

Tutela arbitral efectiva y silencio administrativo positivo bajo el derecho comparado

*Jesús Augusto Rojas Hernández**

Recibido/Received: 15/10/2022
Aceptado/Accepted: 07/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tutela judicial efectiva. 3. Tutela arbitral efectiva. 4. Cláusula arbitral. 5. Silencio administrativo. 6. Silencio administrativo como consentimiento de la Administración para someter sus controversias a arbitraje. 7. Conclusiones.

RESUMEN: La consagratoria del silencio positivo en aquellos casos donde los administrados presentan acuerdos de arbitraje a la Administración para someter las disputas derivadas de las relaciones entre estas a arbitraje, ha traído debate para la comunidad arbitral, debido a que todavía existen ráfagas de los paradigmas de la justicia en el Derecho público, donde se considera que es un riesgo para la Administración someterse a un procedimiento arbitral. En el presente trabajo pretendemos desmitificar esos principios de otrora del Derecho público y mostrar como la institución del silencio administrativo positivo pretende que la Administración y los particulares puedan someterse a procedimientos arbitrales con pleno respeto a sus garantías procesales.

PALABRAS CLAVE: derecho, tutela, arbitraje, silencio.

* Abogado del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Egresado en Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), con diplomatura en Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública organizado por el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y el Centro de Estudios Políticos y de Gobierno de la Universidad Católica Andrés Bello.



ABSTRACT: The enshrinement of positive silence in those cases in which the parties submit arbitration agreements to the Administration in order to submit disputes arising from the relations between them to arbitration, has brought debate to the arbitration community, because there are still some gusts of the paradigms of justice in public law, where it is considered a risk for the Administration to submit to an arbitration proceeding. In this paper we intend to demystify these former principles of public law and show how the institution of positive administrative silence intends that the Administration and individuals can submit to arbitration proceedings with full respect for their procedural guarantees.

KEYWORDS: right, protection, arbitration, silence.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho humano a la tutela judicial efectiva ha sido comprendido por la ciencia jurídica, como uno de los principios fundamentales que integran el catálogo de derechos individuales, que se suma a los tradicionalmente conocidos a raíz de los procesos históricos importantes que han influenciado al mundo occidental, como lo es el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad. En ese marco, este derecho permite y ahonda en una protección de esos derechos que inspiraron las revoluciones contra el absolutismo y contra los gobiernos de base autoritaria.

Particularmente el arbitraje, desde sus orígenes, ha significado un descongestionamiento de los órganos de administración de justicia tradicionales. No obstante, debemos enfatizar que el arbitraje tiene valor por sí mismo, en el sentido de que no solamente su existencia se explica para el descongestionamiento de la jurisdicción ordinaria, sino que también tiene objetivos y propósitos importantes como lo es brindar un procedimiento jurisdiccional caracterizado por ser expedito, técnico y confidencial, que permita resolver las controversias de forma adecuada.

Es por ello, que el derecho al arbitraje forma parte de uno de los componentes trinitarios de la tutela judicial efectiva, como lo es el acceso a la justicia. Constituciones como la venezolana determinan

que el acceso a esta no implica solamente la entrada al sistema judicial, sino en general a todos los órganos de administración de justicia dentro de los que se encuentran los medios alternos de resolución de conflictos.

2. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La tutela judicial efectiva constituye uno de los corolarios esenciales de todo Estado democrático, de derecho y justicia. Este principio es de carácter bicéfalo, debido a que se considera garantía y derecho al mismo tiempo, ya que la materialización de su protección se traduce en un adecuado análisis de un derecho sustantivo específico y porque su desarrollo histórico ha llevado a que se considere de carácter autónomo y suficiente. Así, se han desarrollado garantías específicas que se encargan de resguardar el derecho a la tutela efectiva de los derechos ciudadanos.

Tal es su importancia que diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos lo han consagrado, a modo de ejemplo destacan:

1. La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1945, que en su artículo 10 establece que:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal¹.

2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos del 4 de enero de 1950, actualizado en 1998, consagra en su artículo 6, bajo la categoría genérica de Derecho, a un proceso equitativo en el que:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de

1 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Artículo 10.

carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella; ii) Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada; iii) disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa. En fin, un catálogo de derechos que haga viable el derecho a la tutela judicial efectiva y su acceso mediante el ejercicio de acciones y recursos².

3. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000, en su Título VI concerniente a la Justicia reafirma los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, el derecho a la defensa, los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas y el derecho a no ser juzgado o condenado penalmente dos veces por la misma infracción³.
4. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 que en su Artículo XVIII señala que:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente⁴.

5. La Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ de San José de Costa Rica de noviembre de 1969, en la cual se instituye en su artículo 8 Garantías judiciales,

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su

2 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (1998), Artículo 6.

3 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), Título VI.

4 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Artículo XVIII.

5 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Artículo 8.

culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

En el mismo sentido, en su artículo 25⁶, sostiene:

6 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Artículo 25.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Parte se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Estos instrumentos integran lo que se conoce como el bloque de la constitucionalidad, el cual permite “reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución Nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución”⁷. Esta incorporación de principios de derecho fundamental al bloque de la constitucionalidad hace desprender tres efectos básicos⁸:

- 1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna;
- 2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad de la última; y
- 3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados

7 M. GÓNGORA, “La difusión del bloque de la constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* Latinoamericano”, en A. VON BOGDANDY, H. FIX-FIERRO Y M. MORALES ANTONIAZZI (coords), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

8 M. GÓNGORA, N. 7.

de derechos humanos pueden ser invocados a través de acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

Incluso este reconocimiento puede conllevar a lo que ha sido desarrollado por García de Enterría, quien señala⁹:

Estos valores no son simple retórica, no son –de nuevo hemos de impugnar esta falaz doctrina, de tanta fuerza inercial entre nosotros- simples principios “programáticos”, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, son justamente la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a este su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto su interpretación y aplicación.

(Omissis)

El carácter básico y fundamentante de estas decisiones permite incluso hablar (como ha hecho Bachof y ha recogido ya la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, como antes ya, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano) de posibles “normas constitucionales inconstitucionales” (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*), concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la Constitución y el límite (constitucional, como hemos visto: art. 168) que suponen la reforma constitucional.

Lo que el reconocido doctrinario español afirma es de vital importancia y una advertencia para los gobiernos de base autoritaria, quienes históricamente han usado las constituciones como fachadas para perpetuarse en el poder y violentar derechos fundamentales, situación que con el avance del constitucionalismo moderno ya no es posible porque:

una norma constitucional muy restrictiva de un derecho fundamental es inconstitucional cuando la norma que enuncia tal derecho queda gravemente privada en sentido y contenido; es decir, cuando se torna prácticamente papel mojado o queda con eficacia marginal ese derecho¹⁰.

9 E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, CIVITAS, 1985.

10 J. GARCÍA AMADO, ¿Puede haber normas constitucionales inconstitucionales? <<https://bit.ly/3hHOScR>> (3/8/2022).

Por tanto, el derecho a una efectiva tutela, según el reconocido tributarista venezolano Leonardo Palacios, “deja de ser así un tema local, preocupación focalizada en su solo país, dejando atrás los pruritos de un respeto a su soberanía, convirtiéndose en un tema universal anclado en el respeto a la dignidad humana y a la libertad”¹¹.

3. TUTELA ARBITRAL EFECTIVA

Señalado lo anterior debemos destacar que a final del siglo pasado la extinta Corte Suprema de Justicia de Venezuela en Sala Político Administrativa había señalado: “La tutela jurisdiccional, no es un derecho absoluto del Estado; la misma ha sido establecida fundamentalmente para la protección y el respeto de los derechos de los individuos”¹². En ese sentido y con la constitucionalización de los medios alternos de solución de controversias en Venezuela, se pudo concluir, según Juan Korody, que

i) el fin último de la justicia no es el medio a través del cual se imparte, sino la libertad plena de los derechos de los ciudadanos y ii) el poder originario de resolver sus controversias, reside precisamente en los ciudadanos, a través de los medios que la Ley desarrolle pero dentro de los principios constitucionales esenciales¹³.

