

EL ACUERDO ARBITRAL. ¿UNA SOLUCION EN LOS NEGOCIOS INMOBILIARIOS?

Oliveros Sequera, Mireya Josefina ¹

RESUMEN

En esta época, cada vez son más las personas que realizan rutinas comerciales a través de agentes inmobiliarios; no obstante, cuando resulta necesario resolver futuras controversias se deja a un lado el uso del acuerdo arbitral como elemento eficaz de cumplimiento del contrato. La episteme procede del estudio y la revisión documental de la doctrina y la jurisprudencia nacional de forma crítica, creativa y hermenéutica. Se instrumentó como objetivo explicar el acuerdo arbitral como una solución en los negocios inmobiliarios. Se concluye en líneas generales que el arbitraje es una garantía cuya eficacia en los negocios inmobiliarios no solo abriga a las partes que se ahorrarían tiempo y dinero, sino también al estado que descongestionaría los tribunales ordinarios. Se recomienda fomentar la cultura del arbitraje como una solución a los negocios inmobiliarios.

Palabras claves: Acuerdo Arbitral, Negocios Inmobiliarios, Agentes Inmobiliarios.

THE ARBITRATION AGREEMENT. A SOLUTION IN REAL ESTATE BUSINESS?

ABSTRACT

At this time, more and more people carry out commercial routines through a real estate agent; however, when it is necessary to resolve future controversies, the use of the arbitration award is set aside as an effective element of compliance with the contract. The episteme comes from the study and documentary review of the national doctrine and jurisprudence in a critical, creative, and hermeneutical way. The objective was to explain the arbitration agreement as a solution in the real estate business. It is concluded in general lines that arbitration is a guarantee whose effectiveness in real estate business not only shelters the parties that would save time and money, but also the state that would relieve the ordinary courts. It is recommended to promote the culture of arbitration as a solution for real estate businesses.

Keywords: Arbitration Agreement, Real Estate Business, Real Estate Agents.

¹ Abogada y Licenciada en Relaciones Industriales. Docente Universitaria. Especialista en Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Procesal Civil y Alta Especialización en Derecho Inmobiliario en la Universidad Complutense de Madrid. mireyasesores@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN.

Saber que hilo tirar para lograr el conocimiento en esta reflexión crítica es el camino que recorrer. Es ir hacia lo anterior al principio, el arjé del arbitraje, allí en la mitología griega específicamente, a raíz del conflicto sobre la propiedad de la manzana labrada en oro que sostenían las diosas Atenas, Hera y Afrodita donde Zeus fija las bases de lo que hoy sería conocido como arbitraje al encomendar a un tercero (Paris) decida sobre el conflicto acaecido a las deidades. El albor de este suceso daría lugar a un nuevo sistema heterocompositivo, donde de modo individual o colegiado se resolvería un conflicto.

Dentro del universo inmobiliario, el arbitraje, puede considerarse un instrumento eficaz a la hora solucionar los problemas relacionados con la gestión de compraventa, renta de propiedades u otros que se originan durante las relación jurídico-comercial, las garantías que brinda a las partes son las mismas que se derivan de cualquier proceso judicial con la ventaja que ofrece de ahorro de tiempo y de dinero.

Con base a eso, este artículo aborda las repercusiones de dicha propuesta. La idea es plantear de manera crítico-creativa y hermenéutica el arbitraje como una opción de solución de controversias en el mercado inmobiliario.

2. METODOLOGÍA.

El presente ensayo es de tipo documental, crítico-creativo y hermenéutico. Documental, porque se ha apoyado en la consulta y revisión de distintas fuentes epistemológicas, tanto doctrinarias como jurisprudenciales. Crítico-creativo, por cuanto se han abierto caminos para la reflexión, el diálogo y la innovación del arbitraje en materia de negocios inmobiliarios. Hermenéutica, porque la interpretación de textos y jurisprudencia ha permitido reflexionar en la búsqueda de un paradigma eficaz para la solución de controversias en los negocios inmobiliarios.

3. ASPECTOS TEÓRICOS CONCEPTUALES.

3.1. Consideraciones Fundamentales del Arbitraje

Si bien es cierto, el arbitraje hunde sus raíces sobre el derecho en la antigua Grecia, no en vano fue reconocido por Platón como “el más sagrado de todos los tribunales debe ser aquel que las partes mismas hayan creado y hayan elegido de común acuerdo” (Romero, 1999) no es hasta el derecho romano donde adquiere la importancia de justicia privada oficializándose con la ley de las XXII tablas, constituyendo el cimiento actual de la figura del arbitraje.

