

Artículo que ha de ser publicado en un libro patrocinado por la Asociación Venezolana de Derecho y Economía (VELEA) sobre arbitraje y resolución de conflictos.

El Tribunal Supremo de Venezuela Riñe con el Arbitraje

J. Eloy Anzola¹

Frédéric Zumbiehl²

Nada podía ser más auspicioso para el arbitraje en Venezuela que a poco de crearse la República una ilustre familia decidiera resolver sus disputas sucesorales mediante arbitraje. En octubre de 1832 un tribunal arbitral, compuesto por cuatro destacados miembros del foro caraqueño³, y con un voto salvado, dictó un laudo por el que resolvía 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. Debían pagársele con el producto de la venta de las Minas de Aroa. María Antonia, su otra hermana, cuestionaba la autenticidad del documento y, además, disputaba 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.

¹ Abogado, Universidad Católica Andrés Bello, 1967; Admisible al Doctorado de Universidad, Facultad de Derecho, Universidad de Paris, 1968; Maestría en Derecho, Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, 1970; fue profesor en la Facultad de Derecho de la UCAB y en el Instituto de Estudios Superiores de Administración; árbitro designado por la Corte internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; miembro de las listas de árbitros del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas y del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Caracas. Socio de Anzola Raffalli y Rodríguez, Caracas.

² Licenciado en Derecho, Universidad René Descartes Paris V, 2003; Diploma de Estudios Superiores Especializados (DESS), Jurista Europeo, Universidad Paris-Val de Marne, Paris XII, 2004. Pasantía en Anzola Raffalli y Rodríguez, Caracas, julio-agosto 2004.

³ José Domingo Duarte, Francisco Javier Yanes, José de los Reyes Piñeral y José Ignacio Díaz. Ver detalles en Inés Quintero, *La Criolla Principal, María Antonia Bolívar la Hermana del Libertador*, Caracas 2003, Pags. 129 y sgtes.

Estas antiguas normas, dictadas seiscientos años antes, no permitían al donante excederse de quinientos maravedíes de oro en liberalidades que no fuesen otorgadas mediante documento auténtico. Al usar ese valor monetario tan antiguo se planteaba un difícil problema de conversión del valor de la moneda a 1832 que hubo de resolverse mediante experticia. El efecto de la experticia fue reducir de manera considerable el monto de la donación que pasó a ser en definitiva de 1.666 pesos. Juana, beneficiaria de la donación no quedó conforme con tan drástica reducción y cuestionó el veredicto, acudiendo a tribunales a impugnarlo. Su reclamo, no obstante, no tuvo acogida cuando el fallo judicial concluyó que el laudo arbitral tenía efecto de cosa juzgada.

El camino parecía así abonado para el reconocimiento y desarrollo de este modo de resolver conflictos. Pero el arbitramento no gozó luego y durante mucho tiempo, del favor legislativo y a la institución se le ponían tantas cortapisas y formalidades que la institución cayó en desuso. En el Código de Procedimiento Civil (en lo sucesivo el CPC) de 1916, la convención arbitral pactada antes de la existencia de un debate judicial, no era obligatoria pudiendo el contratante rechazarla, exigiéndose la ratificación del compromiso ante un juez. Con la reforma del CPC en 1987 se validaron los acuerdos arbitrales, pero eran exigibles sólo si habían sido pactados contractualmente mediante documento auténtico y se requería siempre de una forma u otra la intervención judicial. La celeridad y agitación de la vigente vida comercial, con negociaciones que se hacen a distancia, por fax o medios electrónicos, hicieron ineficaz a la institución y, en verdad, fue poco utilizada en el contexto venezolano.

Pero las cosas no se quedarían allí. El primer paso de importancia en el camino de avance hacia la consagración de la institución se dio en el campo del arbitraje internacional. Venezuela, que había suscrito la Convención Interamericana de

Arbitraje en 1975, la ratificó en 1985.⁴ Luego, en 1994, ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita en 1958, conocida como la Convención de Nueva York.⁵

Un importantísimo avance fue la sentencia dictada el 9 de octubre de 1997 por la extinta Corte Suprema de Justicia en el caso *Embotelladora Caracas C.A. y Otras contra Pepsi-Cola Americana S.A.* En ella, la Sala Político-Administrativa (en lo sucesivo, la SPA) de entonces invocó ambas Convenciones internacionales para validar acuerdos de arbitraje suscritos en contratos contenidos en documentos privados y declarar que los tribunales venezolanos no tenían jurisdicción para conocer de las disputas planteadas porque las partes habían escogido resolverlas mediante arbitraje, en la ciudad de Nueva York, bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional. La sentencia afirmó: “... *la República de Venezuela se ha obligado a reconocer el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de un negocio de carácter mercantil internacional, contractual o no, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje. No hay duda que el acuerdo arbitral en cuestión está documentado, en sendos escritos suscritos por las partes, y que la materia es arbitrable según el derecho venezolano...*”

En 1998 se promulgó la Ley de Arbitraje Comercial⁶ (en lo sucesivo LAC), abarcando el arbitraje nacional e internacional, con ello el arbitraje se revitalizó y todo anunciaba que se convertiría en una vigorosa institución. El artículo 5 de la LAC dispone que “*El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria*” y según el Artículo 6 de la misma LAC el acuerdo arbitral –para asuntos

⁴ En Panamá; la Ley Aprobatoria de esta Convención fue publicada en la G. O. de Venezuela, 33.170, el 22/02/1985. Aunque entró en vigencia antes de la reforma del CPC, su importancia no vino a sentirse sino años después.

⁵ Adoptada en 1958, la Ley Aprobatoria venezolana fue publicada en la G. O. Extr. 4832, del 29/12/1994.

⁶ Gaceta Oficial del 7 de abril de 1998, No. 36.430.

nacionales o internacionales- debe constar por escrito, sin más ninguna otra formalidad.

El impulso relumbró cuando la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2000⁷ indicara en su artículo 258 que *“La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos.”* Parecía entonces que al arbitraje había adquirido en Venezuela una vigencia especial y una fuerza vinculante casi invulnerable. Sólo en casos extremos, aquellos no arbitrables por imperio de la ley, las partes podrían sustraerse del acuerdo de resolver sus diferencias mediante arbitraje.

Pero el examen de la jurisprudencia y en especial de las sentencias dictadas en fecha reciente por la actual SPA del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo el TSJ), nos hará ver que aquella parte que quiera eludir el pacto de comparecer ante un tribunal arbitral, puede con la aprobación judicial, encontrar sutiles caminos para sustraerse de su pacto inicial. Alegará ante los tribunales venezolanos con posibilidades de éxito que la cláusula arbitral es confusa, o que quien suscribió el contrato o el compromiso no tenía suficientes facultades para ello, o que la materia, verdaderamente sin serlo, es de orden público y, en consecuencia, conseguir así que decaiga el camino arbitral y renazca, a plenitud, la jurisdicción y competencia de los tribunales ordinarios.

La SPA ha acogido como criterio que la validez o eficacia de un convenio arbitral atañe a la existencia o eventual falta de jurisdicción de los jueces venezolanos. Esto permite plantear el debate sobre la validez y eficacia de la cláusula arbitral en el ámbito judicial. De esa manera la validez y eficacia de las cláusulas arbitrales queda sometida a la decisión de los jueces de instancia quienes por aplicación de los artículos 59 y 62 del CPC, deben obligatoriamente consultar sus decisiones

⁷ Gaceta Oficial del 24 de marzo de 2000, No. 5.453 Extraordinario.

confirmatorias de jurisdicción con la SPA a quien corresponde la última palabra. Esta práctica venezolana se aparta del criterio más extendido en el mundo arbitral internacional, recogido además en los artículos 7 y 44 de la LAC venezolana, por el cual corresponde al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia, principio conocido como "*compétence-compétence*."

A contrario de lo que podía pensarse por el mandato que impone la norma constitucional y la contenida en la LAC, la SPA acoge criterios restrictivos que tienden a desfavorecer la institución arbitral. La SPA no adopta los criterios más seguidos por la jurisprudencia internacional que tiende a acoger en caso de duda la validez del acuerdo arbitral, salvo cuando sea obvio que se trata de materias que no son arbitrables.

El propósito de este trabajo es analizar esa jurisprudencia y determinar si resulta verdaderamente eficaz dejar previsto en un contrato comercial que involucre a una parte venezolana que las controversias se resolverán mediante arbitraje.

I

Eficacia de las cláusulas arbitrales: exclusión de los jueces

Unas de las principales condiciones para la eficacia del arbitraje es la posibilidad de invocar la existencia de una cláusula arbitral cuando una de las partes intenta desconocer la existencia de dicha cláusula.

Las preguntas que caben son: ¿Qué excepción se puede invocar para hacer valer la existencia de una cláusula arbitral si se es demandado ante los tribunales ordinarios? ¿Cuáles son las condiciones necesarias para la eficacia de la cláusula arbitral? ¿Se ha derogado en Venezuela el principio "*compétence-compétence*" por el cual los árbitros son los facultados para determinar su propia competencia?

(a) La excepción para hacer valer la existencia de una cláusula arbitral.