Afirmación que se encuentra compatible con el criterio del Magistrado Guillermo Sánchez Luque, quien señaló en un voto salvado de una sentencia reciente del Consejo de Estado de Colombia que:

El arbitraje como vía extrajudicial de resolución de conflictos es garantizado por el artículo 116 CN. Su previsión en la Carta de 1991 buscó justamente descartar cualquier discusión constitucional – ¡cómo nos gusta volver todo una «cuestión constitucional»!– El arbitraje no surge de la Constitución (soberanía estatal), sino de la voluntad de las partes (soberanía contractual). Su fuente no es el

11 L. PALACIOS, *Tutela Judicial Efectiva en Materia Tributaria*, Relatoría General en edición del Tema II, XXXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, 2022.

12 J. VICENTE HARO, “La justicia arbitral y la justicia judicial”, en Allan Brewer-Carías (Coor), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Academia Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, 1999.

13 J. KORODY, “Aspectos tributarios implícitos en los tratados de promoción y protección de inversiones ¿controversias tributarias en arbitraje de inversión?”, *Revista de Derecho Tributario*, No. 155, 2017.

consentimiento democrático –el poder que emana de la soberanía (art. 3 CN)– sino el consentimiento de las partes –la facultad que emana de la autonomía de voluntad (art. 333 CN) –: ¡la libertad es la base de todo!¹⁴

En consecuencia, la doctrina ecuatoriana más calificada ha defendido la vigencia de la tutela judicial efectiva en el foro arbitral, postura que encuentra sustento en

el carácter de cosa juzgada de las decisiones arbitrales, la fuerza vinculante del laudo arbitral, y de algunas decisiones previas, como es el caso de medidas cautelares, todas ellas derivadas del reconocimiento que el Estado hace del carácter jurisdiccional del arbitraje, así como en la vigencia de un conjunto de garantías para los justiciables que los árbitros deben respetar. En esta línea de razonamiento, “cuando se escoge la vía arbitral no se está abdicando al derecho a la tutela judicial efectiva, sino que se está sustituyendo, voluntariamente, el sujeto con el deber de prestarla”¹⁵.

Por tanto, el jurista Paolo Longo ha sostenido que:

no puede ser ya utilizada aquella clásica afirmación monopólica que supuestamente reservaba al Estado toda posibilidad de solucionar conflictos jurídicos, y es que los conflictos naturalmente, requieren de la tutela del derecho, de la protección de los intereses involucrados, pero tal aspiración de tutela salvo los casos de restricción expresa del derecho, no repudian, y al contrario estimulan, mecanismos no jurisdiccionales que permitan alcanzar la justicia material y concreta¹⁶.

De igual forma, el miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Román Duque Corredor¹⁷, ha destacado importantes decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, donde se señala que:

14 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, *Administradora Colombiana de Pensiones vs Tribunal de arbitramento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá*, asunto 11001-03-15-000-2022-00772-01, del 2 de septiembre de 2022.

15 M. JARA VÁSQUEZ, *Tutela Arbitral efectiva en Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones y Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.

16 P. LONGO, *Arbitraje y sistema constitucional de justicia*, Editorial Frónesis, 2004.

17 R. DUQUE CORREDOR, *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Legis, 2008.

los medios alternativos para la solución de conflictos forman parte de la jurisdicción, siempre que se cumplan mediante un proceso legalmente contemplado o permitido, y que son parte de la actividad jurisdiccional (Ss. No. 1393 de 07.08.2001, Caso “Fermín Toro Jiménez y otros”, 1139 de 05.10.2000, Caso Héctor Luis Quintero Toledo y 827 de 23.05.2001, Caso “Grupo Inmensa y Coeresmalt”).

(Omissis)

Son medios alternativos jurisdiccionales, porque por el acuerdo arbitral se renuncia a la jurisdicción; se basan en el consenso o autonomía de la voluntad de las partes y que los órganos dirimientes carecen de la potestad de ejecutar sus decisiones. Pero, por su constitucionalización, los medios alternativos pueden referirse a la constitución de tribunales arbitrales, no solo para que decidan conflictos, sino incluso reciban pruebas anticipadas e incorporarlas después del procedimiento arbitral (SC S. No. 1571 de 22.08.2001, Caso “Asodeviprilara”).