La expansión histórica del arbitraje ha alcanzado temáticas procesales en materia laboral, comercial e internacional. La doctrina lo ha definido como uno de los medios alternativos para la resolución de conflictos, siendo el que reviste mayor formalidad y complejidad en comparación con la mediación y la conciliación, pues, en sustancia se constituye como una forma de justicia privada, la cual se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes a pesar de estar regulado por una Ley preconstitucional, “ha sido erigido como uno de los mecanismos auxiliares de la administración de justicia con la promulgación de la Constitución de 1999”. (Cruz y Sira, 2020). En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en interpretación de los artículos 253 y 258 de la Constitución Nacional, determinaron, con meridiana claridad que, el arbitraje al ser un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pertenece al sistema judicial, siendo en consecuencia, un órgano jurisdiccional que integran el sistema denominado como justicia alternativa misma categorías donde se encuentran las instancias de mediación y conciliación institucionales, los jueces de paz, entre otros, concluyendo la Sala, que “tal carácter deviene de la naturaleza de la función ejercida por los árbitros, que no es otra que dirimir conflictos en forma imparcial, autónoma e independiente, sin que ello colida o usurpe la función jurisdiccional del Estado, ejercida a través de sus órganos del Poder Público destinados a ello”. (SC/TSJ No 1139 del 05/10/2000, caso Héctor Quintero).

No obstante a lo antes mencionado, debe advertirse que tal asimilación del arbitraje dentro del sistema de justicia, no implica que forme parte del isomorfismo de los órganos jurisdiccionales conformados por los Tribunales Ordinarios y Especiales, su especialidad radicada en la materia y no en una naturaleza ad-hoc, así pues, si bien el árbitro y el juez administran justicia, difieren en sus fines y fundamento, en la medida que el juez se debe a la Constitución y las Leyes estando atado en principio al orden jurídico establecido principios de legalidad y orden público. Mientras que, en el caso del árbitro, la jurisdicción que éste ejerce no pertenece propiamente al servicio público de administración de justicia, al no estar vinculado a las limitaciones de éste y al deberse su función al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Otro de los aspectos significativo del arbitraje es que pertenece al sub-sistema de justicia privada, que al fundamentarse en la voluntariedad de las partes se constituye conforme a las reglas escogidas por esta, no teniendo más función dicho tribunal arbitral que conocer y dirimir especialmente el asunto sometido por las partes en el contrato arbitral.

Así pues, el tribunal arbitral se limita a conocer el asunto sometido a debate por conducto de la voluntad de las partes en el contrato, está limitado a conocer solo

aquello que las partes así han dispuesto en la cláusula arbitral se debe su función y en consecuencia legitimidad de actuación al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el cual se interesa con la aplicación de la cláusula arbitral solamente en el caso de conflicto en la materia pactada, que impida la ejecución del contrato.

3.2 Concepto y Naturaleza Jurídica.

Consonó a lo anterior, a los fines de profundizar en el estudio del arbitraje y su implicancia en el mundo inmobiliario, necesariamente se debe entender su naturaleza jurídica por ello, es necesario cuestionar ¿por qué adopta una concepción jurídica si el arbitraje, es un medio alternativo de resolución de conflictos de manera extrajudicial?

Para responder esta interrogante se debe retomar lo explicado en el epígrafe anterior, es decir, una de las tipologías que a juicio doctrinario define el arbitraje como un método heterocompositivo, tesis sostenida por los doctrinarios quienes, partiendo de este principio del tercero imparcial que resuelve la controversia contenida en el laudo arbitral se considera la naturaleza jurídica del arbitraje cuando cumple con las fórmulas procesales que lo asemejan al proceso y al órgano jurisdiccional, es decir forma parte la actividad jurisdiccional, del sistema de justicia, pero no del poder judicial aun cuando la Sala Constitucional considera los laudos arbitrales como Cosa Juzgada.

En tal sentido, la naturaleza jurídica del arbitraje en sustancia, implica que si bien cumple con las fórmulas procesales que lo asemejan al proceso y al órgano jurisdiccional encargado de dirigirlo, en la medida que su constitución depende de la autonomía de la voluntad de las partes, y se limita solamente a conocer el conflicto derivado del contrato en el cual se ha determinado mediante pacto expreso la cláusula compromisoria, es por ello que la doctrina, si bien acepta que el arbitraje es un mecanismo alternativo de justicia privada en sentido general, al caso particular de interés de las partes vinculadas al conflicto sometido a arbitraje, “se trata de una forma asistida de lograr el cumplimiento de los términos del contrato, todo ello por la voluntad de las partes” (Gonzalo, 2008).

