA-VEGA, José Antonio: El documento jurídico y su electrificación. España. 2014.

VELANDIA PONCE, Rómulo. El documento electrónico y sus dificultades probatorias. Caracas. 2011. Consultado en: http://saber.ucv.ve/xmlui/bitstream/123456789/2456/1/T026800005061-0-T026800004794-0-TESIS_DEFINITIVA_en_PDF_26-07-12-000-000.pdf

VILLAMAYOR Alemán. La prueba en el arbitraje. Consultado en: <http://www.colabogados.org.ar/larevista/pdfs/id14/la-prueba-en-el-arbitraje.pdf>

WALLIS, Bernardo. Las pruebas en el procedimiento arbitral. Legal Report/ CEDCA. Agosto del 2010. Consultado en: <http://www.cedca.org.ve/sites/default/files/AGOSTO-SEPTIEMBRE-Wallis.pdf>

YANUZZI RODRÍGUEZ, Salvador. Constitución, proceso, pruebas y reforma procesal. El derecho a la prueba en la constitución de la República Bolivariana de Venezuela. XXXVII Jornadas J.M Domínguez Escovar. Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Ricardo Hernández Álvarez. Barquisimeto, 2012.

Leyes

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.860 del 30 de septiembre de 1999 y publicada por segunda vez en Gaceta Oficial N° 5423 (Extraordinaria) de 24 de Marzo de 2000

Código Civil de Venezuela. Gaceta N°2290 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982

Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial N° 4209. Extraordinaria de fecha 18 de Septiembre de 1990

Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela. Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de Abril de 1998.

Reglamentos

Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas.

Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).

Reglamento de la Internacional Bar Association (IBA) sobre la práctica de las pruebas.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)