El único aparte del Artículo 5 de la LAC venezolana, proclama el efecto de los acuerdos de arbitraje: *“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.”*

Esta norma de rango legal está en perfecta consonancia con la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención Interamericana de Arbitraje de 1975⁸, las cuales en sus artículos 2 y 1 respectivamente, dan validez al acuerdo de arbitraje. Pero como lo explica el autor Andrés A. Mezgravis en su artículo denominado *“La promoción del Arbitraje: Un deber constitucional reconocido y vulnerado por la jurisprudencia”*⁹ se podía haber esperado que la ley venezolana estableciera cuál excepción o cuestión previa podía plantear el demandado ante los tribunales ordinarios para invocar la existencia de una convención arbitral. Lamentablemente no lo hizo.

El asunto es importante porque el régimen de tramitación de las excepciones o cuestiones previas no es siempre el mismo. Así, por ejemplo, cuando se trate un caso de falta de jurisdicción, el juez deberá consultar su decisión con la SPA del TSJ.¹⁰ En cambio, tal consulta no está prevista cuando el juez de instancia se declara incompetente o cuando declara con lugar una cuestión previa en la que se haya concluido que se trata de una pretensión cuya admisión no está permitida por la ley.

⁸ Ambas vigentes en Venezuela como ya vimos.

⁹ Revista de Derecho Constitucional, N° 5. 2002.

¹⁰ El Código de Procedimiento Civil establece muy claramente que la decisión sobre jurisdicción, sin distinguir si la misma es o no ratificatoria de ella, debe consultarse ante la SPA del TSJ. Sin embargo, por vía jurisprudencial la SPA ha venido sosteniendo que el fallo objeto de consulta se restringe única y exclusivamente para aquellos casos en que el juez declare no tener jurisdicción.

Conviene precisar que la ley procesal venezolana distingue entre la *falta jurisdicción*, bien entre los órganos de justicia de Venezuela y el extranjero o entre los primeros y la administración pública, y la *falta de competencia* entre tribunales y atribuye a estos últimos casos una tramitación distinta que no concluye en la SPA del TSJ.

En ausencia de esta precisión legislativa en la LAC, la SPA ha decidido de manera constante que la discusión sobre la eficacia de una convención de arbitraje constituye un caso de falta de jurisdicción. En una sentencia dictada el 23 de mayo de 2001, en el caso *Soficrédito Banco de Inversión, C.A. contra Grupo Inmensa, C.A. y Coresmalt*, la SPA recrimina a un juez de instancia por haberse declarado incompetente en presencia de un acuerdo de arbitraje. La SPA precisa que “*La justicia alternativa... es parte de la actividad jurisdiccional, pero 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 Justicia, y en donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa*”. Juzga la SPA que “*Resulta evidente que al no pertenecer los árbitros a que hace referencia la LAC, al Poder Judicial (a pesar de estar comprendido dentro del sistema judicial como órganos alternativos de solución de controversias, artículos 253 y 258 de la Constitución de 1999), mal podía plantearse un problema de competencia.*”

La SPA recriminó nuevamente al juez de instancia cuando en una decisión reciente, del 10 de junio de 2004, en el caso *Shell Venezuela Productos, C.A. contra Antonio María Claret González Gutiérrez* confundió los conceptos de competencia y de jurisdicción y quiso recordarle los elementos fundamentales de tal distinción en una fórmula sintética: “*La jurisdicción es el todo, la competencia es la parte, es decir, un fragmento de la jurisdicción.*”

El hecho de que el juzgador supremo venezolano, entienda que la discusión sobre la existencia del acuerdo de arbitraje entre las partes sea un caso de falta de jurisdicción del juez estatal, tiene como consecuencia que la SPA deba, por la vía de la consulta obligatoria, o por la vía de un recurso de regulación de jurisdicción, controlar los criterios para la aplicación y validez de los acuerdos arbitrales. En efecto, el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil indica que *“En todo caso, el pronunciamiento del juez sobre la jurisdicción se consultará en la Corte Suprema de Justicia (hoy TSJ) en Sala Político Administrativa conforme a lo dispuesto en el artículo 62.”*

Aquí conviene precisar que durante un tiempo, el TSJ consideraba la consulta obligatoria solamente en los casos de falta de jurisdicción expresamente mencionados en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, es decir, cuando hubiese falta de jurisdicción del Juez respecto a la administración pública y falta de jurisdicción del juez venezolano respecto del juez extranjero. Esta afirmación podía ser criticada porque el mismo artículo 59 señala claramente que en todos los casos de falta de jurisdicción el TSJ debe ser consultado. No obstante, el autor Francisco Hung Vaillant, en su artículo *“Apostillas a cinco sentencias en materia arbitral dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia”*¹¹ daba la bienvenida a esta jurisprudencia porque conducía a una mayor eficacia de los acuerdos de arbitraje: *“Esta afirmación... tiene –a mi modo de ver– proyección de evitar dilaciones indebidas en el procedimiento arbitral y sentar las bases para que los litigantes inescrupulosos se vean impedidos para alargar indebidamente los procesos alegando la procedencia de la consulta (al TSJ) en los casos de decisiones relacionadas con la jurisdicción del Tribunal.”*

Pero en la sentencia *Banco Venezolano de Crédito* del 24 de febrero de 2002, la SPA adoptó un criterio diferente. Al discurrir sobre las vías por las cuales la SPA debe

¹¹ Artículo publicado en *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela* (homenaje a Gustavo Planchart Manrique), Tomo II, UCAB, 2003.

conocer la jurisdicción de los jueces estatales, la SPA menciona otros casos de regulación de jurisdicción, indicando que *“La consulta obligatoria que exige el Código de Procedimiento Civil (debe darse también) cuando el tribunal de la causa declara su falta de jurisdicción a favor de árbitros institucionales o independientes.”* Esta solución está confirmada al menos de manera tácita por la decisión del 18 de noviembre de 2003 en el caso *República Bolivariana de Venezuela contra Autopista Concesionada de Venezuela* en la cual SPA precisa que la existencia de un arbitraje local o internacional constituye un tercer caso de falta de jurisdicción además de los enunciados precedentemente. Dicho caso de falta de jurisdicción tiene el mismo rango que los dos primeros y no pudiera entenderse que una decisión sobre esta materia no deba ser consultada de manera automática con la SPA.

Asimilar la existencia de una convención de arbitraje a un caso de falta de jurisdicción tiene como consecuencia que corresponde al juez administrativo supremo pronunciarse sobre la validez y eficacia de una convención arbitral. Cabe preguntarse si es adecuado que una sala cuya formación es fundamentalmente de derecho público tenga que resolver puntos que tienen que ver -las más de las veces- con materias de carácter esencialmente comercial. Como veremos de seguidas estas dudas tienen fundamento. La SPA es muy reticente a admitir la competencia de árbitros cuando ésta por cualquier causa se contrapone a la de jueces ordinarios.

(b) Las condiciones exigidas para la eficacia de las convenciones de arbitraje.

El juzgador supremo venezolano para admitir la validez y eficacia de un acuerdo de arbitraje que pueda derogar la competencia de los jueces estatales, exige que el juez de primera instancia haga varias verificaciones. La SPA en sus distintas decisiones ha sistematizado las verificaciones que se imponen al juez para declararse con o sin jurisdicción. Respetando el orden utilizado por la SPA, se

puede constatar que ella exige, en primer lugar, que el juez verifique la validez o la eficacia de la convención o de la cláusula arbitral; y en segundo lugar, que haya un comportamiento inequívoco de las partes de recurrir al arbitraje, es decir, que no haya habido renuncia tácita de las partes al arbitraje. Analicemos sucesivamente estas exigencias.

- Para ser válida la cláusula arbitral debe indicar un consentimiento expreso e inequívoco.

Esta exigencia de consentimiento inequívoco de las partes para recurrir al arbitraje, ha sido afirmada de manera constante por la SPA. Así, en el caso *Corporación L'Hoteles* decidido el 20 de junio de 2001, la SPA señala por ejemplo, que el juez debe verificar *"Si de lo que se desprende de las cláusulas arbitrales, existe o no, una manifiesta, expresa e incuestionable voluntad"* de acudir al arbitraje. Es interesante constatar cómo la SPA justifica esta exigencia. En efecto, el razonamiento adoptado en el caso citado y retomado en otros casos como, por ejemplo, en el *Banco Venezolano de Crédito* decidido 24 de enero de 2002, acoge una concepción restrictiva del arbitraje que no es habitual hoy en día en aquellos países que son proclives a esta institución.

En estos dos casos, la SPA aporta precisiones que parecen favorecer al arbitraje. En efecto, ella indica que acudir al arbitraje es una posibilidad hoy aceptada por los textos constitucionales y legales. Cita el segundo aparte del artículo 258 de la Constitución de 200 que establece, como sabemos, que *"la Ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos"*. Señala la SPA *"que esto no es otra cosa que la constitucionalización (sic) de los medios alternativos para la resolución de conflictos."*

Incluso va más lejos cuando añade que *“dicho deber –de promover los medios alternativos- impuestos por la propia Constitución... no tiene como único destinatario el legislador... sino también al propio operador judicial.”*

Pero su desconfianza hacia el arbitraje aparece de inmediato cuando para justificar las verificaciones que estamos analizando, la SPA hace una elipsis para indicar que *“no obstante lo anterior, si bien por una parte se constitucionalizan (sic) los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, empero, la verificación de los mismos debe procurar la salvaguarda de la seguridad jurídica y la de la erradicación de todo uso tergiverso que de ello se pretenda, en aras de garantizar los cánones y principios del sistema de administración de justicia.”*

Es así como los modos alternativos para el arreglo de diferencias, entre otros el arbitraje, son a los ojos de la SPA, susceptibles de violar los principios fundamentales de la justicia y ofrecen poca seguridad jurídica a las partes.