Esta distinción especial del arbitraje es considerada por la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en aparte como una forma de administración de justicia, perteneciente al sistema y al mismo tiempo un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, que tomando la fórmula del proceso, se constituye vía contractual por voluntad de las partes, a fin de prevenir la paralización o incumplimiento del contrato.

Por ende, se comparte el criterio de la doctrina y recogido por la jurisprudencia en donde acertadamente conciben el arbitraje como una institución jurídica especial sui generis, cuyo pilar angular “es la relación jurídica contractual constituida por las partes, comprometiéndose en dicho contrato a resolver las controversias o conflictos que eventualmente pudieran surgir, mediante el arbitraje”, (Persson, 2019) argumento que como será explicado más adelante fija las bases de la conveniencia del arbitraje y su eficacia dentro del negocio inmobiliario.

3.3 Tipos de Arbitraje

Determinada la naturaleza jurídica del arbitraje, cuyo fundamento de origen ha sido siempre la voluntad de las partes, estando ineludiblemente ligado al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el desarrollo de las especies de arbitraje ha estado igualmente ligado a dicha voluntad manifiesta del contrato, pudiéndose clasificar en la forma siguiente:

a. Según la Forma de Administración:

La Ley de Arbitraje Comercial vigente, establece la existencia de dos tipos de arbitraje, el primero denominado como Arbitraje Institucional, en el cual las partes pactan que todo conflicto producto del contrato, sea administrado por una institución o centro arbitral constituido, no debiéndose confundir al centro arbitral con el tribunal arbitral, el cual se constituye de la terna de árbitros del centro escogido por las partes, siendo la ventaja primordial de estos centros, los servicios que a los efectos del proceso arbitral prestan.

En contraposición, se encuentra el denominado Arbitraje Independiente o *Ad Hoc*, el cual como su nombre indica, no está vinculado a una institución o centro de arbitraje, siendo conformado el tribunal arbitral con los árbitros o los suplentes que estos previamente señalen en el contrato, o en su defecto, sean nombrados conforme al mecanismo de nombramiento pactado en la cláusula arbitral, siendo la principal desventaja de esta forma, que el costo de reuniones, honorarios y demás servicios requeridos para el desarrollo del proceso arbitral, no dependen de una tasa de servicio preestablecido por una institución, siendo por fuerza una causa sobrevenida de conflicto, si tales determinaciones de costo presupuestarios no fueran atendidas en la propia cláusula arbitral.

b. Según la Forma de Juzgamiento del Arbitraje:

El artículo 8 de la Ley de Arbitraje Comercial, determina que el arbitraje puede ser de derecho o de equidad; en el arbitraje de derecho, tiene como principio

fundamental la estricta observancia de las reglas materiales o sustantivas y procesales o adjetivas escogidas por las partes, además de guardar subordinación a la Constitución Nacional y los Principios de derecho Fundamentales de igual rango, razón por la cual, sería causa de nulidad la inclusión en el tribunal arbitral, de un árbitro no abogado o licenciado en derecho.

Por su parte, en el arbitraje de equidad, los árbitros no están vinculados a la escogencia de normas jurídicas, sino al principio de equidad por voluntad de las partes en el pacto arbitral, siendo pues que la decisión en principio no se funde en las reglas convencionales de derecho, que en el ámbito del arbitraje, el árbitro soluciona el conflicto de acuerdo a su leal saber y entender, siendo usualmente empleado en conflictos de carácter técnico, siendo el arbitraje de construcción de obra, el cual se establece en el contrato de obra, mediante una mesa técnica de árbitros expertos, a quienes les corresponderá decidir todo género de conflictos que en el decurso de la ejecución de la obra pudieran surgir, estando en este grupo los arbitrajes técnicos, cuyo eje de solución no pasa por el aplicativo de normas jurídicas, sino de normas técnicas.

c. Según la Jurisdicción del Tribunal Arbitral:

Según sea la voluntad de las partes y la naturaleza de la relación jurídica constituida entre estas, el arbitraje puede ser Nacional o Internacional. El arbitraje nacional o doméstico, se circunscribe al conocimiento de negocios jurídicos de índole privado de carácter pecuniario, cuya jurisdicción corresponda al tribunal arbitral que se constituya en el territorio nacional, por ser ambas partes y la ejecución del contrato domiciliados dentro de la jurisdicción de la República de Venezuela.