Las diferencias principales entre ambas tutelas, *stricto sensu* y arbitral, consisten en la forma de llevarse a cabo, más no en su finalidad, que no es otra que la defensa de los derechos subjetivos de los particulares. En ese sentido, el árbitro internacional Adolfo Hobaica¹⁸ ha señalado como diferencias:

1. En el arbitraje se ventilan situaciones jurídicas sobre derechos disponibles, es decir, sobre aquellos asuntos, en los cuales las partes que deciden someterse a él, pueden celebrar transacciones u otros medios de autocomposición.
2. En la jurisdicción ordinaria está previsto por Ley, el recurso de apelación que persigue el control de la decisión del juez de inferior jerarquía por uno superior conforme a las reglas ordinarias de competencia.

(Omissis)

3. En la jurisdicción arbitral los recursos son más restringidos, por cuanto todos los incidentes que se presentan en el proceso son resueltos exclusivamente por los árbitros: salvo pacto en

18 A. HOBAICA, “La ficción de la infracción de la tutela judicial efectiva en el arbitraje” *Anavi*, No. 1, 2020.

contrario el Laudo no tiene apelación, contra el solo procede el Recurso de Nulidad.

4. Cuando las partes acuden al arbitraje buscan autonomía y celeridad.

De esta manera podemos concluir que en el marco de la tutela judicial efectiva se encuentran dos categorías plenamente diferenciables, como lo son la tutela judicial efectiva *stricto sensu* y la tutela arbitral efectiva ya que, si en un caso el arbitraje es el medio seleccionado por las partes para resolver una determinada controversia, nos encontraríamos en presencia de la tutela jurisdiccional (arbitral) eficaz en lugar de la tutela judicial efectiva, por ser ajeno al Poder Judicial¹⁹.

4. CLÁUSULA ARBITRAL

Ahora bien, el origen de todo arbitraje se encuentra en la cláusula arbitral o contrato de arbitraje, el cual ha sido definido como la “fuente ordinaria del arbitraje”²⁰, a través del cual las partes “confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente por ellas mismas”²¹.

Por tanto, la doctrina comparada ha señalado que “el arbitraje proviene de un contrato celebrado entre las partes de un litigio por medio del cual estas deciden que toda controversia actual o que pueda surgir de un contrato o con relación al mismo debe ser sometida al conocimiento de un tercero llamado tribunal arbitral”²². De esta concepción se desprenden dos efectos de la cláusula arbitral, a saber, el efecto jurisdiccional, ya que un tercero independiente e imparcial a las partes dotado de potestades jurisdiccionales por ley resolverá de forma definitiva las controversias planteadas; y el efecto contractual, debido a que las partes generan recíprocas obligaciones

19 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, *Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia, Juan José Delgado y Ramón Escovar Alvarado*, dictada el 28 de febrero de 2008.

20 F. GORDÓN, *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Aranzadi, 1995.

21 A. CALVO Y L. FERNÁNDEZ, *El arbitraje comercial internacional*, Editorial Tecnos, 1989.

22 E. SILVA ROMERO, *et al.*, “Noción de Contrato de arbitraje y fuentes del derecho arbitral” en *Contrato de Arbitraje*, Legis, 2008.

de hacer y no hacer, porque se deben abstener de someter a la jurisdicción ordinaria las controversias y porque en caso de conflicto deben someter su conocimiento a arbitraje, cumpliendo de esta forma con los principios contractuales de la buena fe y el *pacta sunt servanda*.

En ese sentido, como todo contrato se encuentra sujeto a los requisitos que consagran los códigos civiles, los cuales generalmente se encuentran divididos en dos grandes categorías, a saber: “a) Requisitos de existencia, entre los cuales se enumera el consentimiento, un objeto idóneo y una causa lícita; y b) Requisitos de validez, que serían la capacidad de los contratantes y la ausencia de vicios en el consentimiento”²³, la cláusula arbitral deberá cumplir con las exigencias del ordenamiento jurídico aplicable a este contrato autónomo para que pueda existir y ser válido.

En el caso venezolano por disposición del artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial²⁴, la doctrina ha clasificado al convenio arbitral como un contrato formal “pues su perfeccionamiento no ocurre *solo consensu*, requiriéndose, además, la forma escrita”²⁵. Por tanto, el simple acuerdo de voluntades de someterse a arbitraje no basta entonces para que surjan obligaciones entre las partes, “se trataría de un pacto sin valor obligatorio”²⁶.