La SPA aporta otra precisión en relación con la naturaleza del arbitraje para justificar la necesidad de someter la convención arbitral a condiciones estrictas. Hung Vaillant en su obra ya citada *“Apostillas...”*, la califica de un error conceptual. En efecto, en esas dos sentencias la SPA aduce bajo el erróneo pretexto de que esa es la opinión de la doctrina nacional e internacional que el arbitraje es *“un medio de auto-composición extrajudicial entre las partes”*. Pero según el autor citado *“el arbitraje no es un medio de auto-composición, ya que la solución de conflicto no está en manos de las partes, sino que estas (al igual que sucede en la jurisdicción estatal) confieren el poder de resolver o disolver el conflicto a terceros (los árbitros). Se trata pues de un método de heterocomposición procesal.”*

Agrega Hung Vaillant en *"Apostillas..."* que *"la mejor doctrina afirma la naturaleza jurisdiccional del arbitraje."*¹² Destaquemos por cierto, que la Sala Constitucional del mismo TSJ –es decir, una Sala distinta del mismo TSJ- ha llegado a esa misma conclusión en el caso *Héctor Luis Quintero Toledo* sentenciado el 5 de diciembre de 2000 y en el caso *Grupo Inmensa, S.A.* decidido el 23 de mayo de 2001.

La SPA, sin una justificación adecuada, concluye que el arbitraje constituye una excepción a la regla prevista en la Constitución según la cual *"todo ciudadano venezolano tiene el derecho de acudir a los tribunales de su país en defensa de sus derechos e intereses."* Ella inaugura en esas dos sentencias, una fórmula que retomará de manera casi ritual en la mayor parte de los casos que ha decidido seguidamente. Así por ejemplo, la ha retomado en el caso *Consultores Occidentales y otros contra Hanover PGN Compressor, C.A.* del 6 de mayo de 2003: *"El arbitraje constituye una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver por imperio de la ley todas las querellas que le sean sometidas a su conocimiento en uso del derecho constitucional de cada ciudadano a una tutela efectiva de sus derechos e intereses previsto en el artículo 26 de la Constitución."*

De este razonamiento se deduce que como las excepciones son de interpretación estricta, la SPA exige que la convención arbitral indique un consentimiento inequívoco, expreso e indubitable de las partes. Esta exigencia, así como la concepción general del arbitraje que la sostiene, pueden ser objeto de reproches.

Tanto Hung Vaillant como Mezgravis, en los artículos que hemos citado, critican duramente esta posición de la SPA. Según ellos, esta exigencia va más allá de lo previsto en el artículo 6 de LAC que prevé que para ser válida la convención de arbitraje debe ser escrita, exigencia igualmente considerada como suficiente por la

¹² Artículo publicado en *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela* (homenaje a Gustavo Planchart Manrique), Universidad Católica Andrés Bello, Tomo II, U, 2003.

Convención de Nueva York de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje de Comercio Internacional de 1975.

Podemos constatar, además, que ninguna disposición de los textos legislativos venezolanos sanciona la ambigüedad de un contrato o de una cláusula contractual con su nulidad. El artículo 12 del CPC define los métodos que deben seguirse para interpretar la oscuridad de una cláusula contractual que no es otro que indagar cual ha sido la intención de las partes. Pero la jurisprudencia de la SPA elimina de cuajo el carácter contractual de la cláusula de arbitraje y la somete a un régimen especialmente desfavorable. La SPA afecta de nulidad las cláusulas que considera oscuras o ambiguas cuando ningún texto legal lo establece y cierra el camino adecuado como es recurrir a la búsqueda de la real voluntad de las partes, que es lo señalado por la disposición rectora del citado artículo del CPC.

Así, el hecho de que la SPA sancione con la nulidad la menor duda que exista en relación con el consentimiento de las partes para ir a arbitraje, va según Hung Vaillant directamente a chocar con lo dispuesto en el artículo 253 de la Constitución de 1999 y que la SPA parecía haber acogido con toda claridad en el caso de *Corporación L'Hoteles, S.A.* del 10 de junio de 2001 antes citado, indicando que ese mandato se impone no solamente el legislador sino también a los jueces. En efecto, según Hung Vaillant este principio implica que *“en todos aquellos casos en los cuales se dude acerca de la interpretación de la voluntad de sumisión arbitral contenida en una cláusula contractual o un pacto arbitral, quien decida debe inclinarse por la aplicación del principio “favor arbitri” y declarar la competencia arbitral.”*

Este criterio de considerar el arbitraje como una excepción a la competencia constitucional de los jueces estatales explica las exigencias establecidas para los jueces por la SPA para que se declaren incompetentes en presencia de un acuerdo

arbitral, y revelan una concepción obsoleta del arbitraje, desconfiando de la institución, criterio que está hoy en día abandonado por los estados modernos.

De hecho, se asiste a un retroceso. Porque la SPA parecía haber acogido una concepción moderna del arbitraje en las decisiones dictadas en la década de los 90, cuando, por ejemplo, enunciaba en las sentencias *Zuki Teria Navegation Inc., contra Naviera Naviprobo, S.A.* del 15 de julio de 1992, que “*la tutela jurisdiccional no es un derecho absoluto del Estado.*” En consecuencia, los ciudadanos venezolanos podrían recurrir al arbitraje en todos aquellos casos que la ley no lo prohibiera de manera expresa.

Desafortunadamente, la SPA abandonó el camino que iniciaba. Y se fue por otro rumbo a pesar de que hoy día –en la mayor parte de los países que comparten nuestra cultura jurídica- a contrario de la propuesta de la SPA, el arbitraje es considerado, no un modo excepcional, sino absolutamente normal, para resolver diferencias comerciales, amparándose las garantías de debido proceso y respeto al orden público, con la posibilidad de anular el laudo si este se aparta de tales principios. Este recurso de anulación es y debe ser una garantía suficiente.

En adición, la SPA analiza de manera estricta si hay consentimiento de las partes para el arbitraje. En caso de duda, la convención arbitral será declarada nula y sin efecto. De tal manera que una cláusula con lenguaje ambiguo o poco preciso o que dé lugar alguna duda, será ineficaz.

Veamos ahora hasta donde es necesario excluir a los jueces del estado.

- La exclusión de los jueces ordinarios

La SPA exige para que el acuerdo sea inequívoco y por ende válido y eficaz que se establezca, en adición a la competencia de los árbitros, la exclusión de los jueces estatales. No es suficiente para la SPA que la cláusula prevea el recurso al arbitraje, es necesario que la cláusula derogue expresamente la competencia de los jueces ordinarios. En la sentencia del caso *Miguel Delgado Bello* del 10 de octubre de 2001, la SPA ha decidido que las partes renuncian al arbitraje cuando no han excluido de manera expresa la competencia de los jueces estatales en el acuerdo de arbitraje. Así, pareciera que la SPA rehúsa considerar como válida y exigible la cláusula arbitral desde el momento que deja a las partes la posibilidad de acudir a los tribunales estatales aunque sólo sea para algunos asuntos precisos. En este sentido, la SPA señala en su decisión *Banco Venezolano de Crédito* del 24 de enero de 2002 que es imperativo que la renuncia a la competencia a los tribunales ordinarios y la sumisión al mecanismo arbitral “*sea a través de un compromiso absoluto sin espacios abiertos a diversas opciones y, entre éstas, precisamente la judicial.*”

En la prolongación de esta jurisprudencia, la SPA en el caso *Consortio Barr* decidido el 25 de marzo de 2003, rehusó acordar eficacia jurídica a la cláusula arbitral contenida en el contrato de administración o gerencia de un hotel, porque el acuerdo dejaba abierta la posibilidad de acudir ante los jueces estatales para ciertas demandas, alegando que esto daría lugar a colocar a las partes en situación de inseguridad jurídica. No obstante, la cláusula de arbitraje era clara previendo que las partes podían acudir a tribunales en apoyo de sus derechos pero sin menoscabar la cláusula arbitral. Así las partes previeron que podían “*incoar procesos legales que pretendan algún desagravio obligatorio, declaratorio o por mandato judicial que pueda ser necesario para definir o proteger los derechos de hacer valer las obligaciones contenidas en el presente convenio en espera de la resolución de alguna disputa.*”

Podía pensarse que esta redacción abría a las partes la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios para obtener medidas preventivas cuando se estuviera a la espera de una decisión arbitral a fin de evitar que una de las partes sufriera un perjuicio irreparable. Sabemos bien que solamente los jueces ordinarios tienen la capacidad de imponer medidas coercitivas. Así es y así queda sobreentendido en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje Comercial que enuncia que el tribunal arbitral puede solicitar a los tribunales de primera instancia la ejecución de medidas preventivas. Lo previsto en la cláusula arbitral no tenía, a nuestro juicio, nada de anormal y no creaba inseguridad alguna para las partes. La cláusula pretendía simplemente conferir a los tribunales ordinarios la competencia de apoyo, de sostenimiento al proceso arbitral. Criterio éste que ha sido adoptado por la muy recientemente promulgada Ley Española sobre Arbitraje del 23 de diciembre de 2003 la cual precisa en su exposición de motivos que *“Se aclara que la solicitud de medidas cautelares a un tribunal no supone en modo alguno, renuncia tácita al arbitraje.”*

En adición, la cláusula arbitral en el contrato de administración del hotel según la cual las partes *“consienten y se someten a la jurisdicción no exclusiva de los tribunales de la República de Venezuela en lo que a juicio, acciones u otros procesos legales que surjan del presente convenio se refiere”* tiene por objeto indicar ante cuáles tribunales las partes pueden formular sus peticiones. Se trataba de un contrato entre una empresa venezolana y una empresa multinacional. Para evitar cualquier posibilidad de duda en relación con el sentido de la intención de las partes, la convención de arbitraje en el contrato del *Consortio Barr*, prevé de manera expresa que las partes renuncian a la competencia de los tribunales ordinarios. En consecuencia se puede criticar la decisión dictada por la SPA que concluyó que la competencia de los tribunales estatales no estaba totalmente excluida y que la cláusula arbitral, en consecuencia, estaba revestida de oscuridad.