En cuanto al arbitraje internacional, a diferencia del anterior, requiere necesariamente la conjunción de determinadas condiciones para su procedencia, las cuales corresponde a las siguientes:

1. Cuando las partes tengan domicilios en distintos Estados, sin distinguir que ambas partes sean o no connacionales, siendo el criterio vinculante es la domiciliación de las partes.
2. Cuando por voluntad de las partes, la sede del Centro Arbitral, a quien corresponderá constituir el tribunal arbitral, se encuentra fuera del domicilio del Estado en donde se encuentren las partes.

3. Cuando la ejecución de una de las obligaciones del contrato, ocurra en un domicilio fuera al de las partes, y la cláusula arbitral disponga como domicilio especial la Jurisdicción en donde se verifique el cumplimiento de dicha obligación.

Al constituirse por voluntad de las partes, con fundamento en alguno de los supuestos anteriores, dicho laudo, según sea el caso, a los fines de su ejecutividad al ser dictado en el extranjero, a los efectos del orden interno venezolano, el mismo por imperativo del artículo 48 de la Ley de Arbitraje Comercial, goza de pleno reconocimiento como vinculante e inapelable, siendo menester que dicha ejecución sea pedida al Tribunal de Primera Instancia que resulte competente por el territorio determinación del fuero personal del demandado.

En cuanto, al domicilio especial de ejecución o radicación de la cosa real objeto de ejecución, que sin requerir execuátur, deberá instruir la ejecución del laudo como título ejecutivo equiparable a la sentencia con los efectos de cosa juzgada. Por último, queda por señalar que, en el caso del arbitraje internacional, forzosamente las partes deben especificar tanto las reglas sustantivas como adjetivas en las que deberá dirimirse el conflicto, si la naturaleza de dicho arbitraje se seguirá conforme a los principios del arbitraje de derecho.

3.4 Cláusula Arbitral y su Eficacia en el Mundo Inmobiliario

Hablar del arbitraje es entender el pensamiento del legislador cuando sitúa una perspectiva favorable a las partes, no solo en cuanto al entendimiento de la norma que legisla (artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial) sino también le concede el poderío de someter al arbitraje todas o algunas de las controversias surgidas durante sus relaciones jurídicas ¿Qué implica esto?

En primer orden, la estipulación del pacto arbitral dentro del contrato, es importante destacar que si bien es cierto el legislador estipula que debe ser un arbitraje escrito nada refiere que sus trámites deban ser realizado ante notario público, siendo esta una temática que se abordará en otros artículos; y en segundo lugar, la garantía que solo se hará efectiva al surgir un conflicto en el cumplimiento del mismo.

No obstante a lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia, han considerado como válidos los pactos de arbitraje accesorios, es decir, aquellos que con ocasión al conflicto de una relación jurídica prestablecida, sin acuerdo arbitral en su cuerpo contractual, las partes libremente pactan el acuerdo accesorio y separado, la conformación de un arbitraje como mecanismo para resolver el conflicto iniciado, dicha determinación deberá llenar los extremos mínimos prescritos en la Ley en la conformación de la cláusula arbitral, teniendo que las partes determinar tanto la

forma de constitución del arbitraje, sea institucional o independiente, así como las reglas materiales y procesales que corresponda a los árbitros aplicar en su laudo si se pacta un arbitraje de derecho, o expresamente escoger el aplicativo de la regla de equidad al caso.

Sea que el acuerdo compromiso se haya pactado con ocasión al contrato, o por el contrario, al inicio del surgimiento del conflicto, se pacte por acuerdo accesorio separado, el pacto arbitral tiene eficacia o fuerza ejecutiva que representa una causal de exclusión de la jurisdicción ordinario de los Tribunales de la República, ello en razón que al constituirse por la autonomía de la voluntad de las partes la competencia del tribunal arbitral, en las materias del contrato que expresamente señalen en el compromiso arbitral, “dicha competencia solamente puede perderse previa nulidad de dicho pacto, ostentando la exclusiva competencia el tribunal arbitral por el aplicativo del principio competence to competence”. (SC del TSJ Nro. 1541/2008, Gaceta Oficial Nro. 39.005 10/11/2005 y sentencia Nro. 1067/2010 misma sala, Gaceta Oficial Nro.39-561, 26/11/2010)

La eficacia y la fuerza ejecutiva que presenta el laudo arbitral fueron ratificadas nuevamente en febrero de este año 2023, en la Sala Político Administrativa respetando la autonomía de voluntad de las partes al decidir someter sus controversias futuras al arbitraje y remitir la competencia al tribunal de arbitraje.