No obstante, la mencionada formalidad escrita ha sido relativizada en su cumplimiento, por ejemplo, es frecuente que esa solemnidad se considere cumplida:

cuando la cláusula compromisoria se haya pactado en un contrato relacionado de alguna manera con otros contratos en los cuales no se haya pactado expresamente, o con contratos en los cuales estén presentes circunstancias vinculantes como los llamados grupos de empresas o contratos dirigidos a un mismo fin económico o subcontratos²⁷.

23 J. MÉLICH-ORSINI, *Doctrina General del Contrato*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2017.

24 Ley de Arbitraje Comercial Venezuela, Artículo 6, Gaceta Oficial No. 36.430, 7/4/1998.

25 L. ARAQUE, *et al.*, “El acuerdo de arbitraje,” en L. ARAQUE, M. BETANCOURT, D. DROULERS Y C. LEPERVANCE (Coors), *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo a los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Club Español del Arbitraje, 2013.

26 L. ARAQUE, *et al.*, N. 25.

27 L. ARAQUE, *et al.*, N. 25.

En ese marco, en cuanto al consentimiento, la mayoría de las legislaciones arbitrales han reconocido que debe referirse a la voluntad inequívoca de las partes, lo cual puede llevar a los operadores de jurídicos a considerar que el consentimiento que se requiere para la conformación de un acuerdo arbitral es el expreso, apreciación que sería errónea, toda vez que de un consentimiento tácito también se puede desprender una voluntad inequívoca de una parte, a través de lo que ha denominado la doctrina “actos concluyentes *facta concludentia*”²⁸.

Importante sobre este caso es lo que la doctrina de David Arias Lozano, ha denominado cláusulas arbitrales semiescritas, las cuales se presentan cuando “una parte establece unilateralmente el recurso al arbitraje sin recibir contestación de la otra al respecto”²⁹. Cláusulas que incluso han sido reconocidas en doctrina de tribunales importantes, tal es el caso, de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el caso *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, donde una cláusula arbitral incluida en un télex como respuesta a una oferta de adquisición de petróleo y sobre la cual no hubo contestación posterior, fue considerada válida³⁰.

En consecuencia, el mencionado autor considera que estas cláusulas semiescritas se perfeccionan, a modo de ejemplo, “cuando la parte en cuestión ejecutó, siquiera de forma parcial, alguna de las obligaciones contenidas en el mismo contrato” o “cuando ese silencio pueda constituir la forma habitual de prestar consentimiento en un sector determinado”³¹.

Sin embargo, no descartamos que existan posturas que consideren que el silencio es una muestra de desinterés o ignorancia; no obstante, “la doctrina y la jurisprudencia extranjera son favorables al silencio como forma de consentimiento en cuanto constituye una forma de aceptación tácita”³². Sobre este particular también se han pronunciado órganos jurisdiccionales nacionales, por ejemplo, *La*

28 F. GORDON, N. 20.

29 D. ARIAS, *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Editorial Aranzadi, 2005.

30 Tribunal de Justicia Europeo, *Marc Rich & Co. AG c. Società Italiana Impianti PA*, Asunto C-190/89, 25 de julio de 1991.

31 D. ARIAS, N. 27.

32 L. MARTÍNEZ, *La Cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Editorial Civitas, 1984.

Cour de Cassation, arret de 17 de octubre de 1964, que señala “la no impugnación de una cláusula contenida en el acto confirmativo de un contrato comercial y la ejecución del contrato equivalen a una aceptación tácita”³³.

Afirmar lo contrario a lo señalado anteriormente sería adverso a los avances que sobre el particular han existido en el Derecho arbitral, los cuales han llegado incluso a permitir la extensión de la cláusula arbitral a terceros no signatarios, a través de la teoría del grupo de sociedades y el *stoppel*, que integran la doctrina del *joinder*, la cual ha contribuido a la profundización de una tutela arbitral efectiva y eficaz.