Las profesoras Tatiana B. de Maekelt y Claudia C. Madrid en su artículo publicado *“Al rescate del arbitraje en Venezuela”*¹³ critican que la SPA exija a las partes en una convención arbitral excluir expresamente la competencia de los tribunales ordinarios. Ellas indican: *“Podríamos afirmar que el acuerdo supone una renuncia a la jurisdicción ordinaria sin que sea preciso hacerlo constar por escrito, es decir, las partes podrían simplemente manifestar su voluntad de someter su controversia a la resolución de un tribunal arbitral y con ello se entendería renunciar a la jurisdicción ordinaria.”* Tal conclusión puede extraerse de lo expresado en el artículo 5 de la LAC. En efecto, éste dispone de la manera más clara que la convención arbitral excluye la competencia de los jueces estatales: *“El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.”*

Examinemos, de seguidas, las exigencias de SPA en cuanto a los poderes de que deben estar investidos aquellos que suscriben las convenciones de arbitraje, cuando actúen como representantes de alguna de las partes.

- La exigencia de poder expreso para comprometer en árbitros

Para que la convención de arbitraje sea eficaz, la SPA exige que aquellos que las suscriban a nombre de otro, hayan recibido poderes para ello de manera expresa. Es decir hayan sido facultados especialmente para convenir en arbitrar las diferencias que puedan surgir en un contrato u otra situación. En la vida comercial el tema de la facultad del apoderado o representante para suscribir una cláusula arbitral reviste mucha importancia, porque las sociedades mercantiles, hoy día son los principales actores del giro mercantil y actúan, por necesidad, por intermedio de sus representantes.

¹³ *“El Derecho Privado y Procesal en Venezuela”* (homenaje a Gustavo Planchart Manrique) Tomo II, Universidad Católica Andrés Bello. 2003.

La SPA fundamenta su criterio en el artículo 154 del CPC el cual prevé que para suscribir un compromiso de arbitraje en un asunto que ya se litiga en tribunales, el abogado, representante de una de las partes, debe haber recibido un poder con la facultad específica para comprometer.

Cuando se trata de la cláusula o del acuerdo independiente de arbitraje, previsto, por ejemplo, en un contrato, la SPA se funda sobre el artículo 1688 del Código Civil (en lo sucesivo el CC) que prevé que el mandato debe ser expreso para que el mandatario ejecute actos que excedan la simple administración. También invoca el artículo 1689 del mismo CC que establece que el poder para suscribir una transacción no comprende la facultad para acordar un arbitraje.

De acuerdo con este criterio, el representante de una personal moral, incluido el Presidente u otra autoridad, o un apoderado, debe ser investido de un mandato expreso. En efecto, para que la representada quede obligada a un compromiso arbitral válido y eficaz, el mandato debe incluir la facultad específica de acordar o convenir en arbitrajes. Afirma la SPA que *“la ausencia de facultad expresa en el poder otorgado en beneficio de los representantes de las partes, inficionará de nulidad absoluta el acuerdo de arbitraje.”* Así lo dijo la SPA en su decisión *Corporación L’Hoteles* del 20 de junio de 2001. Sostiene la SPA, además, que el juez deberá siempre de oficio verificar si los representantes de las partes tienen mandato expreso para suscribir la convención arbitral.

Estas exigencias son criticables. Normalmente, en Derecho Civil, sólo el mandante puede prevalerse de defectos en los poderes otorgados o de la ausencia de poderes de su mandatario. Sería anormal que la parte adversa que ha suscrito regularmente el acuerdo arbitral invoque la ausencia de poderes de su adversario. La ausencia de poderes de un mandatario afecta de nulidad relativa al convenio y no de nulidad absoluta, lo cual quiere decir que el juez no puede acordar la nulidad de oficio. En

segundo lugar, la SPA no parece considerar que el vicio inicial pueda ser reparado por la ratificación tácita o expresa, *a posteriori*, del acto del mandatario cuando tal posibilidad existe siempre de conformidad con lo previsto en el artículo 1698 del CC. Entre otras maneras posibles, el abogado de una las partes que haya recibido mandato expreso para arbitrar, puede defender la validez de la convención anterior de arbitraje para que haya tal ratificación y quede subsanado el posible defecto de poder. Así, la SPA se muestra excesivamente procedimentalista y formalista y somete la convención de arbitraje a un régimen desfavorable, a todas luces inadecuado.

Hung Vaillant, en su artículo "*Apostillas...*" ya citado, critica en especial el hecho de que la SPA imponga en la decisión *Corporación L'Hoteles*, del 20 de junio de 2001, que todo representante deba disponer un poder especial sea un mandatario o sea el representante de una persona moral. Si bien él comprende la posición de la SPA cuando se trata de un mandatario, considera al contrario que esa exigencia es exagerada cuando quien actúa a nombre de la sociedad es su órgano natural, como un Presidente, porque para "*celebrar compromisos válidos a nombre de una persona jurídica, basta que la persona que realiza el convenio tenga facultad general de disposición de los bienes y negocios de su representada... no es preciso que en el documento que regula las normas que rigen el órgano de administración de las personas jurídicas señale expresamente... la facultad de comprometer en árbitros; basta que tengan en dicho documento la mencionada facultad de disposición.*"

Para constatar la severidad de la jurisprudencia de la SPA venezolana, vale la pena comparar con las decisiones adoptadas sobre el mismo tema en arbitrajes regidos por las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París. En ellas cuando una cláusula compromisoria está incluida en un contrato, se hace prevalecer, en materia de arbitraje internacional, los criterios o teorías de apariencia, de confianza legítima y de buena fe. Es el caso

por ejemplo de la sentencia *Framatome* del 30 de abril de 1982. En este caso, la sociedad francesa *Framatome* incluyó una cláusula compromisoria en el contrato que la ligaba con la sociedad del estado iraní de Energía Atómica (AEOI). Ante un tribunal arbitral, la AEOI invocó irregularidades cometidas al momento de la celebración del contrato que a su juicio invalidaban la cláusula compromisoria. En este caso, el Presidente de la AEOI debía haber recibido la autorización del parlamento iraní de acuerdo con el derecho local. Pero los árbitros no acogieron estos argumentos. Al contrario, los árbitros decidieron que la AEOI no podía prevalerse de errores propios para liberarse de la cláusula arbitral con la cual el contratante extranjero tenía derecho a contar. En efecto, *Framatome*, con base en el principio de buena fe, podía legítimamente creer, o confiar, que la firma de un alto funcionario era suficiente para la validez de la convención arbitral. Sin duda, la teoría de la apariencia no habría podido funcionar si el contrato hubiese sido suscrito por un subalterno. Los árbitros agregaron que la cláusula arbitral era de tal importancia que el contratante francés no habría suscrito nunca el contrato si la misma no hubiese existido.

La Corte de Apelaciones de París ha adoptado también la teoría de la apariencia en materia de arbitraje internacional. En la sentencia *Gatoil* del 17 de diciembre de 1992, aplicó el criterio de la apariencia y la teoría de la buena fe, a propósito de un contrato concluido entre una compañía petrolera iraní y la sociedad *Gatoil* constituida en Panamá. La Corte de Apelaciones de París juzgó que la compañía iraní no podía invocar el defecto de poder para el compromiso arbitral cuando ya sabía que al momento de la firma del contrato principal ella no había recibido la autorización del parlamento iraní y que su contratante podía válidamente creer en la validez de la convención arbitral.

En arbitrajes internacionales, en consecuencia, no parece que cabe sancionar de manera automática con nulidad la convención de arbitraje suscrita por una parte

por defecto de poder de su representante, más bien se invoca la teoría de la apariencia, la confianza legítima y el principio de la buena fe para darle eficacia. Esta solución parece más conforme con el espíritu del arbitraje. En efecto, la teoría de la apariencia, tiene como ventaja evitar que una de las partes sea castigada –denegándose el arbitraje- porque ella no conoce las exigencias del derecho nacional de la parte adversa en cuanto al poder de los representantes de las personas morales para comprometer en árbitros. La teoría de la apariencia parece mucha más propicia para ofrecer una mejor seguridad jurídica a las partes en el contexto internacional.