Se pudiera imaginar que el arbitraje no está pensado para el negocio inmobiliario, puesto que se trata de un sistema eficaz y se especula que las reclamaciones en inmuebles no suponen cantidades altas, y esto hace que haya pocas empresas inmobiliarias que contemplen este sistema como alternativa para solucionar sus litigios y la verdadera realidad, es que se trata de un juicio sin tribunal de por medio, y las garantías son las mismas que las de cualquier proceso judicial, además, el mutuo acuerdo impide que unilateralmente se dilaten temas, solo basta el hecho jurisprudencial que la propia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, jerarquiza a los laudos arbitrales al mismo nivel que las sentencias emanadas del Poder Judicial, para entender que se trata de un medio alternativo de resolución de conflictos promovido e impulsado por la Constitución vigente de nuestro país.

En cuanto a la conceptualización de la cláusula compromisoria, como un método formal de resolución de justicia, el cual, se le encarga a un tercero denominado arbitro la resolución del conflicto planteado, por conducto de la cláusula compromisoria pactada en el contrato, que si bien se configura como un mecanismo de justicia privada, cumple con las formulas procesales necesarias para el establecimiento del contradictorio que permita dictar la resolución de la contradecia, delimitándose el contradictorio material a lo pactado en el contrato, debe señalarse

que la última evolución de dicha cláusula, es el aplicativo en los contratos de las denominadas clausulas escalonadas, en las cuales además de pactarse el arbitraje, las partes pueden añadir el agotamiento de instancias de conciliación o mediación voluntarias u obligatorias previas, pudiéndose incluso resolverse el conflicto en estas instancias previas, sin siquiera ser necesario la constitución del tribunal arbitral, observándose la utilidad de estos métodos en las negociaciones inmobiliarias, estas resultan uno de los actos más naturales para todo individuo, siendo imperceptible para la mayoría los momentos en los cuales se presenta la negociación sobre la cual se erige toda relación jurídica convencional que se constituye por voluntad de ambas partes.

Como colofón a lo anterior, debe también señalarse que, en el caso patrio, la escogencia del arbitraje institucional en la cláusula arbitral, de conformidad a los últimos reglamentos de los tres centros de arbitraje de importancia en el Área Metropolitana de Caracas, estas incluyen en su servicio el agotamiento de una instancia de mediación previa. A propósito de los centros de arbitraje, que hacen vida activa en la ciudad se reconoce el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC); Centro Empresarial de conciliación y Arbitraje (CEDCA), y el Centro de Mediación y Arbitraje Espacio Arbitral, en el cual ejerzo la función de Árbitro.

Por último, El número de conflictos que pueden solucionarse eficazmente mediante el arbitraje es inagotable, y sin pretender ser exhaustivos, hacemos una rápida mención a las eventuales discrepancias que pueden ser solucionadas pacíficamente mediante el arbitraje:

- a) Conflictos entre condominios;
- b) Los conflictos entre uno o más copropietarios y la comunidad, por gastos comunes, ruidos molestos, áreas comunes, prohibición de construir en áreas comunes, responsabilidad de daños ocasionados a las áreas comunes,
- c) morosidad caprichosa;
- d) construcciones ilegales;
- e) Cumplimiento de deberes de los copropietarios;
- f) Los conflictos entre el arrendador y arrendatario, tales como, alteración en las condiciones del contrato, modificación en el objeto de arrendamiento, el destino del inmueble, entre otros;
- g) Cobro de gastos necesarios para la conservación de áreas comunes, efectuados por los propietarios supliendo a la administración;
- h) Cumplimiento de convenios entre administrador, proveedores;
- i) Rescisión de contratos entre el condominio y terceros;
- j) Incumplimiento en las negociaciones inmobiliarias, o en una transacción comercial, que incluya estructuras de financiamiento, que, dicho sea de paso, está

ocurriendo por iniciativa propia de las partes y con financiamiento privado; o cuando se trata de emprendimientos inmobiliarios que se estructuran mediante la intervención de inversionistas privados relacionados para cumplir con un proyecto común;

k) Cobro de los honorarios por parte de los intermediarios establecidos en el contrato de reserva.

Igualmente, cuando se trata de una compraventa común, el arbitraje suele ser el único modo de ejercer derechos de poca entidad económica en un plazo razonable. Finalmente, el arbitraje hermanado con la mediación, constituye un valioso modo de solucionar los conflictos entre condóminos, propietarios, compradores, y restantes partes vinculadas en torno a la propiedad inmobiliaria.