5. SILENCIO ADMINISTRATIVO

En el marco de los principios máximo ordenadores de los procedimientos administrativos, específicamente en lo concerniente a la decisión, la doctrina del reconocido jurista Allan Brewer-Carías ha señalado el principio de la obligación de decidir por parte de la Administración, que consiste, según el destacado jurista, en que “iniciado un procedimiento administrativo, particularmente a instancia de parte o cuando en él tenga interés los administrados, la Administración está obligada a decidir, en otras palabras, la Administración no es libre de decidir”³⁴. Esta obligación se encuentra íntimamente vinculada al derecho de los ciudadanos a la buena administración, corolario de derecho fundamental que ha sido entendido como:

un principio, derecho y deber jurídico, mediante el cual se establecen una serie de requisitos mínimos para la actuación de las Administraciones Públicas, cuyo servicio, debe estar subordinado al cumplimiento de la Ley y orientado al servicio de los ciudadanos. En atención a esos requisitos mínimos, de conformidad con el artículo 25 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, la buena Administración “consiste en

33 L. MARTÍNEZ, N. 32.

34 A. BREWER-CARIÁS, Principios del procedimiento administrativo Estudios de Derecho Comparado, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2016.

que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana”³⁵.

Es por ello que, en reconocimiento al incumplimiento por parte de la Administración Pública a esta obligación, y por ende a la lesión de un derecho fundamental de los ciudadanos, se configuró la institución que se conoce como silencio administrativo, lo cual se desprende de lo expuesto por Karlos Navarro Medal, quien explica:

Inicialmente, la administración eludía su obligación de resolver, con solo permanecer inactiva; de esta manera el administrado quedaba indefenso y privado de toda garantía judicial. Por ello, el 17 de julio de 1900, Francia instauró una ley, en la que pasado cierto plazo sin que la administración resolviera, se presumía que la pretensión del administrado resolviera, se presumía que la pretensión del administrado había sido denegado, permitiéndole así, promover contra dicha denegación los recursos correspondientes³⁶.

Esta situación descrita por el mencionado jurista es consecuencia del paradigma tradicional del proceso contencioso administrativo, el cual desde sus orígenes había sido concebido como un proceso al acto y no como un proceso que tuviera por objeto la pretensión procesal administrativa del particular, situación que se evidencia de lo afirmado por el tratadista José Araujo-Juárez, quien señala:

Hemos dicho que el silencio administrativo inicialmente fue creado con el único objeto de posibilitar la revisión de sus actos; es, pues una figura ideada para evitar que la inercia o inactividad procedimental de la Administración Pública, al escamotear el acto previo, pudiera obstaculizar el control ulterior de su actividad³⁷.

Ahora bien, concretamente el silencio administrativo ha sido definido como “la consecuencia jurídica inmediata- creada como

35 M. ENRIQUE, El Derecho a la buena administración y al buen gobierno, <<https://bit.ly/3TzR4An>>. (12/10/2022).

36 K. NAVARRO, “La protección de los derechos humanos en la ley de la jurisdicción contencioso administrativa en Nicaragua”, en A. BREWER-CARÍAS, L. PAREJO ALFONSO Y L. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Coors), La protección de los derechos frente al poder de la administración, Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

37 J. ARAUJO JUÁREZ, *Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo*, Vadell hermanos, 1996.

ficción- que opera ante la ausencia de decisión administrativa oportuna, establecida en la ley para permitir el ulterior de derecho a la defensa”³⁸. En ese sentido, la doctrina general del silencio administrativo ha creado dos tipologías de silencio administrativo, por un lado el silencio negativo “el cual abre la posibilidad del administrado para acudir a la jurisdicción administrativa”³⁹, y por el otro, el silencio positivo, que se presenta cuando el administrado exterioriza ciertas peticiones, sobre las cuales la Administración no se pronuncia y genera una admisión implícita de las mismas.

En cuanto al silencio administrativo positivo debemos destacar una decisión reciente del Consejo de Estado de Colombia, la cual rarificó la condición necesaria para que el silencio administrativo pueda producir los efectos señalados anteriormente, al señalar “el silencio positivo es la excepción, y se configura solo para cuando la ley lo establezca de manera expresa, para casos especiales”⁴⁰.

No obstante, lo señalado por el Consejo de Estado colombiano no puede constituirse como excusa para que el legislador no quiera contemplar a nivel legislativo normas que consagren el silencio administrativo positivo, ya que la doctrina ha identificado aspectos positivos de este mecanismo para que pueda ser considerado, tal es el caso de lo sostenido por Héctor Turuhpial, quien concluye:

el silencio positivo constituye una voluntad administrativa directamente, vinculándose a la norma que habilita al órgano para producir el acto. En consecuencia el silencio administrativo positivo, una vez cumplida la condición de tiempo que el legislador ha establecido como presupuesto para su operatividad, configura de manera inmediata e instantánea, sin que medie requisito adjetivo ninguno, la subrogación de la voluntad legal en la voluntad administrativa respecto al derecho en suspenso en la concreta norma cuya aplicación se haya pedido a la autoridad⁴¹.