En el caso de cláusulas arbitrales suscritas por mandatarios en arbitrajes domésticos, la doctrina extranjera es casi unánime, el mandatario debe tener facultad expresa para convenir en el arbitraje. En cambio, existe un extenso debate sobre si el representante de una persona moral –el presidente o la máxima autoridad de una compañía- deben estar investidos de un poder expreso para comprometer en árbitros, o si un mandato de carácter general para representar a la compañía en todos los actos es suficiente. Sobre este tema, en la jurisdicción francesa se han dictado sentencias opuestas. Así por ejemplo, en la sentencia del 8 de julio de 1954, la Corte de Apelaciones de Douai, Francia, decidió que los gerentes y administradores de una sociedad no pueden convenir en una cláusula arbitral si no están habilitados de manera formal por una disposición estatutaria. En cambio, la Corte de Apelaciones de París, en su sentencia del 12 de febrero de 1963, estimó que la firma de la cláusula compromisoria forma parte de la vida corriente de las sociedades comerciales y que, en consecuencia, es válida la inclusión de la misma cuando el acuerdo es suscrito por los órganos naturales de la compañía. Ya hemos visto como en la doctrina venezolana, Hung Vaillant se inclina por admitir la eficacia del acuerdo arbitral si el representante de la sociedad está facultado para realizar actos de disposición a nombre de ella sin que la facultad expresa para convenir en arbitraje deba estar específicamente incluida.

La última verificación exigida por la SPA es que el comportamiento de las partes de hacer valer la cláusula arbitral ha de ser inequívoco.

- La exigencia del comportamiento inequívoco de las partes

La SPA requiere que se verifique si ha habido renuncia tácita al arbitraje. En relación a este tema, en la decisión *Corporación L'Hoteles, C.A.*, del 20 de junio del 2001, la SPA ha expresado que hay renuncia al arbitraje cuando la parte que es demandada en justicia no invoca de inicio la excepción de falta de jurisdicción basada en que las partes han convenido en el arbitraje para resolver sus disputas.

Se considera que el demandado ha renunciado de manera tácita al arbitraje cuando acepta que el asunto sea debatido en los tribunales ordinarios y contesta al fondo de la demanda, o guarda silencio en relación con la falta de jurisdicción. Más aún será considerada como una renuncia al arbitraje si se invoca la existencia de una convención de arbitraje pero por razones distintas a las establecidas en el ordinal primero del artículo 346 del CPC, es decir, la cuestión previa por falta de jurisdicción. La SPA señala que cuando no se opone de inmediato la falta de jurisdicción sino alguna otra arguyendo que existe un acuerdo para ir a arbitraje, la excepción es inválida por su forma y, en consecuencia, se ha renunciado al arbitraje. Este es, sin duda, un criterio riguroso que castiga de manera sorprendente y exagerada al que comete un error o tiene un criterio distinto sobre el asunto. Parece imbuido de un formalismo que debía ser desterrado por lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de 2000.¹⁴

Numerosos son los casos en que la SPA ha concluido que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción para decidir un litigio entre partes, considerando

¹⁴ El único aparte de este artículo dice: "*El Estado garantizara una justicia... sin formalismos... inútiles.*"

que ha habido renuncia tácita a la cláusula arbitral. Así ocurrió en el asunto *Inversiones San Ciprian, C.A.*, decidido el 12 de junio de 2002. La SPA consideró que había renuncia tácita del demandado en la medida en que este invocó una excepción distinta a la de falta de jurisdicción del juez. En más reciente decisión, en el asunto *Makro Comercializadora, S.A. contra Central Parking System Venezuela*, el 13 de abril de 2004, la SPA fue nuevamente severa. En este caso, el demandado opuso, de entrada, la excepción por falta de jurisdicción, pero a todo evento contestó al fondo de la demanda. A pesar de las circunstancias particulares del asunto, la SPA juzgó que había habido una renuncia tácita. Según ella, la demandada durante todo el proceso debía haber invocado de manera inequívoca su voluntad de someterse al arbitraje ya que de lo contrario abdicaba al mismo.

Esta decisión es criticable; ella sanciona a un demandado que planteó frente al juez que la controversia debía ir a arbitraje y, como precaución, contestó al fondo de la demanda. Pretender que esto último anula lo primero parece un exceso inaceptable.

Queda claro que la SPA tiene una tendencia a declarar con lugar los recursos de regulación de jurisdicción atribuyéndola a los tribunales judiciales, cuando se discute la existencia, validez o eficacia de una cláusula arbitral. Sin ninguna duda esto va en desmedro de la institución del arbitraje.

(c) El TSJ y el principio “*compétence-compétence*”

Más allá de que la SPA analice de manera restrictiva los convenios arbitrales, el hecho mismo de proceder a esta apreciación revela que mira con desconfianza a la institución arbitral, contrariando así a la Constitución de 2000 que propone su estímulo. Que la SPA exija al Juez que verifique de oficio la validez de la convención arbitral que sea invocada ante él, revela que se está al encuentro de las

tendencias más modernas en materia de arbitraje y, lo que es más inaudito, desconoce una disposición específica de la LAC como lo son sus artículos 7 y 25, los cuales disponen que “*El tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.*” Es decir, no corresponde a los tribunales pronunciarse sobre la competencia de los árbitros, sino que la ley impone que sean ellos mismos los que decidan sobre el punto.

En el caso *Shell Venezuela Productos, C.A. contra Antonio María Claret González Gutierrez*, el 10 de junio de 2004, la SPA censuró la decisión de un juez de primera instancia que había declarado estar frente a un caso de falta de jurisdicción en presencia de una cláusula arbitral, sin haber constatado si la cláusula era válida. El Tribunal Supremo enuncia que el juez venezolano no solamente es competente para apreciar la validez de una convención arbitral sino que está obligado a hacerlo para declararse incompetente.

De esta manera, la SPA hace inaplicable los citados artículos 7 y 25 de la LAC los cuales facultan, como vimos, al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, lo que se conoce como el principio “*compétence-compétence*”. Este principio contenido en nuestra ley arbitral –de aplicarse como lo exige la LAC– acarrea varias consecuencias: la primera, que son los árbitros los únicos que deciden sobre su propia competencia; la segunda, que corresponde a ellos apreciar la validez de la convención de arbitraje; y la última, que el control de la autoridad judicial debe hacerse únicamente mediante la utilización del recurso de anulación que puede y debe intentarse solo después de que se haya dictado el laudo arbitral.

El principio “*compétence-compétence*” está reconocido, por ejemplo, por los tribunales franceses. Así, cuando una parte se presenta ante ellos y la otra parte citada a comparecer ante el tribunal invoca la existencia de una convención

arbitral, los jueces franceses constatan *prima facie* si existe una cláusula arbitral y se declaran incompetentes si ese es el caso. No hay control a estas alturas del procedimiento de la validez de la convención de arbitraje salvo en caso de una irregularidad manifiesta.¹⁵

La Ley de Arbitraje española, promulgada el 26 de diciembre de 2003, también ha optado por esta vía. Así lo dispone inequívocamente su artículo 22. En la exposición de motivos de esta ley queda precisado: *“El Juez no está llamado... a realizar ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral... lo que, de permitirse... vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia. Por ello, el juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de arbitro en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es cuando “prima facie” pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral.”*

Hay sin duda una diferencia de concepción entre el criterio de la SPA venezolana y el que priva en el espíritu de la Corte de Casación francesa o en la ley española de 2003. El autor Mezgravis¹⁶ critica acremente la opción adoptada por la jurisprudencia venezolana. Según él no habría sino tres formas de anular un convenio arbitral: *“(i) La vía ordinaria a que se refiere el artículo 1346 del Código Civil - es decir, la acción de nulidad por vía principal- y (ii) dos vías especiales: (a) La declaratoria de nulidad por parte del propio arbitro (artículo 7 y 25 de la LAC) y (b) la declaratoria de nulidad por parte del juez superior que conoce el recurso de nulidad contra el laudo arbitral. (Art.44 de la LAC).”* Pero en ningún caso, el mecanismo de excepciones o cuestiones previas y, en especial, el recurso de regulación de jurisdicción, deberían dar lugar a la anulación de la convención arbitral.

¹⁵ Ver por ejemplo, decisión de la Corte de Casación Francesa, Segunda Sala Civil, 14 de marzo de 1997.

¹⁶ En su trabajo ya citado.