En materia inmobiliaria, el arbitraje ha sido tradicionalmente empleado en la propiedad horizontal y en los contratos cuya causa sea la tradición onerosa de la propiedad, sea por venta o permuta, quedando relegados la materia de arrendamiento de vivienda, dado las previsiones de conciliación administrativa obligatoria que dicho régimen jurídico prevé, aunado a las especiales protecciones en cuanto al desalojo contempla la Ley Contra el Desalojo Arbitrario de Viviendas.

En lo que atañe a la materia de arrendamiento de locales comerciales, la prohibición de arbitraje contenida en el artículo 41 de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial literal J ha sido prevalecida, pues, por decisión de la Sala Constitucional del 18 de octubre de 2018, “declaró conforme a derecho la desaplicación por control difuso de dicho precepto referido en la ley” (SC del TSJ, Nro. 72/2018, 18/ 9/2018), a propósito de la decisión adoptada por el Tribunal Constituido por el árbitro único, la Dra. Irma Lovera De Sola, en la sede del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, el 15 de septiembre de 2016, caso, aria, Josefina Pacheco Cortes vs Carmen Cárdenas de Rodríguez, expediente Nro. CA01-A-2016-000005 nomenclatura interna del referido centro de Arbitraje, con lo cual se asentó en la doctrina constitucional, que existe la posibilidad de renunciar a la jurisdicción ordinaria de los tribunales de la República, en favor del tribunal arbitral que al caso particular del contrato de arrendamiento en donde así sea pactado, quedando aún pendiente de determinación si en dicho proceso arbitral, el tribunal arbitral está atado a las mismas restricciones que en materia cautelar en arrendamiento comercial existen para el juez.

Dicha decisión si bien expresamente no indica que su fundamento axiológico es el derecho a la libertad individual, incluido como derecho inherente a la naturaleza humana, que traducido en el plano de los intereses particulares de protección legal, en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, fundamento mismo del

derecho privado y la barrera indisoluble de los asuntos de interés público y los asuntos de interés privado, sí expone que el arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos, no representa un escollo ni desmejora en la tutela de los intereses jurídicos de las partes en el contrato, pues, conforme a las previsiones constitucionales prescritas en los artículos 253 y 258 de la Constitución Nacional, la prohibición prescrita en el literal J del artículo 41 ídem, era inconstitucional, al coartar el fomento de un medio alternativo de resolución de conflictos, contraviniendo un mandato expreso del Constituyente.

El inciso significativo de esta decisión, no se concentra solamente en la garantía de la tutela efectiva sino ante la potestad ejercida conforme al artículo 336, cardinal 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 25 ordinal 3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y de conformidad con lo previsto en el artículo 34 eiusdem conozca de oficio la inconstitucionalidad del artículo 41 de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial literal J donde se prohíbe el arbitraje comercial lo que dejó abierta la posibilidad de declarar la constitucionalidad del arbitraje tal como es referido en otro epígrafe.

Sin embargo, ante la prevalencia del control difuso en fecha 10/04/2023, “la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia retoma la prohibición contenida el artículo 41 literal J de la Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario” (SCC de TSJ Nro.142, 10/4/2023) para el Uso Comercial, al desplazar su criterio operativo hacia el cambio del precedente generado por la Sala Constitucional al declarar la nulidad parcial de un contrato de arrendamiento comercial cuya cláusula contractual fijaba la voluntad de las partes de resolver su controversia a través del arbitraje, esté hecho, fue estimado como un retroceso en el ámbito comercial, pues se consideraba que dicha decisión garantizaba la tutela judicial efectiva de las partes, pero el juez debe decidir de acuerdo a su convicción formal formada siendo sus argumentos acertados y fundamentados en la ley vigente. Recodemos que al aplicar la sala constitucional el control difuso, solo es aplicable al caso determinado lo que implica que la normativa continua vigente y puede ser retomada en otras decisiones.

Recientemente, la Sala Constitucional a los efectos de poder uniformar los criterios jurisprudenciales establecidos por todos los tribunales en aplicación del método difuso ratificó su criterio esgrimido en la decisión adoptada en fecha 18 de octubre de 2018, declarando “la constitucionalidad del arbitraje pactado en el contrato de arrendamiento de inmuebles destinados al uso comercial esta vez conto con la decisión unánime de todos los magistrados” (SC del TSJ de fecha 27/7/2023) y con la ponencia de la Dra. Lourdes

Suárez Anderson, aclarando la referida jurisprudencia “siempre que las partes manifiesten en la cláusula contractual su voluntad de someterse a este medio alternativo de resolución de conflictos”. (op.cit).