38 D. UROSSA, *Propuestas para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos: replanteamiento de las normas reguladoras del llamado silencio administrativo*, <<https://bit.ly/3g0a39i>> (19/9/2022).

39 J. ARAUJO JUÁREZ, N. 34.

40 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, *Transatlántico s.a. c. Transmetro s.a.*, 08001-23-31-000-2011-01314-01 (52636), 31/05/2022.

41 H. TURUHPIAL, *La procedencia del silencio administrativo positivo en materia urbanística*, <<https://bit.ly/3toL4jc>> (15/9/2022).

Y aunque bien es cierto que el silencio en su esfera positiva y negativa emergió para que al administrado se le facilitare ejercer su derecho a la defensa, hay determinados supuestos donde la verdadera garantía del administrado es el silencio administrativo positivo, tal como lo señala Brewer-Carías:

Sobre todo en el caso de silencio administrativo negativo en los casos de solicitudes o peticiones, particularmente en materia de procedimientos autorizatorios, es evidente que en la práctica los administrados no obtienen ninguna garantía a sus derechos con que se considere que el silencio de la Administración produce tácitamente rechazo. Al solicitante de un permiso o autorización para realizar una actividad, lo que le interesa obtener es el permiso y nada gana con presumir que se le niega⁴².

Por tanto, se puede desprender de dicha cita que, ante solicitudes de permisos o autorizaciones del administrado, la verdadera garantía la constituye el silencio positivo, tal sería el caso de solicitudes para someter a arbitramento las diferencias entre la Administración y los administrados.

6. SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO CONSENTIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PARA SOMETER SUS CONTROVERSIAS A ARBITRAJE

Un hito en cuanto al silencio administrativo, es lo ocurrido en la legislación peruana, donde la Ley de Expropiaciones del Estado en el Caso de Obras de Infraestructura Pública, dispuso en su articulado que:

Artículo 35. En caso el sujeto pasivo decida ejercer su derecho en vía arbitral son de aplicación las reglas del arbitraje en el presente título, siendo de aplicación supletoria el Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. El sujeto activo puede oponerse a acudir a arbitraje dentro del plazo máximo de diez días hábiles de recibida la comunicación del sujeto pasivo. En caso de no manifestarse expresamente su negativa, dentro del plazo señalado, se entiende que el sujeto activo ha aceptado someterse al arbitraje. Los árbitros, Tribunal Arbitral y/o los

42 A. BREWER-CARIÁS, N.32.

peritos que designe o contrate, se sujetarán a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo y normas complementarias. El sujeto activo y el sujeto pasivo pueden acordar someterse al arbitraje siempre que el sujeto pasivo efectúe la entrega anticipada del inmueble⁴³.

Esta disposición faculta al propietario y/o poseedor del bien sujeto a expropiación a “Ejercer su derecho cuestionando el justiprecio ofrecido por el estado en carta de intención de adquisición y propuesta de tasación”⁴⁴. Esta previsión legislativa no ha sido aceptada de forma unánime, debido a que Carlos Enrique Álvarez Solís, árbitro y jefe de contrataciones del despacho presidencial, considera que a través del silencio administrativo positivo no puede someterse la Administración a un procedimiento arbitral, ya que considera en primer lugar

que no se puede someter a silencio administrativo positivo aquellas peticiones que puedan afectar a los intereses generales de los administrados, en consecuencia al evaluarse temas de índole económico por parte del estado, al ser sometidas al arbitraje existe un nivel de riesgo en poder estimarse o no las pretensiones del solicitante, hecho que debe ser evaluado necesariamente bajo el sistema de costo beneficio por parte de la entidad para tomar la decisión de sometimiento de la controversia a arbitraje. Pretender conminar a la entidad del Estado a necesariamente someter a arbitraje la controversia a raíz de un silencio negativo podría afectar la protección de intereses comunes de los demás administrados privilegiando el derecho de un grupo reducido de los administrados⁴⁵.