No todas las Salas del Tribunal Supremo siguen el mismo criterio confiando al juez de primera instancia la facultad de conocer sobre la validez de las convenciones arbitrales. La Sala de Casación Civil consagra el principio "*compétence-compétence*" en sentencia dictada el 8 de febrero del 2002, en el asunto *Hanover PGN Compressor*. En efecto, allí indica que "*Los artículos 7 y 25 de la Ley prevén que el Tribunal Arbitral tiene competencia incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Esto es: la validez del acuerdo de arbitraje comercial no se discute ante jueces, sino ante el tribunal arbitral.*"

Según Mezgravis, la jurisprudencia desfavorable al arbitraje en la SPA parte de un error de inicio. Él cuestiona, como ya se dijo, la asimilación del tema, la existencia de una convención de arbitraje, a un caso de *falta de jurisdicción*. Este autor indica que la mejor doctrina considera que la existencia o inexistencia de una eficaz convención arbitral no constituye un caso de falta de jurisdicción, de incompetencia o de litispendencia, sino más bien una excepción autónoma. La Ley de Arbitraje española de 1988, ahora modificada el 2003, es muy elocuente. Desde 1988 la ley española puso fin a toda controversia sobre la naturaleza de la excepción opuesta por aquel que quiere prevalerse de un acuerdo de arbitraje creando un caso de excepción autónoma, la excepción de compromiso de arbitraje. El autor Mezgravis propone una solución diferente pero que tendría como consecuencia privar a la SPA de decidir sobre los contenciosos arbitrales. Él extrae del artículo 5 de la LAC que prevé que "*El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria,*" su idea es que de la excepción que ha de invocarse para impedir que sean los tribunales los que se pronuncien sobre el asunto, es la prevista en el ordinal 11 del Artículo 346 del CPC que es "*La prohibición de la Ley de admitir la acción propuesta.*"

En esta hipótesis, la admisión de esta excepción por parte del juez de primera instancia no daría lugar a la consulta ante la SPA. En consecuencia, no deberían

seguirse las estrictas condiciones que ha impuesto esta Sala. El juez debería declarar inadmisibile la demanda salvo que hubiese una renuncia, tácita o expresa al arbitraje, o si el demandante aporta la prueba indubitable de que la convención arbitral es nula. Para esto no podría invocar sino la existencia de una sentencia arbitral que haya declarado la convención nula, o bien decisiones judiciales que hayan llegado al mismo resultado como consecuencia de un recurso de anulación contra una sentencia arbitral, o como consecuencia de una acción de declaración de nulidad con base en el artículo 1346 del Código Civil.

II

La arbitrabilidad objetiva: Los límites establecidos por el orden público

El legislador venezolano impide recurrir al arbitraje cuando el asunto es materia de orden público. El Código de Procedimiento Civil en su artículo 2 prevé que *“La jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente en favor de... de árbitros... sobre materias que interesan al orden público.”* La LAC, en sus artículos 3 y 44, dispone que no se pueden someter a arbitraje *“controversias que sean contrarias al orden público.”* Aunque esta última expresión no es muy feliz porque no queda muy claro como una controversia puede ser contraria al orden público, puesto que lo que no parece arbitrable es un asunto regido por normas de orden público, se puede encontrar una diferencia de grado entre las dos expresiones. En la primera nada que interese al orden público puede debatirse en arbitraje. En la segunda, solo en aquellos casos en que existe una clara prohibición, el arbitraje quedará excluido. Aquí se acuerda un campo más amplio al arbitraje y ese es el criterio utilizado de manera habitual por las jurisdicciones extranjeras favorables al arbitraje.

La jurisprudencia venezolana no ha continuado el movimiento iniciado por el legislador. Una decisión dictada por la SPA el 11 de diciembre de 2001, en el asunto *la La Media Manzana de Punto Fijo, C.A.*, en materia de arrendamiento de

inmuebles, es elocuente. La SPA constata que los derechos establecidos en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios a favor de los arrendatarios son de orden público. Ella afirma de seguidas que esa misma Ley prevé un procedimiento particular ante los tribunales para ciertas materias del arrendamiento inmobiliario. La decisión deduce que *“No es posible la inclusión de una cláusula de arbitraje por medio de la cual las partes se obligan a someter su controversias a un arbitro arbitrador... en el caso de autos al estar involucrado el orden público el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer y decidir la acción intentada...”*

Se podía pensar que la SPA reservaba esta solución a los arbitrajes de equidad, puesto que en el caso los árbitros no eran de derecho. Pero en una sentencia dictada el 5 de febrero de 2003 en el asunto *Inversiones TATA 88, C.A. contra Inversiones Farma Shop 2000, C.A.*, la SPA precisó que: *“No es posible en un contrato de arrendamiento la inclusión de una cláusula de arbitraje por medio de la cual las partes se obligan a someter sus controversias a un árbitro ya sea de derecho o de equidad.”*

Esta jurisprudencia puede ser criticada porque los textos que contienen disposiciones de orden público, no necesariamente excluyen de manera absoluta al arbitraje. Como lo explican los autores Ricardo Henriquez La Roche y Jorge C. Kiriakdis Longhis,¹⁷ y también Gilberto A. Guerrero-Rocca,¹⁸ la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios contiene tanto disposiciones de orden público como disposiciones supletorias, de tal manera que deja un espacio a la autonomía de la voluntad de las partes. Cuando las demandas traten sobre asuntos disponibles el arbitraje debiera ser posible.

Pero hay más, pudiera pensarse de manera más amplia que la existencia de normas de orden público no debería plantear un problema particular en el campo del

¹⁷ En “Nuevo Régimen Jurídico sobre Arrendamientos Inmobiliarios”, Centro de Estudios del Zulia, Caracas 2000.

¹⁸ En Tratado de Derecho Arrendatario Inmobiliario, Volumen II, UCAB, Caracas, 2003.

arbitraje. En efecto, no hay un riesgo social particular si se considera que los árbitros aplican de manera imperativa, como todo los jueces, el orden público. El riesgo de anulación y, en consecuencia, la consecuente imposibilidad de ejecutar la sentencia arbitral en un país donde existen estas normas es una espada de Damocles colocada sobre los árbitros que los debe conducir a respetar las disposiciones del orden público.

Una decisión de la SPA, negativa para el arbitraje, porque en ella resolvió que la jurisdicción correspondía a los tribunales ordinarios, permite inferir que se puede hacer una distinción, en un mismo asunto, entre materias *arbitrables* y *no arbitrables* por razones de orden público, con el resultado de que algunos aspectos irán a tribunales y otros a árbitros. Veamos: en el caso *Banco Venezolano de Crédito contra Díaz*, que la SPA decidió el 27 de enero de 2004, validó, sin decirlo de manera expresa, una cláusula arbitral en un contrato de préstamo en el que se “... *determinó que las controversias que surgieran entre las partes con motivo del mismo, se resolverían por vía de arbitraje, salvo que se trate de la ejecución de garantías, cuya cláusula de arbitraje se aplicará solo en caso de oposición por parte de los demandados...*” Esta cláusula permite que la ejecución de hipoteca, un procedimiento especial de orden público, en el que se nombran peritos evaluadores, se publican carteles de remate, y se hace un acto público de remate, lo que necesariamente debe hacerse en tribunales judiciales, puede desdoblarse en dos, permitiendo que si hay un debate sobre el préstamo mismo, sobre su existencia, su monto, su pago... pueda debatirse en sede arbitral. En consecuencia si el demandado hace oposición sobre estos puntos, el asunto se resolverá mediante arbitraje. Si los árbitros deciden a favor del demandante, el asunto recobrará vida en el tribunal judicial donde concluirán los trámites de ejecución de la hipoteca.

Pero lo que empezó bien, terminó mal. Porque en este caso el demandado hizo oposición y el demandante solicitó la regulación de la jurisdicción para que ésta se

decidiera en arbitraje. La SPA declaró, no obstante, que como los *demandados* (sic) no habían invocado la cláusula arbitral al comparecer por primera vez al tribunal y hacer oposición, había renunciado al arbitraje. Sí, cierto... pero el demandante no, y éste precisamente era quien pedía que la oposición se resolviera mediante arbitraje.

De la misma manera, la SPA ha aplicado con criterio riguroso el artículo 6 de la LAC el cual dispone que *“En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato de arbitraje deberá hacerse de forma expresa e independiente.”* Disposición ésta que ha sido derogada por el artículo 87 de la recientemente promulgada Ley de Protección al Consumidor y al Usuario¹⁹ el cual dispone, de manera mucho más estricta, que: *“Se considerarán nulas de pleno derecho las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que:...impongan la imposición obligatoria del arbitraje.”*

Esta disposición previene que una parte más fuerte que redacta los contratos anticipadamente, imponga a la otra su poder y la coloque en franca debilidad. El arbitraje, para los redactores de esta Ley cae dentro de este supuesto. Se le ve como una imposición indebida lo que denota un manto de sospecha sobre la institución. Parece que el criterio de la SPA será considerar a muchos convenios como contratos de adhesión, asimilando a éstos muchos que realmente no reúnen esas características. Así, en el caso *Luis Felipe Vicentino Espejo contra Condominio Camino Real*, la SPA decidió el 1º de julio de 2003, que un documento de condominio de un desarrollo turístico que preveía el arbitraje como método de solución de controversias, y aplicable, por definición, solo a los adquirentes en ese conjunto inmobiliario, era un contrato de adhesión. Ese criterio habría llevado hoy a la SPA, luego de la promulgación de la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, a declarar la nulidad de cláusula.

¹⁹ G.O. N° 37.930 del 4 de mayo de 2004.