Este pronunciamiento de la Sala Constitucional tiene valor general, es decir erga omnes lo que implica que cualquier funcionario, ciudadano puede incorporar la cláusula arbitral en todos los contratos de arrendamiento de inmueble comercial lo que implica una transcendencia en el mundo inmobiliario.

En el caso del arrendamiento de vivienda, si esta no sufriera de afectación social, las partes no tendrían prohibido el pacto arbitral, empero, al estar elevado al rango de derecho social constitucional el derecho a la vivienda, las partes se encuentran coartadas en su derecho de libertad individual al no poder pactar la resolución de los eventuales conflictos ante un tribunal arbitral. Esta situación, se justifica de algún modo en que, en dicha materia, ya existe una instancia auto-compositiva del conflicto, en las denominadas audiencias de conciliación en sede arbitral ante la Superintendencia de Vivienda y Habitat, cuyo agotamiento habilita a las partes a concurrir a la vía judicial, bien sea para obtener el desalojo, el pago de los cánones o cualquier otro género de pretensiones que en materia arrendaticia sean exigibles por conducto de la Ley o del contrato, en razón por la cual, al existir un interés público del Estado en la materia de viviendas, descalifica de plano la posibilidad de pactos arbitrales en contratos de arrendamiento de vivienda, aunado al hecho que la procedencia del desalojo en dicha materia, independientemente del estado de firmeza definitiva de la sentencia del Juez, la ejecutividad de esta, está ineludiblemente supeditada a la habilitación que el referido órgano administrativo le permita, en la medida que exista provisión de solución habitacional al arrendatario por parte del Estado.

Otro rubro de negocios jurídicos susceptibles a la inclusión de la cláusula arbitral o escalonada, según sea el caso de la construcción, el cual, no solamente puede pactarse arbitraje de derecho a fin de resolver desde la óptica jurídica la condición de cumplimiento de las evaluaciones de obra y sus consecuentes prestaciones pecuniarias, entre otras prestaciones de igual índole, sino que también se ha empleado arbitrajes técnicos denominados arbitrajes de obra o de construcción, el cual se emplea con la constitución de una mesa de técnicos permanentes, nombrados por las partes, quienes desempeñarían el rol de árbitros con conocimiento técnico, a fin de resolver los conflictos que durante la ejecución de la obra pudieran surgir.

4. CONCLUSIONES.

Conforme a las anteriores precisiones, se puede concluir sobre la necesidad de establecer una cultura de arbitraje en materia inmobiliaria, para ello, se debe apostar a la solución de los conflictos usando medios alternativos extrajudiciales, reconociendo las bondades que estos tienen y sus ventajas en las transacciones comerciales inmobiliarias, a continuación, solo se mencionaran algunas.

a. Mecanismo consensual que depende de la voluntad de las partes; en este punto, a la ventaja obvia es la libertad con la cual tienen las partes para no solamente regularizar su relación jurídica sea de larga duración como es el caso de los contratos de promoción inmobiliaria, o de consumación inmediata como las ventas inmobiliarias concretadas por los corredores inmobiliarios, pues además pueden pactar el escenario del conflicto, determinando tanto los temas que serán objeto de conocimiento del tribunal arbitral, como las normas sustantivas y procesales que este deba aplicar para juzgar el asunto, además de fijar la competencia y jurisdicción territorial del propio tribunal arbitral.

b. El tribunal arbitral es especial, si bien es cierto debe abocarse únicamente a conocer el contrato que ha activado la cláusula arbitral pactada en el mismo; optimizando los recursos y tiempo disponible al conflicto particular; su especialidad es extensiva a la calidad técnica de sus árbitros en la materia propia de la controversia garantizando mayor eficacia, robustez y respaldo al momento de argumentar el laudo.

c. Garantía de cualificación de los árbitros; otro punto a tener en cuenta, sea en el caso de arbitraje institucional o arbitraje independiente, los árbitros están sujetos a la proporción de ambas partes, pudiendo pactar el perfil requerido de árbitro adecuado al conflicto. De allí el carácter flexible del arbitraje otorgándole a las partes el derecho a elegir un tribunal arbitral unipersonal o colegiado según se trate de la complejidad de la competencia.

d. Otra de las ventajas que presentan el arbitraje, se refiere a la dilatación procesal invocada como excepciones de incompetencia opuesta ante la denuncia de los vicios del árbitro, ante demandas que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido iniciada de forma legal, es vital recordar que por mandato legal del artículo 41 de la ley de arbitraje fija como regla principal que el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, esto sin perjuicio de las facultades del poder judicial para hacer control ex post de la competencia por vía de recurso de anulación. En cuanto a la competencia por cuantía considero que al resolver sobre su propia competencia es decir el Kompetenz kompetenz el tribunal arbitral puede conocer sin limitación a un monto específico.