Afirmación con la que estamos en total desacuerdo, porque vuelve a traer a la discusión paradigmas de la justicia en el Derecho público que han ido superándose con su evolución, tal como es el criterio del dictamen del Consejo de Estado francés en el caso “Eurodisneyland”, donde dicho órgano señaló “el Estado no puede someter sus procesos a arbitraje”⁴⁶. De igual forma, el mencionado

43 Ley de Expropiaciones del Estado en el Caso de Obras de Infraestructura Pública del Perú, Artículo 35, Decreto Legislativo No. 1192.

44 C. ÁLVAREZ, *El curioso caso del Decreto Legislativo No. 1192 y el Decreto Ley No. 25593 ¿Puede el Estado someterse un arbitraje en virtud del silencio?* <<https://bit.ly/3X2o5YT>>, (11/10/2022).

45 C. ÁLVAREZ, N. 42.

46 A. BLANCO-URIBE, “La conciliación, el arbitraje y la transacción como métodos de resolución

autor en la cita lo que pretende defender es la idea según la cual los intereses de la Administración y de la colectividad se encuentran mejor protegidos en manos del juez, cuando la verdad es que estos intereses se pueden encontrar eficazmente tutelados en sede arbitral, ya que⁴⁷:

los árbitros no solamente están obligados, en principio, a estatuir en derecho, en derecho comparado, sino en cualquier caso, tratándose incluso de árbitros arbitradores o amigables compondores (por supuesto en materia de derecho privado), siempre deben respetar los principios procesales y las reglas de fondo, todo ello sin olvidar que la sentencia o laudo arbitral puede ser objeto de un control posterior, vía recurso de anulación ante el juez.

Por otro lado, también es falso que el juez tenga un mayor respeto por los dineros públicos que el que podría asumir el árbitro, pues el árbitro, al igual que el juez, sujeto a derecho como está, al administrar justicia, determina las responsabilidades y condena a quien corresponda, sea a pagar las sumas debidas, sea a reparar adecuadamente los daños y perjuicios.

En segundo lugar, la doctrina del prenombrado autor denuncia que con dicha disposición “existiría una crisis de los elementos constitutivos del convenio arbitral, es decir sería bastante complicado determinar los elementos volitivos y objetivos que conforman o componen el convenio para someter las controversias a arbitraje”⁴⁸.

Dicha circunstancia no es del todo cierta, ya que el elemento objetivo lo determina la soberanía democrática, a través del Poder Legislativo; y porque existen otras formas de constituir el elemento volitivo del convenio arbitral. Esto no es solo posible a través de la única forma que reconoce el autor que es “la expresa voluntad de las partes”⁴⁹, sino también a través de formas tácitas del consentimiento, lo cual se estaría presentando en este caso donde el legislador a través de una norma de carácter general y abstracto hace del

de conflictos administrativos”, *El arbitraje en la práctica II*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 1998.

47 A. BLANCO URIBE, N. 44.

48 C. ÁLVAREZ, N. 42.

49 C. ÁLVAREZ, N. 42.

conocimiento de los ciudadanos, que una las de formas naturales de la Administración es prestar su consentimiento en esta materia a través del silencio, lo cual si bien es cierto no es lo ideal, debido a que los particulares tienen derecho a una oportuna respuesta, ahonda en permitir el acceso de los ciudadanos al arbitraje, elemento que integra la tutela arbitral efectiva como derecho fundamental.

7. CONCLUSIONES

Con los argumentos esbozados en el presente trabajo, podemos concluir que el legislador, al otorgar carácter positivo a la actitud silente de la Administración en aquellos supuestos donde los particulares presenten propuestas de acuerdos de arbitraje para someter las controversias derivadas de sus relaciones jurídicas a arbitraje, configura el elemento seminal de todo arbitraje como lo es la voluntad inequívoca de las partes. La formación de la voluntad en este caso se estaría produciendo con la subrogación de la voluntad de la Administración bajo la voluntad y dictamen del legislador, lo cual consideramos que, al existir diversas teorías del consentimiento en el arbitraje, no solamente admitiendo el consentimiento expreso, sino también el tácito, contribuye a facilitar que tanto la Administración como los ciudadanos puedan acceder a un procedimiento arbitral que tenga como principio rector el respeto a la igualdad procesal de las partes.