En una reciente decisión, dictada el 14 de julio de 2004, en el caso *Minera Las Cristinas, C.A., (MINCA) contra Corporación Venezolana de Guayana (CVG)*, a la SPA le tocó decidir sobre si la rescisión de un contrato para la exploración y explotación minera celebrado con un ente estatal podía discutirse mediante arbitraje porque así se había previsto en dicho convenio. La SPA afirmó la competencia de los tribunales alegando varias razones: la primera, que MINCA había tácitamente renunciado al arbitraje porque había intentado previamente distintas acciones de nulidad en la jurisdicción contencioso-administrativa contra los actos del Ministerio de Energía y Minas y la CVG que anulaban o dejaban sin efecto las concesiones mineras, la SPA dijo: “... se concluye que la parte actora pretende utilizar el arbitraje para obtener, a través de este medio de resolución de controversia, una decisión de la instancia arbitral sobre puntos y aspectos que están siendo debatidos en otros procesos tramitados actualmente por ante este órgano jurisdiccional, generando así la existencia de causas que podrían traer decisiones contradictorias”; la segunda, porque MINCA pretendía plantear en arbitraje temas que no podían discutirse en esa sede: “...las declaratorias de eventuales nulidades de actos administrativos están reservados por la Constitución y las leyes a los órganos jurisdiccionales con competencia en lo contencioso-administrativo...”

Estos temas, en especial el último, como se sabe, son debatidos intensamente en muchas jurisdicciones porque no siempre es fácil distinguir entre actos de naturaleza contractual, *actos de gestión*, donde tiene cabida el arbitraje y actos propios de gobierno, *actos de imperio*, donde el arbitraje tiene cabida de manera extraordinaria, muchas veces por vía de una convención internacional. En el caso MINCA así lo confirma la SPA cuando entre otras razones invoca el artículo 151 de la Constitución, consagración explícita de la doctrina Calvo que obliga a la solución de controversias en tribunales venezolanos en contratos de interés público agregando una frase que permite derogar la rigidez de la norma: “... si no fuere

improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...” Y ante ello concluye la SPA: “...estima esta Sala que en el establecimiento o la determinación de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje en esta especial clase de contratos, debe emplearse un criterio riguroso. Así se declara.”

Como hemos visto la SPA tiene una tendencia a ser muy rigurosa con el arbitraje. Casi a temerle y por ende a excluirlo, aunque al menos en esta última materia de contratos administrativos, la SPA no lo excluyó de raíz.

III

El amparo además del recurso de anulación

La eficacia del arbitraje está vinculada a la certeza de que el laudo, una vez dictado, pueda ser ejecutado y no puedan oponérsele recursos u apelaciones caprichosas. Por eso, las leyes arbitrales regulan cuidadosamente los recursos que caben contra los laudos. En el caso venezolano, el artículo 44 de la LAC es categórico: *“Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad.”* Esto queda complementado por lo dispuesto en el artículo 48 de la misma Ley que dispone que *“El laudo arbitral cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable...”*

De esta manera se limita al mínimo posible la intervención de los jueces estatales. Y cuando se permite, se hace de manera estricta: el recurso de anulación se ejerce únicamente ante jueces de un Tribunal Superior; además, en el recurso de anulación no puede plantearse la revisión del fondo del asunto sino la verificación de que se hayan cumplido en el proceso garantías esenciales, como capacidad de las partes, citación para comparecer adecuada, constitución apropiada del tribunal arbitral, derecho a la defensa, debido proceso, vigencia y autenticidad del laudo,

materia arbitrable.²⁰ Así, los jueces no pueden intervenir sino para asegurarse que en el arbitraje se han respetado principios nacionales fundamentales.

El TSJ, en este caso la Sala Constitucional (en lo sucesivo la SC), ha encontrado otro camino para enervar la eficacia de un laudo. En efecto, ha ocurrido ya no pocas veces, que una de las partes de una convención arbitral intente un *recurso de amparo*²¹ alegando la violación de un derecho constitucional contra la sentencia de un juez de instancia que se declina su competencia en presencia de un acuerdo arbitral, o bien, contra el laudo arbitral que le es desfavorable.

La SC comenzó por rechazar estos recursos. Así lo hizo el 23 de mayo de 2001 en el asunto *Soficrédito Banco de inversión C.A. contra Grupo Inmensa C.A. y CORESMALT*. En este caso la parte perdidosa intentó un recurso de amparo contra la decisión del juez que se declaró incompetente para tramitar el asunto en beneficio de un tribunal arbitral, lo intentó también contra la decisión del juez que acordaba la ejecución del laudo arbitral y también contra la sentencia arbitral sobre el fondo del

²⁰ Ver las causales de anulación en el artículo 44 de la LAC; también el artículo V de la Convención de Nueva York que establece las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral; y el artículo 5 de la Convención Interamericana de Arbitraje que establece las mismas causales.

²¹ La acción de amparo ha sido consagrada en la Constitución Venezolana (artículo 27) y desarrollada por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales como un medio judicial para la protección de los derechos y garantías inherentes a la persona humana, sin importar si están o no previstos como tales en la propia Constitución, la cual puede ser ejercida por el agraviado frente a violaciones o amenazas de violación que pueden provenir tanto de sujetos privados como de los distintos entes u órganos que tienen a su cargo el ejercicio del poder público, siempre que tales violaciones o amenazas no puedan ser repelidas o enervadas de manera breve, sumaria y eficaz a través de otros medios de protección previstos en el Derecho positivo venezolano. La acción de amparo da lugar a un proceso público, breve, oral, gratuito y que los jueces deben tramitar con preferencia a cualquier otro asunto, culminando dicho proceso con una decisión que, de estimar procedente la acción, debe ordenar no sólo el cese de la violación o de la amenaza, según el caso, sino además, de ser necesario, el inmediato reestablecimiento de la situación jurídica infringida o de la que más se asemeje a ella. En el caso de una acción de amparo contra un laudo arbitral se alega, habitualmente, la violación del derecho a ser juzgado por los jueces naturales, violación del debido proceso, que el asunto no es arbitrable y temas de esta naturaleza. A nuestro juicio, el recurso de anulación es una garantía más que suficiente para la protección de estos derechos y el amparo debiera tener –si llega a tener alguna– una cabida muy limitada.

asunto. La SC lo declaró improcedente, y fundándose en decisiones anteriores – sentencias del 15 de febrero de 2000 y 9 de agosto de 2000– afirmó que toda persona que considere afectados sus derechos puede escoger entre la vía ordinaria –el recurso de anulación en la materia arbitral- o el amparo constitucional, pero si escoge este segundo camino, debe exponer y justificar las razones por las cuales escoge la vía del amparo. La SC adoptó una motivación que merece ser trasladada a todos aquellos casos en que se planteen amparos contra laudos arbitrales: *“En el presente caso las accionantes no han expuesto motivo alguno que permita a esta Sala llegar al convencimiento de que el medio idóneo para lograr una efectiva tutela judicial era el amparo. Por el contrario, observa esta Sala que las accionantes disponían de una vía judicial ordinaria para atacar el laudo arbitral, como lo es el recurso de nulidad a que hace alusión el artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial, en cuyo caso el recurrente puede lograr la suspensión de los efectos del acto mediante el otorgamiento de caución, en razón de lo cual la acción propuesta debe declararse inadmisibles respecto al laudo arbitral del 11 de agosto de 2000, dictado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, por cuanto las accionantes no agotaron la vía ordinaria mediante el ejercicio del recurso de nulidad, de conformidad con el numeral 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se decide.”*

El autor Hung Vaillant²² acogió con beneplácito esta decisión, diciendo: *“se dejará abierta la vía de la eficacia de los laudos arbitrales al impedir a los litigantes inescrupulosos utilizar falsos caminos para lograr el retardo en la ejecución de los laudos.”*

Cabe preguntarse, no obstante, ante la motivación de la SC, si el amparo puede intentarse luego de haber agotado la vía del recurso de anulación y la decisión de éste no hubiese dado satisfacción a la parte perdedora. Pero la pregunta ha dejado de ser importante porque la misma SC, en una decisión más reciente, ha

²² En *“Apostillas...”* antes citada.

abandonado el criterio antes expuesto y se ha pronunciado a favor del recurso de amparo contra un laudo arbitral.

Así lo hizo la SC el 28 de agosto de 2003, en el asunto *Consortio Barr S.A.* En este caso, la sociedad Consortio Barr S.A. intentó un recurso de amparo contra una sentencia arbitral dictada en el extranjero en la que un tribunal arbitral se declaró competente para conocer de una controversia con base en una cláusula arbitral en un contrato. En adición, el laudo impuso a las partes firmantes de esa cláusula arbitral, la prohibición de acudir a la jurisdicción de tribunales venezolanos. Destaquemos que la acción de amparo propuesta por Consortio Barr S.A. se fundamentó en el artículo 4 de la *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, en lo sucesivo la (LOADGC), el cual dispone: “Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia u ordene un acto que lesione un derecho constitucional.” La decisión del tribunal superior que se pronunció sobre el amparo intentado hubo de ser consultada con la SC por aplicación del artículo 35 de la misma Ley.

El criterio adoptado en este caso por la SC reproduce el que fuera seguido en la sentencia dictada por la misma SC el 16 de octubre de 2001 en el caso *Compañía Anónima Venezolana de Televisión*. En el caso *Consortio Barr*, la SC comienza por recordar que el arbitraje no es una actividad del poder judicial –posición adoptada también por la SPA para explicar que la discusión sobre la existencia de una cláusula arbitral plantea un tema de *falta de jurisdicción* y no un asunto de competencia-²³ pero que las instituciones arbitrales internacionales, cuando diriman controversias que de otra forma irían a la jurisdicción venezolana, deben garantizar la integridad de la Constitución venezolana. La SC, en el caso *Consortio Barr* se fundamenta y copia una porción de su propia decisión anterior del 16 de octubre de 2001, donde dice: “se sometió a arbitraje internacional una demanda contra

²³ Ver *supra* en I (a).

una persona jurídica venezolana cuya ejecución eventualmente tendrá lugar en el país. Por tanto, al estar sujetas a la aplicación de las normas y principios constitucionales, las decisiones de... un tribunal arbitral constituido fuera de Venezuela... puede ser objeto de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales."