- e. Por su parte, así como presenta ventajas que incentivan o indican su utilización, siendo recomendable, según el grado o magnitud del conflicto, utilizar otros mecanismos alternativos de conflictos previos al arbitraje, así tenemos desventajas que desincentivan su utilización, como el paradigma de que el arbitraje representa costo elevados para la resolución del conflicto; y es uno de los escollos más evidente que atenúan el ánimo para la escogencia del arbitraje como la vía principal para resolver un conflicto, pero solo queda en un dicho, el solo hecho que desde pactar el arbitraje desde el inicio se conocen los costos del proceso, es evidente la tranquilidad que representa caminar sin sorpresas el proceso arbitral, esa precisión en el flujo de información respecto a los costos de inversión, destruye el paradigma de que el arbitraje eleva los costos; sin dejar al lado que al calcular el ahorro del factor tiempo y la simplicidad en la resolución de disputas, justamente se refleja en un alivio de costo, compensado además por un sistema transparente y confidencial. Si bien es cierto es que el arbitraje institucional ha abaratado no solo el costo operativo para el funcionamiento del centro arbitral, sino también el costo operante y de honorario que implica la constitución especial del tribunal arbitral, mediante el empleo de reglamentos que fijen tasas de servicio estándar, con métodos de fijación proporcional del coste de la tasa.
- f. Este medio alternativo de justicia ordinaria, implica un desahogo para la justicia ordinaria que esta sobrecargada de asuntos que requieren solución permitiendo con ello alcanzar el fin del derecho que no es otro que la paz social y afianzando el principio pro arbitraje.

En Venezuela, aún existe una intervención importante en el proceso de firmeza del laudo y la ejecución del mismo, pues, en nuestra doctrina no existe la figura de la renuncia al recurso de nulidad del laudo, pues se configura como un derecho subjetivo irrenunciable por el legislador, de matiz procesal constitucional, dado que sería nulo todo pacto que implique la renuncia del derecho humano fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, en materia de ejecución, si bien es cierto en que se han dado ejecución cautelar directamente dictadas por tribunales arbitrales sin asistencia de Juzgados de municipios ordinarios, no menos cierto que para los actos ejecutivos de cumplimiento del laudo cuando adquiere completa firmeza, con efectos de cosa juzgada, aún debe agotarse el proceso ejecutivo especial para la materialización del laudo visto como título ejecutivo, elemento que abona en la diferenciación entre tribunal arbitral y el órgano jurisdiccional propiamente dicho, siendo este último, el único órgano legítimo para hacer cumplir títulos ejecutivos con carácter coercitivo, valiéndose aun de la fuerza pública para ello. En definitiva, creo que el arbitraje es

una solución efectiva para el negocio inmobiliario por lo que se requiere se fomente su cultura.

Ya para concluir, evoco el pensamiento de Aristóteles de cuya sapiencia expresó “Es propio de los hombres razonables acudir primero a un árbitro antes que a un juez, porque al primero no atiende sino a la justicia, mientras que el juez mira solamente a la ley. El arbitraje ha sido inventado para hacer valer la equidad”.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Cruz, S. y Sira, S. El Arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Revista AVANI Nro. 1, 2020. pp. 323-365.

Gonzalo, F. (2008). La Naturaleza Jurídica del Arbitraje. México.

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36430 de fecha 07 de Abril de 1998.

Persson, F. y. (2019). Responsabilidad del Arbitro en el Arbitraje Comercial-Internacional en México. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Romero, A. (1999). Nociones Generales Sobre la Justicia Arbitral. Revista Chilena de Derecho, 406.

Sentencia de la Sala de Casación Civil C/TSJ N° 1139 del 05 octubre del 2000.

Sentencia de la Sala de Casación del TSJ, Gaceta Oficial Nro. 39.055 del 10 de noviembre de 2008.

Sentencia de la Sala de Casación del TSJ, Gaceta Oficial Nro. 39.561 del 26 de noviembre de 2010.

Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, del 10 de abril del 2023.

Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ, del 27 de julio de 2023.