En este asunto de *Consortio Barr*, la SC declaró finalmente inadmisibile el recurso porque en una decisión anterior, que ya comentamos, la SPA había declarado que los tribunales venezolanos tenían jurisdicción para conocer del mismo caso, lo que acarrearía como consecuencia que el laudo que se dictase en ese arbitraje no podía nunca ser ejecutado en Venezuela. La SC aplicó el artículo 6 de la LOADGC, el cual dispone que *"no se admitirá la acción de amparo... cuando hayan cesado la violación o amenaza de algún derecho o garantía constitucionales, que hubiesen podido causarla"* (primer caso de inadmisibilidad del *amparo*). Pero como vemos, del razonamiento de la sentencia, la SC admite como posible que se intente un recurso de amparo contra un laudo arbitral, tanto nacional como internacional. Esta posición de la SC es ciertamente inquietante. No va por el camino de darle mayor vigor al arbitraje siguiendo el mandato constitucional. En adición, es una posición querellada con lo dispuesto en el artículo 43 de la LAC, el cual, como vimos, señala de manera clara y enfática que contra un laudo arbitral no cabe otro recurso que el de anulación.

Para más ofensa conviene destacar que el laudo arbitral que se atacaba por vía de amparo en el caso *Consortio Barr* había sido dictado por un tribunal arbitral constituido bajo el régimen de la *American Arbitration Association*, en la ciudad de Miami, Estado de Florida, Estados Unidos de América, el 10 de octubre de 2002. Este era un laudo preliminar en el que los árbitros, como ya dijimos, se habían declarado competentes para conocer del caso *Consortio Barr-Four Seasons* luego de considerar que la cláusula arbitral sí era eficaz y vinculaba a las partes, prohibiéndoles acudir a tribunales venezolanos para debatir el mismo tema. Como

sabemos, *Consortio Barr* no acogió esta decisión y, disintiendo de ella, intentó acciones ante tribunales venezolanos para anular el laudo, también por vía de amparo y acciones en tribunales de instancia sobre el fondo del asunto.

Ante ello, *Four Seasons* solicitó ante Corte de los Estados Unidos de América para el Distrito Sur de Florida, División de Miami, que confirmara y ejecutara el laudo arbitral. La sentencia de esta Corte, dictada el 4 de junio de 2003,²⁴ fue favorable a la posición de *Four Seasons*, confirmando el laudo y la competencia del tribunal arbitral. En esta decisión el tribunal norteamericano determinó que los tribunales venezolanos no eran competentes para anular el laudo arbitral porque no eran una *autoridad competente* para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI (1)(e)²⁵ en virtud de que el laudo arbitral había sido dictado en Miami y correspondía a esta jurisdicción conocer de las acciones de nulidad del mismo.²⁶ Destacó que *Consortio Barr* no podía eludir el acuerdo de las partes para arbitrar en Miami y confirmó la orden del tribunal arbitral para que las partes se abstuvieran de introducir o mantener acciones sobre esta materia ante tribunales venezolanos.

El asunto tiene muchas aristas que los autores de este trabajo no conocen y entendemos que no ha llegado a su fin en ninguna de las dos jurisdicciones, la judicial en Venezuela y la arbitral en los EE. UU. Pero el entuerto y sinrazón de todo esto es evidente y conduce a una situación infernal. Sobre el mismo asunto,

²⁴ No sabemos si esta sentencia ha sido publicada. Disponemos de una copia fotostática de la misma.

²⁵ Esta norma dice: "Artículo V, 1. Sólo se podrá **denegar** el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba **ante la autoridad competente** del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: ... e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o **ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.**"(Destacado nuestro)

²⁶ El tribunal norteamericano desechó, como lo ha hecho tradicionalmente la jurisdicción norteamericana, que la anulación, con fundamento en la citada norma de la Convención de Nueva York, pueda ser intentada en el país cuyas *leyes sustantivas* son aplicadas al fondo de la controversia. Sí puede intentarse en el país cuyas *leyes de procedimiento* son aplicadas a la controversia arbitral, que en este caso eran obviamente las del Estado de Florida, por ser allí donde se dictó el laudo.

dos jurisdicciones se han declarado competentes, se siguen dos procesos y probablemente se dicten decisiones incompatibles.

Si el TSJ venezolano en lugar de ir al encuentro del texto de los contratos y de la intención de la partes, cuando se muestra lo obvio, es decir que las partes han convenido en someter sus controversias a arbitraje, validara el acuerdo con el respaldo de los textos constitucionales y legales, no habría lugar a estas situaciones tan claramente inconvenientes. En lugar de seguir el camino de la seguridad jurídica, del respeto a la ley y a lo acordado, se abre una vía de incertidumbres y peligros.

IV

No hay recurso de casación contra el laudo ni contra la sentencia que declara sin lugar el recurso de anulación

No todas son malas noticias. La Sala de Casación Civil del TSJ en sentencia del 13 de agosto de 2004, en el asunto *Promotora E.P., 1697, C.A. contra Asociación Civil El Carrao*, afirmó correctamente que no cabe recurso de casación contra la sentencia dictada por un tribunal superior que declaró sin lugar un recurso de anulación. Confirmó, declarando sin lugar el recurso de hecho que fue intentado, la decisión del tribunal superior que negó la admisión del recurso de casación. Además, la Sala expresó de manera categórica que no hay recurso de casación contra los laudos arbitrales.

La Sala, en efecto, señaló, muy acertadamente, que “... *el arbitraje comercial constituye un medio expedito y alternativo previsto en la ley, para la solución de conflictos... (que) equivale a la derogatoria convencional de la jurisdicción, a los fines de dilucidarla a través de los medios alternativos previstos en la precitada Ley de Arbitraje Comercial... Al resolver las partes someter su controversia ante los tribunales de Arbitraje, lo hacen con sujeción a las disposiciones legales que rigen la materia de arbitraje, como lo es*

la Ley de Arbitraje Comercial, en la cual se excluye la posibilidad de que contra las decisiones emanadas de los Centros de Arbitraje, se ejerzan los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la ley adjetiva, en tales juicios sólo prevé la posibilidad de ejercer únicamente el recurso de nulidad ante los tribunales superiores de la jurisdicción, a los fines de verificar la legalidad del laudo...; en estos casos, de ser permisible la posibilidad de ejercer los recursos ordinarios y extraordinarios contra las decisiones de los Centros de Arbitraje, evidentemente se desvirtuaría la intención del legislador de impedir que la sentencia o laudo que haya de recaer en el procedimiento de arbitraje sea revisado en casación, por cuanto contraría los principios de celeridad y de simplicidad que caracterizan a este tipo de procedimientos, así como la eficacia del medio alternativo para la resolución del conflicto... Con base en las consideraciones anteriormente señaladas, contra las decisiones proferidas por los tribunales de arbitraje comercial, no procede el recurso extraordinario de casación, lo que hace improcedente el recurso de hecho propuesto por la demandante, tal como se declarará en forma expresa, positiva y precisa en el dispositivo del presente fallo. Así se decide."

No cabe duda que esta Sala del TSJ tiene una esclarecida y contundente posición sobre el fundamento institucional de la institución arbitral y sobre los recursos que caben contra las decisiones que se dictan dentro de su ámbito. Como vimos, otras Salas del mismo TSJ, desafortunadamente, recorren otras andaduras.

V Conclusiones

Hace poco tiempo en una reunión con un magistrado -juez español especialista en asuntos comerciales- uno de los autores de este trabajo le preguntó cómo valoraba al arbitraje. Su respuesta fue tan categórica como incorrecta: *un competidor*. La tradición civilista del siglo XIX y buena parte del XX, vieron al arbitraje con desconfianza. Y esa semilla parece haber quedado sembrada en esa opinión y en el decurso de las sentencias del TSJ venezolano, tanto de la SPA como de la SC. A

pesar de la evolución legislativa que en Venezuela se eleva hasta la consagración constitucional, el arbitraje es visto como un *competidor* de la jurisdicción ordinaria al que se le ponen cortapisas y obstáculos.

Por ahora, y hasta tanto nuestros máximos jueces no vean al arbitraje como un instrumento adicional y útil para impartir justicia, hay que estar consciente de las limitaciones que le han impuesto. Al incluir una cláusula arbitral en un contrato, o al convenir en someter a arbitraje una controversia que ya existe, cuando una de las partes sea venezolana, habrá que cuidar el lenguaje que se usa para que no dé lugar a ambigüedades y precaverse, que quienes lo suscriben, tengan facultades inexpugnables para hacerlo. Deberá cuidarse que la materia no roce el orden público o que el contrato pueda ser calificado como de adhesión. Más difícil será precaverse contra un eventual amparo constitucional, aun antes de la decisión de un eventual recurso de anulación.

Más que eso, habrá que convencer con paciencia y buenos argumentos a nuestros máximos jueces en la SPA y la SC, de la conveniencia y necesidad de cambiar el rumbo que han iniciado.